



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

CAMILLA AMARO SANTOS

DISCURSO DO ÓDIO E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

BRASÍLIA

2017

CAMILLA AMARO SANTOS

DISCURSO DO ÓDIO E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Christine Oliveira Peter da Silva

BRASÍLIA

2017

CAMILLA AMARO SANTOS

DISCURSO DO ÓDIO E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Christine Oliveira Peter da Silva.

Brasília, de de 2017.

Banca Examinadora

Prof^a. Christine Oliveira Peter da Silva, Dr.^a

Orientadora

Prof^a. Betina Günther Silva, M.^a

Examinadora

Prof. Rodrigo Pereira de Mello, M.

Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise do discurso do ódio no contexto de um Estado Constitucional Democrático, de modo a analisar a necessidade de este ser combatido em razão de seu conteúdo incitador de violência e silenciador de minorias, além de implicar um conflito entre direitos e valores constitucionalmente tutelados, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais à liberdade de expressão, à honra e à imagem. A metodologia será, essencialmente, bibliográfica e documental, e a problemática do trabalho se concentrará em buscar a melhor maneira de se combater o discurso do ódio em um Estado Constitucional Democrático. Para isso, serão examinados os fundamentos desse Estado Constitucional, que nele significam o direito à liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana. Também serão analisados os elementos delimitadores do conceito deste discurso, de modo que este possa ser melhor identificado, bem como os motivos pelos quais a sua existência deve ser rejeitada em um Estado Constitucional Democrático. As diferentes formas de combate ao discurso do ódio também serão exploradas, além de ser proposta uma nova forma de se rebater esse discurso. Para entender melhor como o Estado brasileiro lida com o discurso do ódio, a jurisprudência acerca do tema será descrita criticamente, com intuito ilustrativo, por meio de dois casos submetidos ao judiciário brasileiro, de modo a apontar os erros e acertos das opiniões judiciais sobre ele.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Estado Constitucional Democrático. Discurso do ódio. Liberdade de expressão. Dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	9
1.1 Do Estado Constitucional e Democrático.....	9
1.2 Dos Conflitos entre Direitos Fundamentais e da Teoria da Proporcionalidade.....	12
1.3 Do Direito Fundamental à Liberdade De Expressão.....	14
1.4 Do Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana.....	19
1.5 Do Discurso do Ódio em um Estado Constitucional.....	29
2 DISCURSO DO ÓDIO E SUAS FORMAS DE COMBATE.....	32
2.1 Conceito, Dificuldades e Conflitos Resultantes do Discurso do Ódio.....	32
2.2 Das Diferentes Formas de Combate ao Discurso do ódio.....	40
2.2.1 Ponderações Iniciais.....	40
2.2.2 Modelo Norte-Americano.....	41
2.2.3 Modelo Alemão.....	43
2.2.4 Críticas e Conclusões Acerca dos Modelos Americano e Alemão.....	45
2.2.5 Do Discurso Do Ódio No Direito Brasileiro.....	49
3 DISCURSO DO ÓDIO EM DOIS CASOS BRASILEIROS.....	52
3.1 Considerações Iniciais.....	52
3.2 Caso Ellwanger (Habeas Corpus 82.424-2).....	53
3.3 Caso Marcelo Valle Silveira Mello (Apelação Criminal 20050110767016APR).....	64
3.4 Considerações Finais Acerca dos Dois Casos Analisados.....	69
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	75
ANEXO A – TRANSCRIÇÃO DAS MENSAGENS POSTADAS POR MARCELO VALLE SILVEIRA MELLO EM REDES SOCIAIS E CONSTANTES DA APELAÇÃO CRIMINAL 20050110767016APR, PÁGINAS 3-5.....	78

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir as noções relativas ao discurso do ódio sob a perspectiva do Direito Constitucional, inserindo a presente discussão no campo de conflito entre direitos fundamentais dentro de um Estado Constitucional. Assim, será analisada a forma como esse discurso se insere em um Estado Constitucional Democrático, principalmente quanto aos embates que este suscita com o direito à liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como será realizada uma delimitação de seu conceito e de suas formas de combate, sendo conferida especial atenção ao tratamento dado a este discurso pelo Poder Judiciário brasileiro.

O ser humano é um animal comunicativo e, em um mundo altamente globalizado e informatizado, onde todos têm acessos a inúmeros meios de comunicação que possibilitam que as manifestações sejam amplamente difundidas, os limites da liberdade de expressão nas relações interpessoais adquirem relevância incontestável. Dessa forma, todos os dias esses limites são testados, não só pelos inúmeros indivíduos anônimos que compõe nossa sociedade, mas também por pessoas proeminentes na política, na cultura ou nas redes sociais. Com o advento da internet, todos possuem um espaço para falar, e os mais variados discursos adquirem força, em especial os emotivos e persuasivos que visam angariar mais seguidores a uma causa.

Nesse contexto, o discurso do ódio surge como poderosa ferramenta de propagação de ideias, normalmente acompanhado da justificativa de ser este protegido pelo direito de liberdade de expressão. No entanto, o aspecto violador da dignidade humana e dos direitos à honra e à imagem desse discurso é claro, de modo que surge um conflito entre direitos constitucionalmente protegidos e de extrema importância para a concretização de um Estado Constitucional Democrático, sendo, à primeira vista, impossível de solucionar tal conflito sem sacrificar os direitos de uma das partes.

Desse modo, a problemática do trabalho se concentra em sinalizar a melhor forma de combate ao discurso do ódio dentro de um Estado Constitucional Democrático, de modo que sejam potencialmente concretizados o direito à liberdade de expressão do ofensor e a dignidade humana da vítima.

Academicamente falando, é importante discutir o tema e os assuntos que com ele se relacionam para que não haja uma estagnação do conhecimento. Os conceitos de

liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana e discurso do ódio são tidos como certos por muitos, havendo certo consenso de que o tema já está mais do que discutido e resolvido. Todavia, tais conceitos devem estar em permanente discussão e estudo, buscando sempre o seu entendimento sob novas perspectivas, pois o Direito é uma ciência que versa sobre o comportamento humano e, considerando que a sociedade muda constantemente, a forma do debate e da análise de tais conceitos também deve se modificar e atualizar perante a nova realidade. Além disso, conceitos absolutos e imutáveis, não passíveis de discussão, são incompatíveis com o mundo acadêmico, onde o debate é indispensável à busca constante pelo aprendizado e por novas ideias.

No mais, o tema é socialmente relevante por tratar de algo que faz parte das relações cotidianas dos indivíduos e do atrito que surge entre eles. Especialmente agora, com a internet e as redes sociais, tanto o discurso do ódio quanto a sua repressão são cada vez mais comuns. Desse modo, a situação necessita de uma resposta. E para que se alcance a melhor forma de solucionar os conflitos que surgem nessas situações, é necessário, antes de tudo, uma melhor compreensão do tema. Depois disso, pode-se analisar melhor as circunstâncias concretas e agir de forma que os direitos em questão sejam equilibrados e o conflito efetivamente solucionado, restaurando-se a paz social e o convívio harmônico entre as pessoas.

A hipótese defendida é de que o discurso do ódio não pode ser tolerado em um Estado Constitucional Democrático em razão de seu teor ser incompatível com o princípio da dignidade humana. No entanto, acredita-se que existam manifestações de ideias e pensamentos que, apesar de odiosos, não podem ser considerados como discursos de ódio, e sim, pensamentos discordantes de algo, os quais não representam riscos à dignidade humana e, portanto, devem ser tolerados em nome da liberdade de expressão. Além disso, acredita-se que a solução naturalmente proposta para o problema do discurso do ódio – reprimi-lo e impedir a sua circulação – não seria a melhor, pois não solucionaria o problema de forma eficaz, posto que os emissores deste discurso continuariam a ter as ideias odiosas e passariam a procurar novas formas de emití-las.

Assim, constituem objetivos da pesquisa conceituar o discurso do ódio, determinar a diferença deste para uma manifestação odiosa, elucidar os principais problemas causados por este discurso, explicar a impossibilidade de existência deste em um Estado Democrático de Direito onde vigorem os princípios da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à liberdade de expressão, analisar as diferentes formas de embate a este discurso,

definir o tratamento dado a este pelo Estado brasileiro, além de propor a melhor forma de combate ao discurso do ódio.

Desse modo, no primeiro capítulo, o trabalho definirá as bases de um Estado Constitucional Democrático, bem como a importância do direito fundamental à liberdade de expressão e do princípio da dignidade da pessoa humana para a sua concretização, além de apresentar a teoria da proporcionalidade como principal meio de solução de conflitos entre direitos constitucionalmente protegidos, demonstrando porque o discurso do ódio representa um risco a essa forma de Estado.

Depois, no segundo capítulo, será feita uma tentativa de definir um conceito ao discurso do ódio, bem como determinar os principais problemas causados por este. Nesse capítulo, ainda serão expostas as diferentes formas de combate ao discurso do ódio, por meio dos modelos aplicados nos EUA e na Alemanha, de modo a demonstrar a inexistência de uma única resposta correta e a ausência de um consenso quanto à sua resolução. Por fim, será proposta uma forma de solução, a qual acredita-se que não será alcançada pela aplicação mecânica de uma lei geral, e sim por meio da aplicação da teoria da proporcionalidade caso a caso.

Por fim, no último capítulo, será feita uma análise crítica sobre dois julgados de tribunais brasileiros brasileira acerca do tema, cuja finalidade será verificar como o Brasil tem lidado com o discurso do ódio, além de aplicar-se aos casos selecionados as conclusões alcançadas ao longo do trabalho para determinar se as soluções dadas a estes foram suficientes e eficazes dentro dos parâmetros estabelecidos.

O presente trabalho tem como marcos teóricos os autores Thiago Anastácio Carcará e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, ambos brasileiros que se dedicaram ao estudo do discurso do ódio, bem como Winfried Brugger, doutrinador alemão e teórico do tema. Para definir as bases do direito à liberdade de expressão, foram utilizadas as ideias, principalmente, de Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo, José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas E. M. Machado e Antônio Pereira Gaio Júnior. Já quanto ao estudo dedicado ao princípio da dignidade da pessoa humana, este teve por base Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, João Costa Neto, Günter Dürig e Luís Roberto Barroso.

A pesquisa será, em sua essência, bibliográfica e documental. Será feita a leitura de livros, artigos e teses relativos ao discurso do ódio e aos demais assuntos discutidos ao longo do trabalho, de modo a definir as bases e fundamentos da pesquisa. Também será feita

a análise de documentos, mais especificamente de julgados que discutam o tema, no caso, um do Supremo Tribunal Federal, que constitui importante precedente sobre o tema, e um do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o qual foi escolhido mediante a utilização de pesquisa jurisprudencial acerca do tema publicada na Revista Direito GV.

Assim, o presente trabalho busca densificar o debate acerca do discurso do ódio, bem como propor novas formas de solução aos conflitos por ele iniciados, de modo a contribuir para a construção de uma sociedade mais harmônica, onde os princípios e direitos basilares de um Estado Constitucional Democrático possam existir de forma eficaz.

1 DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 Do Estado Constitucional e Democrático

Para iniciarmos a discussão acerca do discurso do ódio, faz-se mister analisarmos, antes de tudo, o Estado Constitucional, esclarecendo suas bases e o que é necessário para a sua efetivação, de modo a entendermos como o discurso do ódio deve ser recebido dentro de um Estado Constitucional Democrático.

Parte-se da premissa de que o Estado Constitucional Democrático¹, aqui utilizado como sinônimo de Estado constitucional, assenta-se na responsabilidade das instituições, federativas e republicanas, decorrentes do fato de serem estas garantidoras ou não dos direitos fundamentais, sendo que o foco deste modelo recai sobre as constituições, de modo geral, e sobre os direitos fundamentais, de modo particular, sendo que estes passam a ser as novas referências normativas. Tal modelo tem como pressupostos os mesmos do Estado de Direito, dentre os quais convém destacar o compromisso com os direitos e garantias fundamentais, além da descentralização do poder, bem como o controle recíproco do seu exercício.² Para este trabalho, parte-se da noção de que o Estado Constitucional é uma alternativa ao Estado de Direito, enfatizando-se que existe uma relação de continuidade e compatibilidade entre as duas formas, não sendo um oposto ao outro.³

Em razão do surgimento de normas infra e supra estatais, hoje temos um sistema de fontes jurídicas muito mais pluralista e menos hierárquico.⁴ Vigora a visão de um sistema de interlegalidade, onde as mais diversas áreas se interligam e se sobrepõem, criando-se um ordenamento jurídico difuso, de modo que não há mais uma hierarquia normativa.⁵ No entanto, tal fenômeno não exclui a necessidade de se ter uma ordem e uma harmonia entre as inúmeras fontes de direito, de modo que a Constituição passa à condição de norma maior de

¹ A orientadora deste trabalho, a professora doutora Christine Oliveira Peter da Silva, refere-se a esse modelo de Estado como “Estado de Direitos Fundamentais” em razão das instituições federativas e republicanas assumirem a posição de instituições garantidoras dos direitos fundamentais, sendo tal nomenclatura um sinônimo para Estado Constitucional Democrático. (SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 27 mar. 2017.)

² SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Brasília-DF, 2011. p. 93.

⁴ *Ibidem*, p. 64.

⁵ *Ibidem*, p. 66.

um ordenamento, garantindo que as fontes tenham uma conformidade de conteúdo.⁶ Assim, tem-se neste modelo de Estado a supremacia da Constituição, a prevalência da teoria da interdependência entre os poderes e o entendimento dos direitos fundamentais como direitos objetivos.⁷

No entanto, essa ordem e harmonia entre as fontes de direito deve ser almejada, sendo a sua busca feita por meio de um intérprete da Constituição que se guie, não por um monopólio metodológico, mas sim pelo pluralismo metódico. Dessa forma, tem-se uma hermenêutica constitucional dinâmica, sempre sujeita a novas possibilidades, de modo a não cristalizar o sistema.⁸

Dentro dessa nova realidade pluralista, não se aplica mais a divisão de poderes proposta por Montesquieu, pois o Legislativo deixa de ser o único responsável pela edição das normas que compõem um sistema jurídico.⁹ Por meio de medidas administrativas, essa tradicional divisão das atribuições do Estado acabou sendo extinta¹⁰, e passa a vigorar a teoria da interdependência entre os poderes, que, em termos práticos, significa que o Estado deve se comprometer a resguardar a Constituição, de modo que todos os poderes são co-responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais¹¹, sendo esse o objetivo maior do Estado, cujos poderes passam a desenvolverem uma relação de cooperação para alcançar tal fim. Uma vez que essa relação de cooperação se torna, muitas vezes, conflituosa, utiliza-se do modelo conhecido como “freios e contrapesos”, cujo objetivo é manter o equilíbrio e o respeito às competências atribuídas a cada poder, impedindo a ingerência de um sobre o outro.¹²

No entanto, cabe ressaltar que há uma movimentação das competências constitucionalmente definidas a cada poder, o que é uma realidade resultante dessa atitude colaborativa, por vezes conflituosa, e em busca da realização dos direitos fundamentais. Dessa forma, em um Estado Constitucional Democrático, devem os poderes atuarem na medida de suas competências estabelecidas pela Constituição, mas sempre dialogando entre si e buscando

⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Brasília-DF, 2011. p. 66.

⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

⁸ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 67.

⁹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰ *Ibidem*, p. 69-70.

¹¹ *Ibidem*, p. 71.

¹² BRITTO, 1981 apud SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

dar máxima efetividade aos direitos fundamentais, de modo que os atos dos poderes passam a ser analisados pela ótica dos direitos fundamentais, e não da limitação de competências.¹³

Na consideração dos direitos fundamentais como direito objetivo, as problemáticas passam a envolver direitos individuais homogêneos e difusos, uma vez que estes direitos deixam de ser entendidos como direitos subjetivos de defesa de uma independência social e de controle sobre a própria vida dos indivíduos, e passam a ser vistos como forma de se atingir efetivamente a liberdade para todos¹⁴, constituindo garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional. Dessa forma, não há como dissociar o exercício dos direitos subjetivos individuais do seu reconhecimento pela comunidade em que vive, pois um está condicionado ao outro, de forma que podemos falar em uma responsabilidade comunitária das pessoas.¹⁵

Uma vez que o Estado constitucional se fundamenta na supremacia da Constituição, e sendo a dimensão dogmática desta ocupada pelos direitos fundamentais, estes passam a ocupar posição de destaque na ordem jurídica. Desse modo, os direitos fundamentais passam a oferecer um norte à interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, influenciando não apenas a esfera pública, mas também a esfera privada e as relações entre os indivíduos. Dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, surge a responsabilidade do Estado em promover a realização eficaz desses direitos por meio de ações positivas, protegendo tais direitos contra violações dos poderes públicos e dos outros particulares, sendo que tal responsabilidade se dá na mesma medida a todos os poderes, não sendo mais dever de apenas um deles.¹⁶ Logo, as resoluções constitucionais, dentre elas os direitos fundamentais, vinculam todos os poderes públicos e devem ser cumpridos de forma imediata.¹⁷ Inclusive, podemos dizer que o Estado Constitucional tem por fundamento e principal objetivo a tutela dos direitos humanos.¹⁸

Dessa forma, dada a importância dos direitos fundamentais em um Estado Constitucional Democrático, bem como a importância destes para o tema dessa monografia, cabe aqui aprofundar a reflexão acerca do conflito entre eles.

¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹⁴ SARLET, 2012 apud SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SILVA, op. cit.

¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Brasília-DF, 2011. p. 75-76.

¹⁸ *Ibidem*, p. 81.

1.2 Dos Conflitos entre Direitos Fundamentais e da Teoria da Proporcionalidade

Os direitos fundamentais são contraditórios entre si por protegerem valores ideologicamente opostos, o que gera conflitos. Os embates entre direitos fundamentais são solucionados com a restrição de um dos direitos perante o outro.¹⁹ A colisão entre esses direitos se dá porque os direitos fundamentais têm natureza principiológica e determinam obrigações que variam com as possibilidades fáticas e jurídicas dos casos concretos. Devido a essa característica, o objetivo é a máxima otimização da norma, como demonstra George Marmelstein ao dizer que “O agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos”²⁰.

Na maior parte dos casos, esses direitos são inflexíveis e devem imperar, sendo feita a sua limitação apenas nos casos em que for inevitável, quando um direito ameaçar a existência de outro. Em alguns casos, essa limitação é feita pela própria Constituição, mas normalmente ocorre com base nas informações do caso concreto. Havendo a de restrição ou limitação de um direito fundamental, deve-se respeitar o princípio da proporcionalidade para que tal atitude seja legítima.²¹ Embora nossa Carta Magna não mencione expressamente o princípio da proporcionalidade, entende-se que tal princípio é uma consequência do Estado Democrático de Direito.²²

O princípio da proporcionalidade é o meio usado para avaliar a restrição de direitos constitucionalmente protegidos, a exemplo dos direitos fundamentais, buscando constatar se a limitação feita foi realmente necessária. Essa teoria apresenta três dimensões: adequação, necessidade (vedação de excesso e de insuficiência, que ocorrem concomitantemente) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). É necessária a presença dessas três dimensões para que a limitação do direito fundamental seja válida, devendo a análise dessas dimensões deve ser feita sucessivamente.²³

A adequação diz respeito à eficácia da limitação em atingir o fim que pretendia. Deve haver uma relação entre o meio usado e o fim que se visa atingir, e esse fim pretendido deve ser legítimo, ou seja, compatível com a Constituição. A necessidade busca

¹⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 365-367.

²⁰ *Ibidem*, p. 368.

²¹ *Ibidem*, p. 369-371.

²² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 255-257.

²³ MARMELSTEIN, op. cit., p. 372-375.

saber se a limitação foi na medida certa, nem mais nem menos do que o necessário. Na necessidade como vedação de excesso, questiona-se se a limitação é a opção menos onerosa naquela situação. Na necessidade como vedação de insuficiência, a indagação seria se a limitação é suficiente para proteger o direito em questão, inibindo uma omissão total ou parcial. Já na proporcionalidade (ponderação) em sentido estrito, questiona-se se a limitação trará mais vantagens do que danos, ou se os danos compensam os ganhos. Essa dimensão busca evitar que o direito fundamental sacrificado seja mais importante do que o preservado, analisando cautelosamente todos os interesses em questão.²⁴

Antes da aplicação da teoria da proporcionalidade, faz-se a tentativa de conciliar e equilibrar os direitos em questão. Sendo impossível essa harmonização dos direitos conflitantes, aplica-se o sopesamento, ou ponderação propriamente dita.²⁵ É de extrema importância o princípio da concordância prática ou da harmonização, que objetiva dar a máxima efetividade a um direito, restringindo o outro o mínimo possível. Por meio do sopesamento, decide-se qual direito irá prevalecer e qual será sacrificado, sendo parcial ou totalmente descumprido.²⁶ Em certos casos, a Constituição coloca qual direito deve prevalecer, mas de modo geral, essa hierarquia é definida dentro de um caso concreto, com base nas características desse caso.²⁷ Embora nossa Carta Magna não mencione expressamente o princípio da proporcionalidade, entende-se que tal princípio é uma consequência do Estado Democrático de Direito.²⁸

Complementando o princípio da proporcionalidade, tem-se o princípio da proteção ao núcleo essencial, que diz que, em nenhuma hipótese, é possível uma lei restringir um direito fundamental de modo a afetar o seu conteúdo mínimo ou essencial, o que não obsta que o judiciário restrinja por completo um direito fundamental em um caso concreto. No entanto, se a lei for proporcional, ainda que atinja o núcleo essencial de um direito, ela será válida. Embora isso não seja recomendável, em alguns casos será inevitável não atingir o núcleo essencial de um direito fundamental, visto que existem direitos cuja restrição sempre resultará na sua supressão.²⁹

²⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 375-385.

²⁵ *Ibidem*, p. 386-387.

²⁶ *Ibidem*, p. 387-395.

²⁷ *Ibidem*, p. 395-399.

²⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 255-257.

²⁹ MARMELSTEIN, *op.cit.*, p. 399-403.

Em nossa Constituição, dado o dever do Estado em dar efetividade aos direitos fundamentais, há o dever de não discriminar (discriminação negativa) e o dever de igualizar, de combater desigualdades (discriminação positiva), de forma que recai sobre o Estado os deveres de respeito, proteção e promoção. O dever de respeito é o que impede que o Estado tome decisões discriminatórias injustificadas e desproporcionais, devendo o ser humano ser igualmente considerado. O dever de proteção é o que estabelece que o Estado deve impedir que os indivíduos violem a igualdade e respeitem uns aos outros. Já o dever de promoção obriga o Estado a tomar medidas compensatórias (ações afirmativas) para que os desfavorecidos concorram em igualdade de condições com o restante da sociedade, possibilitando uma competição equilibrada.³⁰

Ao discutirmos os direitos fundamentais no contexto do discurso do ódio, convém destacarmos o princípio da proibição de abuso de direito fundamental, que determina que nenhum direito fundamental pode ser usado de forma a permitir a extinção de outros direitos ou liberdades. Ou seja, um direito fundamental não pode ser usado para corroborar um exercício ilícito de restrição de outros valores constitucionais. No Brasil, nossa Carta Magna dispõe, de forma latente, que esses direitos não podem ser usados para ratificar injustiças ou violações a terceiros.³¹

Assim sendo, colocar certas garantias como absolutas e inexoráveis podem levar à impunidade, o que não é compatível com os direitos fundamentais e com o dever do Estado de punir violações a esses direitos. Ao aplicarmos isso à vedação de censura e ao abuso da liberdade de expressão, temos que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, como nenhum direito fundamental o é. Ao reprovar o preconceito e o racismo, a própria Constituição impõe limites a essa liberdade. E é aqui, na discussão acerca desses limites, que se insere o conflito gerado pelo discurso do ódio.³²

Passemos, então, à análise do direito fundamental de maior relevância dentro da atual discussão, qual seja, o direito fundamental à liberdade de expressão.

1.3 Do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão

³⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 409-410.

³¹ *Ibidem*, p. 423-425.

³² *Ibidem*, p. 425-433.

O artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal coloca a liberdade de expressão em sintonia com as ideias de um Estado Constitucional democrático e dos direitos humanos defendidos internacionalmente.³³ Todos os direitos fundamentais são indissociáveis dos princípios da universalidade e da igualdade, e as liberdades comunicativas não fogem ao padrão, sendo invocadas tanto por indivíduos, como pela coletividade. Quando positivadas em normas constitucionais, como ocorre no Brasil, elas podem ser invocadas independentemente de o legislador colocar previsões nesse sentido, dado o poder vinculador das normas constitucionais.³⁴

A doutrina constitucional apregoa que um espaço de discurso público aberto e pluralista possui uma função constitutiva e estabilizadora da livre formação da opinião individual e coletiva³⁵, por meio da procura da verdade e do conhecimento, da expressão e autonomia individuais, da defesa do Estado de direito democrático, da livre concorrência de ideias, da proteção da diversidade de opiniões, da transformação pacífica da sociedade, entre outras.³⁶ Tal direito fundamental surge do princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de igualdade e liberdade.³⁷

O direito à liberdade de expressão deve ser compreendido em um âmbito normativo alargado.³⁸ Inerente a esse direito, há uma presunção de inconstitucionalidade que abrange todas as modalidades de censura.³⁹ Isso leva a um conceito amplo de censura, que independe de particularidades como procedência ou forma, tornando-a incompatível com um Estado Constitucional livre e democrático.⁴⁰

No entanto, não há que se falar em um direito geral de liberdade, não sendo tal direito absoluto. Por direito geral de liberdade, entende-se a ideia de que toda e qualquer ação humana estaria isenta de limitações ou imposições, posto que tais intervenções importariam em uma restrição ao direito fundamental à liberdade.⁴¹ Ronald Dworkin se

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 27-28.

³⁴ *Ibidem*, p. 30.

³⁵ *Ibidem*, p. 27-28.

³⁶ MACHADO, 2002 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 28.

³⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 28-29.

³⁸ ALEXY, 1986 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 29.

³⁹ HOLLANDER, 1995 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 29.

⁴⁰ MACHADO, op. cit., p. 29.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 159.

contrapõe a essa teoria, afirmando não existir um direito geral de liberdade, e sim direitos fundamentais a liberdades, quais sejam, aqueles decorrentes da ideia de que todos devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração.⁴²

Contudo, isso não significa que quaisquer tipos de intervenções sobre a liberdade sejam permitidas, posto que devem haver motivos fortes que legitimem eventual restrições a esse direito.⁴³ Para decidir se uma intervenção é realmente devida, utiliza-se a teoria da proporcionalidade, sempre tendo em vista o princípio da dignidade humana, de modo que podem ser restringidas as atividades que causem dano a outrem e, ao mesmo tempo, se demonstrem menos importantes à concretização do mencionado princípio.⁴⁴

De forma geral, a regra é a liberdade, sendo a sua restrição uma exceção. Ressalta-se, no entanto, que a liberdade de expressão não ratifica a ofensa a outros direitos constitucionalmente protegidos⁴⁵, tendo em vista o princípio de proibição do abuso. Cabe destaque a teoria do “princípio do dano”, formulada por John Stuart Mill, que postula que a única justificativa para intervenções na liberdade de um indivíduo é a ocorrência de dano a terceiros.⁴⁶ Entende-se por dano a violação a um direito.⁴⁷ No entanto, adiciona-se a essa teoria que não basta apenas o dano a terceiro para justificar a restrição, mas também que esta intervenção seja feita sobre o direito menos importante à concretização do princípio da dignidade humana.⁴⁸

O direito à liberdade de expressão, portanto, deve respeitar certos limites e princípios. Dessa forma, as restrições são sempre excepcionais, devendo ser fundamentadas e analisadas de forma restritiva, além de atender à necessidade, adequação e proporcionalidade, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, de forma a atingir um equilíbrio que não restrinja demais nenhum dos direitos.⁴⁹

⁴² DWORKIN, 1978 apud SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 160.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 160.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 160-162.

⁴⁵ CANOTILHO; MACHADO, 2003 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 32

⁴⁶ SARMENTO, op. cit., p. 162.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 165.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 160.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 33.

Para uma ordem constitucional livre e democrática, é de extrema importância o debate público de todas as questões de interesse público.⁵⁰ Nesse sentido, a liberdade de expressão assume importância relevante, devendo ter seu âmbito de proteção alargado, de modo a restarem asseguradas a livre circulação de ideias e informações, que influenciarão na opinião pública e na vontade política. Há um constante encontro entre a opinião do indivíduo e a opinião dos outros, pois todos têm o direito de expor suas próprias ideias. Assim sendo, a melhor forma de proteger a autonomia dos indivíduos, a cidadania ativa e a autodeterminação democrática da comunidade política é se, dessa diversidade de fontes, das quais surge a informação, esta for sujeito à análise e à crítica pública.⁵¹ Para isso, as pessoas devem poder formar seus pensamentos de forma livre e esclarecida, colocando-os sempre em discussão, crítica, revisão e deliberação⁵², não sendo o Estado apto a dizer quais ideias podem ou não serem emitidas.

A liberdade é pressuposto da vida digna, pois a dignidade humana, para que possa realizar-se, necessita que o homem exerça uma opção consciente e livre, ou seja, que ele se guie por suas próprias convicções, e não por impulsos externos a ele.⁵³ Soma-se a essa ideia a defendida por Stuart Mill, que afirmava que a melhor condição para alcançar a prosperidade e o desenvolvimento humano seria alcançada por meio da livre circulação de ideias, devendo isso ser não apenas tolerado, mas sim encorajado e protegido. Passa-se então a tratar da liberdade de expressão como referencial para a dignidade humana. Em seu ensaio “A Liberdade”, Mill proclama que, para poder formar suas concepções próprias e decidir como pretende autogovernar-se ao delegar poder aos representantes políticos, as pessoas devem ter o máximo de informações possíveis, pois assim terão mais chances de conseguir o que querem.⁵⁴

A liberdade de pensamento pertence ao foro íntimo e à inteligência da pessoa, e é, dessa forma, problema da consciência de cada indivíduo. Enquanto o pensamento não for manifestado, externado, ele será livre e inviolável, estando fora do poder e do controle social e

⁵⁰ HABERMAS, 1962 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 35.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 35.

⁵² BIGNAMI, 2008 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 36.

⁵³ COMPÊNDIO DO VATICANO II, 1972 apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005. p.35.

⁵⁴ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005. p. 35-37.

estatal. Dessa forma, diferenciam-se os dois aspectos da liberdade: o da resolução própria (pensamento) e o da liberdade de execução dessa resolução (expressão do pensamento).⁵⁵

Para entendermos a liberdade de expressão em nossa atual Constituição, devemos analisar conjuntamente os incisos IV, VI e IX do artigo 5º.⁵⁶ São eles:

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

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;⁵⁷

Interpretando esses incisos, inevitável a conclusão de que a liberdade de expressão protegida pela Constituição Federal de 1988 vai além da simples manifestação de um pensamento ao mundo exterior, mas a possibilidade que o indivíduo tem de formar seus próprios pensamentos sem qualquer interferência, podendo acessar todas as ideias existentes e optar por uma ou outra de forma livre, independente e autônoma. Desse modo, identificam-se duas dimensões da liberdade de expressão: a interna, que diz respeito a autoconstrução da identidade e consciência próprias; e a externa, que corresponde à manifestação da interna no mundo exterior, contribuindo para o mercado de ideias. Portanto, censurar a manifestação de pensamentos e ideias de um indivíduo no mundo exterior significa censurar a liberdade de expressão de todos os outros indivíduos na dimensão interna, uma vez que todos serão impedidos de acessarem e conhecerem essa ideia, o que afeta a construção de suas identidades e consciências. Ademais, limitar que um indivíduo manifeste sua opinião também implica em uma ofensa ao regime democrático, posto que afeta a circulação de ideias e, conseqüentemente, a formação do mercado de ideias e o acesso a ele, interferindo no pluralismo público e político.⁵⁸

Ante o exposto, fica claro a controvérsia que se dá sobre o discurso do ódio sob a perspectiva da liberdade de expressão, tendo em vista que proibir a emissão de tal

⁵⁵ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005. p. 196-199.

⁵⁶ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 116-117.

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁵⁸ CARCARÁ, op. cit., p. 117-119.

manifestação gera consequências não apenas na liberdade de expressão de seu emissor, mas de toda a sociedade que deixa de ter acesso a esta ideia. No entanto, permitir a exteriorização de tais ideias viola a dignidade humana dos ofendidos. Desse modo, resta claro a necessidade de uma melhor análise deste princípio, visto ser impossível falar de liberdade de expressão e do discurso do ódio sem um estudo da dignidade da pessoa humana, princípio este que também compõe as bases de um Estado Constitucional.

1.4 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como o principal objetivo dos direitos fundamentais é garantir a efetividade do princípio da dignidade humana, não faz sentido usar desses direitos como desculpa para contrariar tal finalidade. Com base em tal ideia, a dignidade da pessoa humana é por diversas vezes colocada como o principal critério subjetivo no sopesamento de valores constitucionais, devendo o conflito ser resolvido com base nesse princípio, observando-se a proporcionalidade⁵⁹, sendo esta a função hermenêutica da dignidade, diante da qual este princípio torna-se um critério para a ponderação de interesses conflitantes, de forma que os direitos mais relevantes para a promoção de tal princípio devem prevalecer sobre os outros.⁶⁰

Logo, a dignidade humana é, muitas vezes, utilizada como forma de se analisar e limitar a liberdade de expressão, sendo esse princípio aceito como bem jurídico legitimado a restringir tal direito, de modo a impedir ataques a determinados grupos ou indivíduos.⁶¹ No entanto, esta também pode ser utilizada como justificativa para o discurso do ódio, visto que dela origina-se o direito de autodeterminação sobre a própria personalidade.⁶²

A ideia de dignidade humana tem suas origens no pensamento clássico e com o cristianismo. Tanto no velho quanto no novo testamento, encontra-se a ideia de que o ser humano possui valor próprio que lhe é intrínseco e, portanto, não pode ser utilizado como simples objeto ou instrumento. Na filosofia e política clássica, a dignidade era ligada à posição social do indivíduo, bem como o seu reconhecimento pela sociedade. Já no estoicismo, entendia-se que dignidade era o que diferenciava o ser humano das demais espécies, sendo

⁵⁹ SARMENTO, 2000 apud MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 435-437.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 81

⁶¹ COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 57-58.

⁶² *Ibidem*, p. 58.

todos os indivíduos possuidores dela na mesma medida, noção essa ligada à ideia de igualdade. Em Roma, especialmente por meio das ideias de Cícero, desvinculou-se a noção de dignidade da posição social, sendo possível identificar dois sentidos da dignidade: o moral (virtudes pessoais, mérito) e o sociopolítico (posição social e política).⁶³ Assim sendo, nota-se que a dignidade era associada ao *status* pessoal do indivíduo, e representava sua posição política ou social, derivando de funções públicas, de realizações pessoais e da integridade moral.⁶⁴

Na Renascença, Pico della Mirandola tem como ponto de partida a racionalidade, característica única e inerente ao homem, afirmando que dela decorre a possibilidade de o ser humano construir sua própria existência e destino de modo livre e independente. É da dignidade humana que surge a ideia de autodeterminação do homem, uma vez que ele existe em função da sua própria vontade e é árbitro e soberano de si mesmo, sendo ele possuidor de capacidade para ser e obter o que for de sua vontade.⁶⁵ Logo, inicia-se a construção da noção contemporânea desse princípio, a qual é fundada sobre a ideia de que cada ser humano possui um valor intrínseco⁶⁶, conectando a dignidade à razão e à capacidade de tomar decisões morais de forma livre.⁶⁷

É difícil, e talvez até inviável, chegar a um conceito claro e satisfatório do que é dignidade da pessoa humana.⁶⁸ Desse modo, não cabe a nós interpretar o princípio da dignidade humana de forma positiva e vinculante, mas sim dizer o que lhe infringe, visto que se trata de um conceito constitucional carente de preenchimento com valores. Sendo assim, a interpretação de tal princípio tem por objetivo fazer sobressair valorações de um subjetivismo muito difuso para tornar tal conceito mais ou menos vinculante.⁶⁹ Quanto ao que viola esse princípio, podemos dizer que a dignidade será atingida sempre que um indivíduo concreto for reduzido a objeto e não considerado como sujeito de direito⁷⁰, determinando o âmbito de

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 29-31.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 10-14.

⁶⁵ SARLET, op. cit., p. 31-36.

⁶⁶ BARROSO, op. cit., p. 14-16.

⁶⁷ CANCIK, 2002 apud BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 16.

⁶⁸ SARLET, op. cit., p. 39-40.

⁶⁹ DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos: 1952-1983*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73-74.

⁷⁰ DÜRIG, 1956 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 57-58.

proteção conforme as violações concretamente sofridas e não definindo previamente o que é protegido.⁷¹

Ainda que não haja um conceito genérico amplamente aceito, a doutrina e a jurisprudência definiram bases para conceitua-la e concretizá-la⁷², determinando um conteúdo mínimo ou essencial para esse conceito.⁷³ De modo geral, podemos dizer que o conteúdo essencial da dignidade humana em nosso ordenamento é composto por 5 elementos interligados entre si: valor intrínseco da pessoa (o que impede o indivíduo de ser instrumentalizado), igualdade (de modo que deve-se reconhecer que as desigualdades sociais não influenciam na dignidade de cada um), autonomia (ligada à autodeterminação individual e à participação na democracia), mínimo existencial (diz respeito às garantias e condições necessárias para que se tenha uma vida digna) e reconhecimento (relativo às relações interpessoais e ao respeito recíproco à identidade de cada um).⁷⁴

O valor intrínseco decorre da natureza do ser, e descreve as qualidades inerentes e comuns a todos os seres humanos e que os distingue das outras espécies. Disso decorre a ideia de que o homem é fim em si mesmo, não podendo ser usado como meio para atender a vontades de outros (antiutilitarismo) e que o Estado existe para atender ao indivíduo, e não o contrário (antiautoritarismo). Dessa forma, a dignidade do ser humano é um valor objetivo que não depende de qualquer outra característica além do “ser” humano e não pode, portanto, ser perdida ou adquirida, mesmo diante de comportamentos extremamente reprováveis ou da falta de razão. É dessa dimensão da dignidade humana que surgem os direitos fundamentais⁷⁵

A discussão acerca da igualdade pressupõe a existência de desigualdades, pois sempre contém uma comparação entre diferenças, estando o princípio da igualdade assentado na existência do outro que, apesar de diferente, deve ser julgado da mesma forma.⁷⁶ A igualdade é uma consequência natural da afirmação de que todos os indivíduos possuem a mesma dignidade, devendo a comparação entre as pessoas ser baseada nesse critério valorativo.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 58.

⁷² *Ibidem*, p. 40-41.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 72-76.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92-93.

⁷⁵ BARROSO, op. cit., p. 76-81.

⁷⁶ DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos: 1952-1983*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85-86.

Além disso, o conceito de personalidade está ligado à ideia de diversidade, não sendo mais resumida à ideia de uniformização, de modo que o princípio da igualdade não diz respeito à relação entre sujeitos similares, mas no direito do indivíduo à participação no bem comum (o que o Estado deve dar a cada indivíduo, com base nas suas necessidades e qualidades) e no direito do Estado em exigir sacrifícios deste indivíduo em nome do bem comum (o que o Estado deve exigir de cada indivíduo, com base nas suas necessidades e qualidades).⁷⁷ Quando o princípio da igualdade presume a liberdade de formação da personalidade, permitindo diferenças e singularidades entre os indivíduos, ele se opõe àquela igualdade que não faz distinção entre os indivíduos e trata apenas da igual aplicação da lei. A igualdade, portanto, deve tratar do justo e do adequado, não tratando de forma igual aqueles que são desiguais.⁷⁸

A autonomia é a capacidade de autodeterminação, ou seja, é o que justifica o livre arbítrio e o que permite que cada um determine para si mesmo qual o ideal de viver bem e de vida boa. Dessa forma, cada indivíduo determina a normas que regerão sua própria vida pessoal com base no livre exercício da sua vontade, valores e desejos, sem influências externas. Para que seja exercida a autonomia, pressupõe-se a razão (capacidade mental de tomar decisões motivadas), a independência (ausência de coerção) e a escolha (existência de alternativas). Essa dimensão tem sua face privada (diz respeito às liberdades individuais decorrentes do autogoverno do indivíduo) e pública (diz respeito à cidadania e à participação na vida política), e dela surge o mínimo existencial.⁷⁹

Para serem iguais e livres, os indivíduos precisam, antes de tudo, ter suas necessidades vitais essenciais garantidas, como alimentação, saúde, educação e abrigo, não sendo possível que um indivíduo seja verdadeiramente autônomo se sua vontade é limitada por necessidades pessoais.⁸⁰ Cabe ao Estado garantir o mínimo existencial a todos os indivíduos, visto que este é requisito indispensável ao exercício das liberdades e à participação na democracia, uma vez que a ausência do mínimo existencial limita as escolhas pessoais do cidadão, bem como a sua participação no regime democrático.⁸¹ Essa intervenção do Estado, entretanto, não viola a autonomia dos indivíduos, uma vez que a liberdade vai muito além do

⁷⁷ DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos: 1952-1983*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107-110.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 81-87.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 239.

que a não intervenção externa aos atos dos indivíduos, significando, na verdade, a possibilidade real e efetiva de cada indivíduo tomar suas próprias decisões e reger-se por elas,⁸² além de terem as mesmas oportunidades para participarem da democracia.⁸³

Ao falarmos de reconhecimento, falamos também do valor comunitário da dignidade humana, que surge em razão dos indivíduos viverem em sociedade e relacionarem-se entre si, bem como as forças externas que incidem sobre o sujeito, limitando a sua autonomia pessoal.⁸⁴ Assim, a dignidade não é mais vista no sentido de ser o indivíduo autônomo e fechado em si, repelindo qualquer influência externa, pois a realidade da vida resulta de uma realidade social, estando os indivíduos em constante relações entre si.⁸⁵

Ou seja, deve-se reconhecer, ao falar do princípio da dignidade da pessoa humana, o vínculo com a comunidade com base no foro interno, e que ter dignidade significa ter personalidade, sendo que a personalidade significar estar em contato com o todo e a serviço do bem comum. Logo, não deve ser imaginado um indivíduo sem vínculos, mas sim um indivíduo de personalidade responsável.⁸⁶ Dessa forma, esse elemento da dignidade ressalta o papel do Estado e da comunidade em estabelecer metas coletivas e restringir direitos e liberdades individuais em nome do bem comum, desde que tal interferência seja justificada pela justiça. O valor comunitário, portanto, tem três objetivos: a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e a proteção dos valores sociais compartilhados.⁸⁷

Surge a noção intersubjetiva da dignidade, analisada na relação dos homens entre si, e não do indivíduo isolado. Nessa noção, a igual dignidade surge da participação de todos no reconhecimento e proteção dos direitos coletivos indispensáveis ao desenvolvimento humano. Não faz sentido tratar de dignidade fora da intersubjetividade, que é o que obriga o seu reconhecimento e proteção juridicamente para que todos sejam tratados de forma igual. Tal

⁸² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 196.

⁸³ *Ibidem*, p. 202.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 87.

⁸⁵ DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos: 1952-1983*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95-102.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 102-107.

⁸⁷ BARROSO, op. cit., p. 87-98.

ideia ajuda a superar a concepção de dignidade apenas como inerente ao ser humano e permite vinculá-la como algo igual e comum a todos.⁸⁸

Tendo em vista todos esses elementos que compõem o núcleo essencial da dignidade humana, não há dúvidas de que esta não pode ser definida de maneira fixista por ir de encontro à diversidade de valores das sociedades democráticas contemporâneas, sendo mais coerente um conceito em constante desenvolvimento. Portanto, cabe aos órgãos estatais a sua permanente concretização e delimitação, não sendo alterada apenas a noção de que esta não pode ser criada, concedida ou retirada.⁸⁹ No entanto, embora dar uma definição abstrata e genérica do que seria a dignidade e seu âmbito de proteção não seja possível, isso pode ser alcançado no caso concreto⁹⁰.

A dignidade não resulta das circunstâncias concretas por ser inerente a qualquer ser humano, sendo todos detentores dela de forma igual apenas por serem reconhecidos como pessoas, independentemente de suas ações, o que impede a sua desconsideração. O que nos torna humanos é a nossa razão e consciência, tornando-nos capaz de autodeterminar nossas ações, sendo este o centro da noção de dignidade humana. Isso mostra a estrita ligação entre liberdade e dignidade.⁹¹

Utiliza-se aqui a ideia de Sarlet, que coloca que a dignidade não é apenas algo inerente ao ser humano, pois se complementa por uma dimensão histórico-cultural, devendo ser considerada a conduta concreta dentro de seu contexto. Dessa forma, a dignidade seria limite (dimensão defensiva) e tarefa (dimensão prestacional) do Estado e da sociedade. Como limite, a dignidade pertence a cada pessoa e não pode ser perdida ou alienada, devendo ser respeitada. Já como tarefa, ela guia as ações do Estado de modo a preservar a dignidade já existente ou a possibilitar o seu pleno exercício e gozo quando o indivíduo precisar do Estado para realizá-la.⁹²

Destarte, com base em todas as informações expostas, podemos identificar uma dupla dimensão da dignidade: de um lado, é expressão da autonomia da pessoa humana e da autodeterminação da sua existência; do outro, temos a necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado. Isso remete à ideia de Kant de que o ser humano nunca deve ser

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 51-55.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 41-43

⁹⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁹¹ *Ibidem*, p. 43-47.

⁹² *Ibidem*.

tratado como objeto, não podendo negar a importância de sua vida, pois o homem constitui um fim em si mesmo e não pode ser mero instrumento para realizar vontades arbitrárias.⁹³

As ideias de Kant muito influenciaram na noção de dignidade humana, sendo tal filósofo defensor de ideias como a capacidade do indivíduo de dominar suas paixões por meio da razão, de forma a descobrir, dentro de si, qual lei moral deve orientar sua conduta. Além disso, Kant postulou sobre o imperativo hipotético (a ação que é boa por ser um meio para alcançar certo fim) e o imperativo categórico (a ação que é boa em si mesma, não sendo importante o fim visado por ela), sendo o segundo enunciado pela famosa frase “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa se transformar em uma lei universal”, o qual passa a ser de extrema relevância para o estudo da dignidade humana.⁹⁴

Kant coloca a autonomia como sendo a qualidade da vontade livre, a capacidade do indivíduo se autodeterminar, uma razão que se autogoverna, estando os indivíduos sujeitos apenas às leis que impõe a si mesmos, ou seja, só estando sujeitos às próprias vontades. Para ele, a dignidade é o valor interno do ser humano, que está acima de todo preço. Dessa forma, o indivíduo existe como fim em si mesmo, não sendo meio para atingir nada, não estando sujeitos a vontades externas.⁹⁵

Kant trouxe avanços ao modo como a dignidade humana era pensada, a começar pelo fato de entender que esta existia em igual medida em todos que a possuíssem, rejeitando a ideia de existirem diversos níveis desta, que variariam de acordo com condições empíricas.⁹⁶ Para Kant, a dignidade seria uma característica intrínseca aos seres racionais⁹⁷, de modo que, em razão de sua racionalidade, o indivíduo teria autonomia sobre si e sobre suas ações, só sendo aceitas intervenções de modo excepcional,⁹⁸ posto que o ser racional deve ser o único responsável por determinar as leis que o regem.⁹⁹ Essas intervenções se justificariam

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 47-51.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 68-72.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 70-72.

⁹⁶ COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 26.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 29.

quando este indivíduo lograsse para si algo singular e especial, que não pudesse ser igualmente expandido a todos os outros sujeitos, ou seja, perante privilégios não universalizáveis.¹⁰⁰

Kant condena veementemente que um ser racional se utilize de outro como mero meio, não o enxergando como mais do que isso, avocando suas ações para alcançar um fim que não foi por ele escolhido.¹⁰¹ Para ele, a liberdade de um indivíduo é limitada pela liberdade do outro.¹⁰² Segundo Kant, todos os indivíduos dotados de dignidade, pelo simples fato de serem dignos, seriam titulares de quatro direitos: “(1) a proibição de privilégios; (2) o direito de ser seu próprio senhor; (3) o direito de ser tido, ao menos inicialmente, como imaculado ou não culpado [...]; (4) o direito de fazer o que bem entender, contanto que não se firam os direitos de terceiros.”¹⁰³ Por conseguinte, segundo a visão kantiana, restringir a liberdade de alguém seria algo justo, desde que tal punição tenha por objetivo reverter vantagens não universalizáveis, sendo que o indivíduo sabe das consequências de suas ações antes de realiza-las, e escolhe agir mesmo assim.¹⁰⁴ Logo, a dignidade vedaria a instrumentalização humana e o critério para identificar violações a esse princípio passa a ser o objetivo da conduta, que não pode ser o de coisificar o outro.¹⁰⁵

Por tratar-se de valor preexistente, a dignidade não precisa ser reconhecida pelo Direito para existir, mas este é importante na sua proteção.¹⁰⁶ A Constituição Federal de 1988, em resposta à ditadura militar, foi a primeira no Brasil a dedicar um título próprio aos princípios fundamentais, no artigo 1º, dando a esses princípios a força de normas embasadoras e informativas de todo o sistema constitucional, em especial, dos direitos e garantias fundamentais, e constituindo com eles o núcleo essencial da nossa Constituição. Dessa forma, fica claro que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do nosso Estado Constitucional Democrático, estando tal princípio expressamente previsto no texto constitucional em diversos momentos.¹⁰⁷ Ao prever o princípio da dignidade da pessoa humana como base do Estado, o constituinte reconheceu que é o Estado que existe em função do

¹⁰⁰ COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 26.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 27-28.

¹⁰² *Ibidem*, p. 29.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 30-31.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 31-32.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 47-51.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 41-43

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 61-65.

indivíduo, e não o contrário, uma vez que o ser humano é o fim da atividade do Estado, e não um de seus meios.¹⁰⁸

Ao avaliar o status jurídico-normativo da dignidade, temos que nossa atual Constituição não a incluiu entre os direitos e garantias fundamentais, mas concedeu-lhe a condição de princípio fundamental. O dispositivo constitucional que a prevê contém não uma simples norma, mas sim um princípio e valor fundamental que embasa direitos, garantias e deveres fundamentais. Ressalta-se que os direitos fundamentais têm por base a dignidade da pessoa humana, mas esta não é, e nem pode ser, por si só, um direito fundamental. Uma vez entendido que a dignidade como qualidade inerente à pessoa humana não pode ser dada pelo ordenamento jurídico, ao falar em um direito à dignidade, quer-se dizer o direito ao reconhecimento, respeito, proteção ou promoção desta, e não o direito à sua concessão.¹⁰⁹ Dessa forma, a dignidade humana é fonte de direitos e deveres, especialmente aqueles que não estão expressamente previstos no ordenamento, além de ser um vetor interpretativo das normas, determinando seus sentidos, preenchendo lacunas e solucionando ambiguidades e conflitos, de modo a atingir um equilíbrio, além de ser fundamento de todos os direitos fundamentais, fazendo parte de seu núcleo essencial.¹¹⁰

A classificação da dignidade como princípio fundamental também gera a certeza de que o artigo que a prevê não estabelece apenas uma obrigação ética e moral, mas uma norma jurídico-positiva dotada de status constitucional formal e material, possuindo eficácia e condição de valor jurídico fundamental.¹¹¹ É um mandado de otimização, cuja aplicação depende do que é possível fática e juridicamente, devendo ser buscados e aplicados na medida do possível.¹¹²

Por constituir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma das funções da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento é a de limitar tais direitos, principalmente para proteger a dignidade de um terceiro indivíduo, de modo a compatibilizar os diferentes direitos e deveres e possibilitar a vida em sociedade, evitando que uma pessoa

¹⁰⁸ BLECKMANN, 1997 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 65.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 66-70.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 62-68.

¹¹¹ SARLET, op. cit., p. 70-75.

¹¹² BARROSO, op. cit., p. 62-68.

gere danos à dignidade de outra.¹¹³ Dessa forma, havendo uma colisão de direitos fundamentais de diferentes pessoas, de modo que um indivíduo, ao exercer um direito, cause danos à dignidade de outro, deve-se aplicar a ponderação e a teoria da proporcionalidade.¹¹⁴

Em nosso ordenamento jurídico, é possível encontrarmos situações em que o legislador aplicou a ponderação e a teoria da proporcionalidade de forma abstrata, estabelecendo a prevalência de um direito sobre o outro, como é o caso da criminalização do racismo, mas, de forma geral, cabe ao judiciário aplicar tais métodos aos casos concretos.¹¹⁵ A dignidade humana também possui a função de identificar os direitos fundamentais que não estejam expressamente previstos no artigo 5º de nossa Constituição, de modo que devem ser considerados direitos fundamentais aqueles necessários à concretização desse princípio, além deste ser utilizado para preencher lacunas e evitar que a dignidade humana dos indivíduos seja desvalidada.¹¹⁶

Tratando de dignidade humana dentro de nosso contexto nacional, é possível perceber que o Brasil ainda encontra dificuldades em realizar a universalização do princípio fundamental da dignidade humana¹¹⁷ e em difundir o respeito às diferenças identitárias, o que se dá em razão de nossas relações sociais não enxergarem os indivíduos como igualmente dignos, propiciando a desigualdade, e não a proteção aos direitos e necessidades de todos os indivíduos, em especial os vulneráveis, independentemente de sua posição social.¹¹⁸ Vale ressaltar que este problema decorre de nossas raízes históricas e culturais, sendo, portanto, um problema crônico e constante à nossa realidade, sendo percebido pela maioria como algo normal.¹¹⁹ Destaca-se que essa desigualdade social não ocorre apenas quanto à critérios econômicos e com a concentração de renda, mas também em razão de classe social, cor, sexo, profissão, opção sexual, relações familiares, religião, etc, de modo a impedir que muitos tenham acesso a liberdades básicas e serviços públicos.¹²⁰

Desse modo, resta clara a importância deste princípio na discussão acerca do discurso do ódio, tendo em vista que este pode ser entendido como a concretização do direito de autodeterminação sobre as próprias ideias, bem como do direito de reger a própria vida,

¹¹³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 81-82.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 83.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 84-86.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 58.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 59-60.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 60-61.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 59.

direitos esses que devem ser garantidos a todos os indivíduos em igual medida, eis que derivam do princípio fundamental da dignidade humana. No entanto, a existência desse discurso viola tal princípio, pois diminui o outro perante a sociedade de modo a justificar a exclusão de direitos deste, além de suscitar ações violentas contra o indivíduo ou grupo, visando silenciar suas ideias e excluí-lo do convívio social e do debate democrático. Assim, resta instaurado o conflito, sob a perspectiva do princípio da dignidade humana, acerca da existência do discurso do ódio.

1.5 Do Discurso do Ódio em um Estado Constitucional

Não faz sentido um Estado cujo objetivo é integrar indivíduos e garantir a paz social tutelar o discurso do ódio, posto que este suscita violências e desavenças,¹²¹ sendo a sua mera existência o ponto de partida para conflitos envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ambos de extrema importância dentro de um Estado Constitucional Democrático.

Embora a liberdade de expressão em um Estado Constitucional Democrático seja indispensável à livre circulação de ideias que fomentam o mercado de ideias e os debates democráticos, esta não é um direito absoluto, sendo passível de restrições, desde que estas respeitem a teoria da proporcionalidade. Assim, o discurso do ódio não se justifica pela liberdade de expressão, posto que esta não pode ser usada para justificar agressões à dignidade de um indivíduo ou grupo. No entanto, limita-lo acaba por gerar danos não apenas na liberdade do emissor do discurso, mas também de todos os indivíduos da sociedade, tendo em vista que estes deixam de ter acesso àquela ideia, o que impossibilita uma completa liberdade na formação de suas identidades.

Já o risco à dignidade da pessoa humana provocado pelo discurso do ódio se dá em razão do seu conteúdo, que é incitador e provocador, reduzindo o outro de modo que este não seja mais considerado um ser dotado de direitos, o que atinge o núcleo essencial desse princípio, pois gera abalos no valor intrínseco da pessoa e no mínimo existencial, além de questionar as noções de igualdade, autonomia e reconhecimento. Ao permitir a circulação do discurso do ódio, é ofendida não apenas a dignidade de um único indivíduo, mas de todo um

¹²¹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 180.

grupo social, étnico, religioso ou cultural. No entanto, proibi-lo implica em uma limitação ao direito de autodeterminação do emissor.

Em razão do princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cabe não apenas ao Estado, mas também aos indivíduos, respeitar os direitos fundamentais.¹²² Dessa forma, ao nos relacionarmos uns com os outros, devemos sempre observar e respeitar tais direitos, não sendo possível que um indivíduo utilize de sua liberdade de expressão para violar os direitos fundamentais ou a dignidade humana de outro ser, ou mesmo limite a liberdade de expressão de outro e o impeça de manifestar suas próprias ideias.

Paradoxalmente, recai sobre o Estado, ao mesmo tempo, observar, proteger e promover a dignidade humana e a livre manifestação do pensamento, ambos expressamente previstos em nossa Constituição Federal, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso IV, sendo vedada a censura no artigo 5º, inciso IX.¹²³ Assim, nasce a controvérsia acerca de como deve o Estado lidar com o discurso do ódio dentro de um Estado Constitucional, visto que qualquer solução proposta parece, em um primeiro momento, violar ou o princípio da dignidade humana, ou o direito fundamental à liberdade de expressão, incorrendo o Estado em uma postura repreensiva e censuradora.

É consenso entre as sociedades democráticas que o discurso do ódio deve ser prevenido e combatido. No entanto, tratamentos jurídicos que se resumam a uma simples proibição ou permissão acabam por prejudicar, de um modo ou de outro, o direito à liberdade de expressão e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.¹²⁴ Desse modo, com base na argumentação exposta no capítulo, conclui-se que a solução de tal conflito acaba por recair sobre a teoria da proporcionalidade, eis que este se dá sobre direitos e princípios constitucionalmente tutelados, de modo que qualquer resposta deve atender às dimensões da adequação, necessidade e ponderação.

Assim, para dar seguimento à discussão, faz-se necessário definir o conceito de discurso do ódio, de modo a determinar quais manifestações de pensamento podem ser assim definidas, bem como quais são as principais formas de combate aplicadas a ele, para que estas possam ser analisadas e criticadas à luz das bases por esse capítulo definidas, a fim de que se

¹²² CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 110.

¹²³ *Ibidem*, p. 110-111.

¹²⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 125-129.

alcance uma melhor maneira de se lidar com esse discurso, qual seja, por meio da aplicação de uma solução que atenda à teoria da proporcionalidade. É o que será feito a seguir.

2 DISCURSO DO ÓDIO E SUAS FORMAS DE COMBATE

2.1 Conceito, Dificuldades e Conflitos Resultantes do Discurso do Ódio

A doutrina brasileira¹²⁵, embora não tenha se preocupado em dar um conceito ao discurso do ódio, parece seguir a delimitação dada pelos Estados Unidos da América e Alemanha, que conceituam o discurso do ódio como sendo aquele que suscita o ódio, a violência ou a discriminação ao insultar, intimidar ou assediar indivíduos com base em raça, etnia, cor, sexo, religião, nacionalidade, etc. A doutrina pátria, no entanto, evidencia que os alvos de tal discurso são, preferencialmente, os grupos vulneráveis e as minorias. Dessa forma, há uma padronização no entendimento do que seria o discurso do ódio, uma vez que certos elementos estão sempre presentes em seu conceito.¹²⁶

Assim, tem-se um consenso sobre a definição do discurso do ódio como sendo “a manifestação de pensamento que incita à violência em razão de características físicas ou comportamentos sociais, que têm como vítimas preferenciais grupos vulneráveis”¹²⁷, sendo que os elementos que compõe esse conceito, e sobre os quais não há divergências, são: manifestação de pensamento, incitação à violência, características físicas ou comportamentos sociais, grupos vulneráveis.¹²⁸

Considera-se o discurso do ódio como a representação do desprezo e da discriminação a grupos vulneráveis em decorrência de suas características, sendo ele incompatível com o respeito à dignidade humana, pois tende a diminuí-la. Esse discurso está no mundo das ideias, sendo apenas palavras que podem suscitar sentimentos ou ações.¹²⁹ A violência ocorre por meio das palavras e ideias ditas, que são cheias de preconceito e discriminação, e tendem a reproduzir tais sentimentos de ódio nos outros.¹³⁰ Embora proferir ideologias não costume ser crime, alguns sistemas, como o alemão e o francês, criminalizam

¹²⁵ Por todos vide CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 56.

¹²⁶ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 56.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 55-57.

¹²⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 98-99.

¹³⁰ CARCARÁ, op. cit., p. 75-80.

tal discurso em razão deste induzir certas ações a se realizarem, mesmo entendendo que esse discurso, por si só, não acarreta necessariamente na realização de uma ação ilegal.¹³¹

Por grupos vulneráveis, entende-se aqueles formados por pessoas com peculiaridades sociais representadas por valores homogêneos constituídos pelo tempo, espaço e história de uma sociedade, relacionando-se com as minorias de representação política, mas não se limitando a elas. Embora os grupos vulneráveis sejam os mais propensos a serem alvos de um discurso do ódio, este também pode ser proferido contra outros grupos.¹³² Nos discursos do ódio, o indivíduo é ofendido devido à característica que o identifica como pertencente a certo grupo, de modo que ele só deixa de ser ferido se perder tal atributo, o que muitas vezes implica na perda da própria identidade ou de uma característica irrenunciável.¹³³

De modo geral, o discurso do ódio se volta contra grupos, ou contra os indivíduos que façam parte deles, podendo também ser dirigido contra indivíduos específicos.¹³⁴ No entanto, para que um discurso do ódio gere uma ofensa coletiva, é necessário que todo e cada indivíduo dessa coletividade tenha sua honra agredida em razão de fazer parte do grupo, além de ser necessário que este grupo seja delimitado e identificável, de modo que tenha algo que o separe do restante da coletividade e que especifique os agredidos.¹³⁵

Por falarmos em agressão à honra, precisamos distinguir as três dimensões da honra, todas passíveis de ofensas.¹³⁶ A primeira dimensão é aquela que diz respeito ao status pessoal de cada um, ou seja, aquela inerente a todo ser humano independente de suas ações, podendo citar-se como agressões a essa dimensão aquelas que retiram do ofendido sua condição de ser humano ou o colocam em posição inferior à dos outros, questionando sua dignidade.¹³⁷ Já a segunda dimensão da honra diz respeito às exigências mínimas do convívio social civilizado, caracterizando-se como ofensa a essa dimensão as opiniões depreciativas e as alegadas falhas de caráter.¹³⁸ Por fim, a terceira dimensão é aquela ligada ao status social, ou seja, à reputação de alguém perante a sociedade que a cerca, caracterizando ofensas a essa

¹³¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 98-99.

¹³² CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 87-93.

¹³³ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 101-104.

¹³⁴ BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 186.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 191.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 186.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 186-187.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 187.

dimensão a difamação e a calúnia.¹³⁹ Ao ofender a terceira dimensão da honra de alguém, ofende-se também a imagem que esta construiu de si própria e escolheu evidenciar à coletividade.¹⁴⁰

Dentre os obstáculos em se lidar com o discurso do ódio, destaca-se a dificuldade de identifica-lo, já que este costuma se dar de forma implícita, o que não altera o seu caráter, mas torna-o difícil de se combater. Outro desafio é garantir a liberdade de expressão sem permitir um estado de intolerância ou de prejuízos para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade, mas favorecendo a tolerância e o pluralismo. Além disso, não há uma verdade incontestável que justifique limitar a liberdade de expressão, pois tudo é passível de discussão, sendo esta o caminho da busca pela verdade.¹⁴¹

Para iniciarmos a presente discussão, faz-se mister ressaltar que o direito não pode atuar sobre o pensamento, sendo punível apenas a sua exteriorização quando esta gerar uma perturbação intersubjetiva, ou seja, quando esta afetar outro indivíduo ou a coletividade. Aqui cabe lembrar o já dito sobre a liberdade de expressão, direito fundamental entendido como sendo elemento da dignidade humana e essencial à democracia, ambas ofendidas caso tal liberdade venha a ser restringida. No entanto, não há dúvidas de que um exercício ilimitado dessa liberdade gera uma interferência prejudicial na liberdade do outro. Cita-se Thomas Hobbes, o qual entendia que a liberdade plena levaria à guerra e ao caos, devendo esta ser restringida em prol da convivência comum, harmônica e pacífica. Assim sendo, ao mesmo tempo em que são criadas normas para assegurar o exercício da liberdade, são criadas regras para limitá-la, de forma a possibilitar um convívio pacífico.¹⁴²

No entanto, existe um âmbito da liberdade de expressão que é inviolável, qual seja, o dos desejos e vontades individuais daquele ser humano e que afetam apenas a ele, uma vez que não gera impactos em outros indivíduos ou no Estado. Dessa forma, não pode ser limitada a manifestação do pensamento em opções religiosas, sexuais, profissionais, além de situações como a escolha da cor da roupa ou tomar ou não banho, etc, ressaltando-se que indisposições morais não são suficientes para limitar o exercício da liberdade. Assim, não pode

¹³⁹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 187.

¹⁴⁰ COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 59.

¹⁴¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 99-101.

¹⁴² CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 57-59.

o Estado intervir na esfera pessoal do homem, assim como não pode permitir que outros interfiram nela. Logo, o Estado tem papel importante na construção da liberdade, pois cabe a ele permitir e limitar o exercício desta.¹⁴³

Em decorrência disto, temos o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, direito fundamental relacionado à liberdade de consciência e ao direito a opinião, e a formar essa opinião, por meio do acesso às informações e conteúdos diversos. Aqui, também cabe ao Estado não interferir e impedir que outros interfiram, possibilitando ao indivíduo conhecer todas as ideias e escolher entre elas. E para que o indivíduo tenha acesso a todas as ideias, deve haver a manifestação do pensamento de todos os membros da sociedade, de modo que os diversos pensamentos, opiniões e ideias expostos dialoguem entre si e formem o mercado de ideias, pelo qual o indivíduo norteia-se de forma livre, conforme sua própria razão, optando pela ideia que deseja seguir.¹⁴⁴

Por mercado de ideias, entende-se a “livre e total disponibilidade de pensamentos e de reflexões nas quais qualquer indivíduo pode ser contra ou a favor, podendo, ainda, participar exteriorizando seu pensamento e contribuindo para que outros possam dialogar com seu pensamento.” Dessa forma, o mercado de ideias garantiria uma sociedade mais estável e tolerante. Ressalta-se que a identidade resulta diretamente da autoformação do indivíduo, que é construída, de forma autônoma, por meio das relações sociais, devendo ele ter acesso à totalidade de ideias resultantes dessas relações.¹⁴⁵

Não caberia ao Estado limitar a manifestação do pensamento de nenhum indivíduo, pois isso abalaria a autonomia individual e traria para o Estado a responsabilidade moral da formação das pessoas, uma vez que este estaria determinando quais ideias devem norteá-las. Assim, a liberdade de expressão dos indivíduos restaria prejudicada, pois passaria a ser uma re-manifestação das convicções do Estado.¹⁴⁶

Com base nisso, temos que a limitação de ideias gera um impacto negativo no mercado de ideias e, conseqüentemente, na sociedade democrática e na liberdade de expressão dos indivíduos. Por isso, é importante definir quando uma ideia extrapola os limites da liberdade de expressão, tornando-se passível de repressão. Para isso, faz-se necessário

¹⁴³ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 57-61.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 62-63.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 64-67.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 68-70.

diferenciarmos o discurso do ódio de uma manifestação odiosa, já adiantando que, enquanto o primeiro é passível de restrição, o segundo deve ser tolerado no âmbito de um regime democrático.

Entende-se que a manifestação de ideias odiosas e o discurso do ódio constituem institutos diferentes, tendo em vista seus objetivos. Enquanto a manifestação de ideias odiosas não tem por objetivo incentivar a violência, o discurso do ódio é movido por tal finalidade. Desse modo, o problema do discurso do ódio não seria as ideias nele manifestadas, e sim o seu objetivo, qual seja, a incitação à violência. Assim, o discurso do ódio seria aquele que tem por objetivo incentivar a violência. No entanto, seria possível exteriorizar as mesmas ideias odiosas, mas sem a intenção de se obstar a ocorrência de um diálogo, não havendo a finalidade de se incitar a violência, o que não caracterizaria discurso do ódio, e sim a manifestação de um pensamento odioso.¹⁴⁷

Assim sendo, resta clara a importância do diálogo, especialmente considerando-se que a manifestação do pensamento feita de forma isolada não gera grandes efeitos, de forma que se faz necessário que tal manifestação seja recebida por alguém para que esta adquira relevância. Em um regime democrático e no livre mercado de ideias, o natural é que uma manifestação inicie um diálogo por meio da colisão de diferentes pensamentos, ideias, opiniões e argumentos, de forma que tal ideia seja refutada ou ganhe força, contribuindo, assim, para a busca pela verdade e pelo conhecimento. Aqui se insere outro problema do discurso do ódio, uma vez que este obsta o diálogo ao colocar a ideia odiosa como sendo a única verdade, devendo todos aceitá-la, sendo tal discurso intolerante com qualquer ideia contrária, o que obsta a busca pelo conhecimento, que só é alcançado quando todos os lados se manifestam sobre o assunto, sendo o diálogo o único caminho para a verdade. Assim sendo, esse discurso acaba por ofender a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que as ideias odiosas apresentam uma carga ofensiva em sua essência, afetando a honra dos ofendidos por meio de ideias hostis e irracionais de inferioridade, de forma a criar uma mácula moral que impede a participação dos ofendidos no diálogo coletivo.¹⁴⁸

Não há agressão na manifestação de uma ideia como simples exercício da liberdade de expressão, ainda que odiosa, o que possibilita a sua emissão, dada a garantia

¹⁴⁷ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 68-70.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 70-74.

democrática de participação igualitária de todos.¹⁴⁹ Já o discurso do ódio é uma forma de dominação que interfere na liberdade dos indivíduos ao criar obstáculos para que estes manifestem suas ideias, excluindo os ofendidos do debate democrático, o que não se confunde com a simples manifestação de ideias odiosas, pois estas não afetam a liberdade de outros cidadãos.¹⁵⁰

Logo, o discurso do ódio também objetiva excluir socialmente um grupo, bem como desprovê-lo de direitos, em razão de uma característica colocada como imprópria. O que determina qual grupo será foco desses discursos varia com a história humana, o tempo e o espaço. O valor de um grupo deriva de dimensões heterogêneas da sociedade (pluralidade de aspectos diante de um parâmetro). O que determina um grupo como tal é a coletividade de pessoas homogêneas (aspecto predominante diante de um parâmetro) que desenvolvam valores especiais, o que forma a particularidade social que destaca esse grupo do restante da sociedade. Examinando a história mundial, fica claro a tendência de dominação de um grupo sobre outro.¹⁵¹

Portanto, conclui-se que o elemento principal do discurso do ódio é a violência por meio das palavras, visando impedir que indivíduos participem da democracia. Esse discurso também afeta moralmente os ofendidos, gerando ódio e desprezo, o que leva ao abalo emocional completo, gerando uma crise de identidade, que é um dos objetivos desse discurso, visto que daí se inicia uma segregação social por entender que certos indivíduos são desprezíveis. O discurso do ódio atinge a dignidade da vítima, que construiu sua identidade com base em características que passam a ser vistas como nocivas e que devem ser destruídas. Outra forma de dano buscada é a exclusão da fruição de direitos e da participação democrática, sendo que esse discurso busca por mais adeptos às ideias odiosas através da disseminação delas a todos, incitando a violência para que outros as propaguem com o mesmo ódio. Logo, tem-se 2 dimensões no discurso do ódio: a de provocar danos nos indivíduos e a de angariar mais adeptos. O objetivo por trás de um discurso do ódio é difundir que certo grupo, devido a certa característica, é inferior e não deve deter certos direitos, incitando sentimentos de violência contra eles, bem como disseminando a ideia de submissão e dominação do outro.¹⁵²

¹⁴⁹ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 75-80.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 87-93.

¹⁵² *Ibidem*, p. 80-87.

Tendo em vista que o discurso do ódio é amplamente utilizado como forma de propagação do preconceito, da discriminação e do racismo, sendo estas as suas principais formas de manifestação, faz-se relevante analisarmos tais conceitos.

Com base nos valores, fazem-se observações e emitem-se juízos provisórios que, se não forem alterados no decorrer da história, se transformam em juízos ultrageneralizados. O preconceito negativo surge quando um indivíduo adota juízos provisórios que não foram refutados pela história como preceitos de integralidade moral, transformando-os em uma verdade incontestável, determinando os grupos vulneráveis e criando estereótipos dissociados da integralidade moral do indivíduo particular. Havendo a difusão e a aceitação desse preconceito, ou o indivíduo aceita as normas morais impostas, ou é excluído da sociedade. O preconceito negativo é uma atitude moral interior do indivíduo que reprova certa ação social objetivando impor as regras morais existentes.¹⁵³

Para Norberto Bobbio, o preconceito é “uma opinião equivocada que é considerada por determinadas pessoas como verdadeira”, cuja disseminação depende da consonância de tal opinião com as crenças e valores estabelecidos pelos indivíduos, ou seja, de acordo com a predisposição em consentir com tais ideias.¹⁵⁴ Ademais, o preconceito contém opiniões desfavoráveis sobre certo grupo, de modo a entender que este não detém as mesmas qualidades e aptidões que as suas.¹⁵⁵ O preconceito se associa ao discurso do ódio, visto que as ideias odiosas se constroem pelo preconceito e são difundidas por tal discurso. A tolerância não significa a inexistência de preconceito, mas apenas a capacidade de se conviver com um indivíduo possuidor do estereótipo odiado.¹⁵⁶

Já a discriminação está ligada à ideia pejorativa de superioridade que surge a partir da constatação da existência de diferenças entre os grupos, sendo baseada em preceitos ilegítimos¹⁵⁷ e em aspectos negativos que utilizam tais diferenças para excluir um grupo do restante da sociedade¹⁵⁸, negando-lhes acesso à igualdade e ao direito a um tratamento

¹⁵³ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 93-95.

¹⁵⁴ BOBBIO, 2002 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 104.

¹⁵⁵ PÁEZ, 1996 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 106.

¹⁵⁶ CARCARÁ, op. cit., p. 96-98.

¹⁵⁷ BOBBIO, op. cit., p. 109-110.

¹⁵⁸ PÁEZ, op. cit., p. 110.

isonômico¹⁵⁹, além de elidir o respeito às diferenças e à tolerância que possibilitam a convivência social harmônica.¹⁶⁰

A discriminação surge quando o preconceito é absorvido e o grupo é excluído do gozo de direitos. Passa a vigorar a intolerância, estando o estereótipo tão enraizado que se acredita ser impossível a convivência. Não existe discriminação sem preconceito, pois esta surge com o tratamento desigual à vítima do preconceito com o objetivo de mostrar a superioridade de um grupo sobre outro. Ou seja, a discriminação é um ato comissivo, enquanto o preconceito é um pensamento. O discurso do ódio é a manifestação do pensamento preconceituoso com a finalidade de excluir esses grupos do debate democrático, justificando a razão para tal exclusão e degradando moralmente o ofendido para que ele se retire do debate. A discriminação pode ocorrer de forma indireta, quando as ações não aparentam promover um preconceito.¹⁶¹

Por fim, o racismo é o comportamento de imputar um valor negativo a um grupo em razão da raça que os une.¹⁶² Com o avanço da ciência, e do estudo do genoma humano, de modo a restar claro não haverem diferenças biológicas que fundamentem a existência de raças, esta passou a ser entendida como uma construção étnica, religiosa, social, cultural e ideológica¹⁶³ atribuída a determinados indivíduos que possuem uma identidade entre si.¹⁶⁴ O racismo, de forma geral, tem sido usado historicamente para justificar a subordinação e a exploração de um grupo sobre outro.¹⁶⁵

O racismo seria o ponto alto do preconceito, sendo este não mais a integralidade moral do indivíduo, mas sim uma forma de agir com superioridade que vai além da exclusão de direitos, objetivando o domínio do grupo ofendido. O racismo coloca comportamentos como sendo característicos de um grupo. Ele é a manifestação político-ideológica, feita sobre um juízo ultrageneralizado, de que um grupo é superior a outro e,

¹⁵⁹ BOBBIO, 2002 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 109-110.

¹⁶⁰ TUÑON, 1996 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 111.

¹⁶¹ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 98-102.

¹⁶² JOBIM, 2004 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 113.

¹⁶³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 114-115.

¹⁶⁴ JUNQUEIRA, 1996 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 114-116.

¹⁶⁵ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 115.

portanto, deve comandar, cabendo ao grupo inferior obedecer. O racismo firma-se sobre aspectos peculiares a certos indivíduos que os tornam diferentes, e reitera o preconceito de forma incisiva, sendo um dos resultados do discurso do ódio, visto que propaga uma hierarquia social que deve ser respeitada.¹⁶⁶ A prática do racismo é considerada criminosa pelo artigo 5º, inciso XLII, nossa Constituição Federal, sendo o tratamento dado a tal crime regulamentado pela Lei 7.716/89.

Para dar seguimento ao presente debate, uma vez definido o conceito de discurso do ódio, bem como as suas principais formas de manifestação e propagação, passa-se à análise das formas utilizadas para hostilizar tal discurso, de modo que se possa determinar qual a melhor forma de combate-lo.

2.2 Das Diferentes Formas de Combate ao Discurso do ódio

2.2.1 Ponderações Iniciais

Analisando o tratamento dado ao tema mundo afora, é possível identificar duas formas de se lidar com o discurso do ódio: uma forma mais permissiva, conforme o modelo norte-americano; e uma forma mais repressiva, de acordo com o modelo Alemão.¹⁶⁷

De modo geral, o modelo constitucional existente nos EUA costuma proteger o discurso do ódio, até mesmo quando este causa danos à dignidade, honra, igualdade, civilidade e paz pública.¹⁶⁸ Já a Alemanha entende que o discurso do ódio não seria uma forma legítima de manifestação, conferindo maior proteção à dignidade, honra, igualdade, civilidade e paz pública.¹⁶⁹ Isso se dá em razão de diferentes experiências históricas¹⁷⁰, além de, na Alemanha, a liberdade de expressão ser um dentre muitos direitos fundamentais, enquanto nos

¹⁶⁶ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil*: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 102-107.

¹⁶⁷ BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 180-181.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 181.

¹⁷⁰ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/780/621>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 236-242.

EUA ela é o primeiro e principal direito da Bill of Rights, ocupando posição prioritária e tendo importância similar à da dignidade humana.¹⁷¹

Analisemos, então, as peculiaridades de cada modelo.

2.2.2 Modelo Norte-Americano

No direito norte-americano, o direito à liberdade de expressão, previsto na Primeira Emenda, é um dos direitos fundamentais de maior relevância tanto no ordenamento jurídico quanto na sociedade em si, assumindo posição preferencial sobre os demais direitos, sendo relacionado à soberania popular e ao regime democrático.¹⁷² Tutela-se tal direito como expressão da autonomia, tanto individual como coletiva, de forma positiva, visto que todos podem manifestar-se sobre qualquer assunto, e negativa, não sendo feitas interferências sobre tais manifestações.¹⁷³

Em razão da grande importância que o princípio do livre mercado ganhou neste país, a ideia do livre mercado de ideias torna-se extremamente forte no âmbito das discussões acerca da liberdade de expressão.¹⁷⁴ Ou seja, por meio da livre circulação de ideias, a validade das ideias serão postas à prova perante outras ideias, que litigam entre si, devendo o Estado manter-se neutro. Esse sistema acredita ser mais fácil a verdade ser alcançada pela livre circulação de ideias, pois se houver limites à liberdade de expressão, a verdade também ficará limitada.¹⁷⁵

Além do mais, a liberdade de expressão é vista como um instrumento garantidor do regime democrático e da diversidade política, impedindo que o país sucumba perante um regime totalitário.¹⁷⁶ Para Michel Rosenfeld, a forma com que a liberdade de expressão se apresenta nos EUA se dá em razão da necessidade de preservação da democracia,

¹⁷¹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 183.

¹⁷² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 130-131.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 131-132.

¹⁷⁴ ACKERMAN, 2006 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 132.

¹⁷⁵ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/780/621>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 232-235.

¹⁷⁶ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 132.

da justificação do contrato social, da busca pela verdade e da autonomia individual.¹⁷⁷ Tutela-se, ainda, o direito ao silêncio e às manifestações simbólicas.¹⁷⁸

A Primeira Emenda à Constituição norte-americana ainda estabelece uma obrigação de não fazer, qual seja, proíbe o Estado de criar leis que venham a limitar a liberdade de expressão, o que é interpretado pela Suprema Corte não como uma proibição total à limitação, e sim como uma restrição, sendo tais interferências permitidas em certas ocasiões. No entanto, não há vedações à criação de medidas por parte do Estado que visem proteger ou promover a liberdade de expressão.¹⁷⁹

Apesar da força da liberdade de expressão no direito norte-americano, esta não é absoluta, estando sujeita a limitações quando entra em conflito com outros direitos também protegidos pela Constituição, como ocorre com o discurso do ódio.¹⁸⁰ No entanto, manifestações de ideias só podem ser restringidas se houver um perigo claro e iminente de que este venha a se transformar em uma ação concreta ilegal violadora de outro direito fundamental, importando em ofensa à dignidade humana de suas vítimas, de modo que não é possível limitar um discurso que realize mera defesa geral e abstrata de ideias.¹⁸¹ Parte-se, portanto, da ideia de que, dentro de uma democracia, deve-se tratar o intolerante com tolerância, de modo que intervenções só se justificam quando este estiver, por meio de ações, e não mais por meio de meros discursos, representando um risco ao regime democrático.¹⁸² Ou seja, as intervenções só são legítimas se realizadas contra manifestações capazes de produzir uma ação concreta, iminente, ilegal e passível de realização, de modo que a manifestação é reprimida não pelo seu conteúdo em si, mas sim em razão da ação que pode provocar.¹⁸³ Utiliza-se a ideia de Stuart Mill, que diz que só se justifica a intervenção na liberdade de expressão quando esta gerar danos a terceiros¹⁸⁴, de modo que cabe às pessoas decidirem suas vidas de forma autônoma por meio

¹⁷⁷ ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional law jurisprudence: a comparative analysis*. Working Paper Series 41/11, 2001. p. 15. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹⁷⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 136-137.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 139.

¹⁸¹ FISS, 1999 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 139.

¹⁸² COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo : Saraiva, 2014. 65.

¹⁸³ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 140-141.

¹⁸⁴ MILL, 1991 apud LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em:

do debate e do conflito de ideias, só devendo o Estado intervir se houver danos a terceiros. Também são cabíveis intervenções face o efeito silenciador do discurso do ódio, que se manifesta por meio de discursos que visam impedir que certos indivíduos falem ou sejam ouvidos.¹⁸⁵

Desse modo, nos EUA, entende-se que nenhum discurso, sozinho, gera ódio, intolerância, dano ou violência, mas apenas comunica ideias¹⁸⁶, estando esse discurso protegido pela liberdade de expressão desde que se mantenha no mundo das ideias e não leve a uma ação ilegal imediata. Enquanto no Brasil se utiliza o princípio da proporcionalidade, nos EUA as decisões são tomadas por meio do *definitional balancing*, em que se observam todos os interesses em conflito no caso concreto para definir a solução. Lá, a solução normalmente adotada tem sido dar maior liberdade de expressão para a parte atingida de modo que ela evite tais manifestações por meio do debate livre e aberto, o que nem sempre ocorre, dado o efeito silenciador desse tipo de discurso.¹⁸⁷ Logo, os EUA combatem o discurso do ódio com mais liberdade de expressão, por meio do incentivo ao livre debate de ideias, de modo que o discurso do ódio seja confrontado com outro discurso, e não por meio de artifícios jurídicos.¹⁸⁸

Analisando-se a jurisprudência dos EUA, é possível perceber que a Suprema Corte tende a priorizar a liberdade de expressão, só vindo a intervir em casos realmente extremos, sendo bastante tolerante e permissiva com manifestações preconceituosas, racistas e discriminatórias em razão da maioria destas não suscitar uma reação ilegal de forma imediata. Quanto aos danos à imagem e à honra dos ofendidos, estes não são vistos como suficientes a impedir as manifestações odiosas, mas também não são desconsiderados ou desprotegidos, posto que é devida indenização civil.

2.2.3 Modelo Alemão

<http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/780/621>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 236.

¹⁸⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 146.

¹⁸⁶ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/780/621>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 236.

¹⁸⁷ MEYER-PFLUG, op. cit., p.148.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 141-148.

A maioria dos países europeus prevê, em suas próprias constituições, limites à liberdade de expressão.¹⁸⁹ De modo geral, os países europeus consideram crime a incitação ao ódio, bem como as práticas de racismo, antissemitismo e xenofobia.¹⁹⁰ Embora a liberdade de expressão seja protegida por ser um valor fundamental, ela é passível de restrições em nome da proteção à dignidade humana, à honra e do combate ao racismo.¹⁹¹ Analisaremos mais profundamente o modelo alemão, que influenciou em grande parte os outros países europeus quanto ao tratamento dado à liberdade de expressão e ao discurso do ódio.

Na Alemanha, devido à sua história, o direito fundamental à liberdade de expressão é limitado pelo princípio da dignidade humana, que é o valor máximo do ordenamento.¹⁹² Neste país, a liberdade de expressão constitui direito de auto-expressão e de defesa, sendo um dos fundamentos da democracia¹⁹³, de sorte que um discurso pode ser limitado pelo “provável risco geral de ruptura da paz pública”¹⁹⁴. Assim, a simples possibilidade de ocorrência de um perigo legitima restrições à liberdade, não havendo necessidade de que este perigo seja iminente ou concreto. No entanto, tais restrições à liberdade de expressão passam pelo crivo da teoria da proporcionalidade, de maneira que só são permitidas limitações quando há um interesse público relevante que não possa ser alcançado por nenhum meio menos danoso.¹⁹⁵

No entanto, não é correto dizer que o direito alemão exclui o discurso do ódio do campo de tutela da liberdade de expressão, e sim que este enxerga tal discurso como uma forma de ataque à liberdade.¹⁹⁶ No Código Penal Alemão, 7ª Seção, § 130, temos de forma expressa que:¹⁹⁷

“Pune-se com prisão de três meses a cinco anos quem incita, de uma maneira que pode perturbar a paz pública, (1) ao ódio contra partes da população ou conclama a medidas violentas ou arbitrárias contra elas, ou (2) agride a dignidade de outras pessoas

¹⁸⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 149.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 150.

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/780/621>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 346-351.

¹⁹³ BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 175.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 179.

¹⁹⁵ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 180.

¹⁹⁶ BRUGGER, op. cit., p. 182.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 183

insultando partes da população, apresentando-as malevolamente como desprezíveis ou caluniando-as”.¹⁹⁸

Tais sanções se justificam, no plano abstrato e da ponderação, em razão de se colocar, em primeiro lugar, a proteção da dignidade, do livre desenvolvimento da personalidade, da igualdade e da proteção da honra.¹⁹⁹ Visivelmente marcado pelo regime nazista, o modelo alemão tem como valor supremo a inviolabilidade da dignidade humana, devendo esta sempre prevalecer sobre a liberdade de expressão, bem como sobre os outros direitos fundamentais, de modo que o Estado alemão não deve ser neutro, mas sim agir proativamente para proteger a dignidade humana.²⁰⁰

Pela análise da jurisprudência europeia, percebe-se que, havendo embate entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais de ordem constitucional, há uma tendência em restringir a liberdade, o que é feito pela própria Constituição alemã, que prioriza a dignidade humana.²⁰¹

2.2.4 Críticas e Conclusões Acerca dos Modelos Americano e Alemão

Há uma discussão acerca de qual a melhor maneira de combater o discurso do ódio, se o modelo americano ou o modelo europeu. No entanto, rechaça-se ambas as posturas, pois entende-se ser melhor um caminho intermediário, posto que um Estado Constitucional Democrático não se coaduna com nenhum dos dois tratamentos analisados.²⁰²

No direito americano, manifestações de pensamento e opiniões odiosas só constituiriam crime se tivessem o potencial de realmente criar um perigo incontestável e imediato.²⁰³ Esse sistema se sustenta sobre a ideia de que, num mercado de ideias livre, as ideias boas e verdadeiras prevalecem sobre as más, o que levaria a uma sociedade mais coesa e

¹⁹⁸ BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 183

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/780/621>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 236-242.

²⁰¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 180.

²⁰² Ibidem, p. 220-221.

²⁰³ BRUGGER, op. cit., p. 192.

harmônica do que se tais discursos fossem proibidos pelo Estado antes de serem rebatidos.²⁰⁴ John Rawls, inclusive, chega a postular que a livre expressão política é capaz de possibilitar modificações sociais sem que seja necessário utilizar-se da revolução ou do uso da força.²⁰⁵ Nesse contexto, permitir o discurso do ódio seria um sacrifício que se faz em prol da democracia e do Estado Constitucional,²⁰⁶ de forma que os indivíduos optem, por meio do diálogo e do debate, dentre as mais variadas ideias, quais delas devem prevalecer.²⁰⁷ No entanto, tal modelo parece ignorar o efeito silenciador do discurso do ódio, de modo que a parcela ofendida não possui reais condições de rebater as ideias odiosas proferidas contra elas.²⁰⁸

Já quanto ao modelo europeu, onde a liberdade de expressão parece estar sempre em desvantagem, acaba por desconsiderar-se a capacidade e o discernimento que cada indivíduo possui para tomar as próprias decisões²⁰⁹, bem como o direito a uma justa e verdadeira representação da personalidade de cada um.²¹⁰ Não é possível separar a proteção da liberdade de um indivíduo da de todos, pois cada um e todos tem o direito a participar dos debates e diálogos que gerarão a opinião pública.²¹¹ São fundamentos da democracia o pluralismo, fundamentado na diversidade de culturas, opiniões e ideias, cujo alcance se dá por meio da participação de todos os indivíduos na vida pública e política.²¹²

Ademais, questiona-se se proibir o discurso do ódio não leva a mais ódio e discriminação²¹³, posto que a repressão do discurso do ódio não impede que suas ideias continuem a existir, dado o seu furor emocional. É apenas por meio da proteção à liberdade de expressão que se atinge o pluralismo de ideias e opiniões, o que muito beneficia a

²⁰⁴ BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 193.

²⁰⁵ RAWLS, 1990 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 225.

²⁰⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 228.

²⁰⁷ VANEIGEM, 2004 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 228.

²⁰⁸ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 75-77.

²⁰⁹ VANEIGEM, op. cit., p. 224.

²¹⁰ RÖSLER, 2008 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 34.

²¹¹ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 222-223.

²¹² LAMBAS, 2001 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 224.

²¹³ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 125-129.

democracia.²¹⁴ Já a restrição a esse direito impacta de forma negativa um regime democrático, pois a opinião pública deixa de ser livre.²¹⁵

Proibir o discurso do ódio se mostra ineficaz para combatê-lo, pois as manifestações odiosas continuam ocorrendo de modo velado, visto que a sua origem permanece intacta, buscando outras formas de se exteriorizar.²¹⁶ Além do mais, ao proibir o discurso do ódio, as minorias ofendidas continuam tendo sua dignidade violada, pois esta continua excluída, à margem do debate público e impossibilitada de exercer seus direitos de forma plena.²¹⁷ Dessa forma, para combatê-lo, seria necessário combater a essência do pensamento nele contido²¹⁸, o que seria melhor realizado por meio do debate das ideias odiosas.²¹⁹ Dessa forma, para efetivamente proteger a dignidade humana, o único caminho seria investir em educação, além da valorização do pluralismo, da diversidade e do multiculturalismo, alcançando-se, dessa forma, a tolerância.²²⁰

Percebe-se que chegamos a um ciclo sem fim. Proibir o discurso do ódio é um problema, posto que gera impactos negativos na livre formação da opinião dos indivíduos, além de não combater a fonte do problema. Não o proibir também não constitui uma solução efetiva, pois não é possível o combate desse discurso de forma livre em razão de seu efeito silenciador.

Propõe-se, então, uma diferente solução. Entende-se que cabe ao Estado promover as melhores condições aos grupos minoritários para que estes possam efetivamente exercer sua liberdade de expressão, expor suas ideias e participar do debate e da formação da opinião pública, rebatendo em igual grau as ofensas contidas no discurso do ódio.²²¹ Uma vez que o mercado de ideias pressupõe a existência de ideias antagônicas convivendo em um mesmo ambiente, e sabendo que uma ideia busca sempre prevalecer sobre outra, deve-se aliar a liberdade de expressão à igualdade, de modo que todos os indivíduos possam exercer sua liberdade de expressão em igual medida. Ou seja, espera-se do Estado uma postura negativa no

²¹⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 225-226.

²¹⁵ FARIAS, 2004 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 226.

²¹⁶ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 229-230.

²¹⁷ Ibidem, p. 233.

²¹⁸ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 75.

²¹⁹ Ibidem, p. 70-74.

²²⁰ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 125-129.

²²¹ Ibidem, p. 229-230.

sentido de não interferir na livre manifestação de ideias e na formação da personalidade e consciência dos cidadãos, mas também se espera uma postura positiva no sentido de assegurar e incentivar que todos os indivíduos expressem suas opiniões de forma igual, garantindo que todos usufruam desse direito de forma plena.²²²

Dessa forma, não deve o Estado proibir o discurso do ódio, nem o permitir sem nenhuma intervenção, mas sim propiciar as condições para que o grupo minoritário possa responder à altura as ofensas feitas, fazendo-se presente no debate público na mesma proporção e igualdade que os emissores desse discurso, de forma a superar o caráter silenciador deste. Cabe ao Estado, também, garantir que todos tenham acesso à informação, independente de classe econômica, social ou cultural, para que todos possam se manifestar com igual força e condição.²²³

Aliado a essa postura proativa do Estado em dar força às minorias, uma vez que o discurso do ódio envolve o embate entre direitos constitucionalmente protegidos, deve-se aplicar a ele o princípio da proporcionalidade, de modo a decidir se há a necessidade de nova intervenção do Estado, dada a força da violência suscitada pelo discurso, o que pode levar a novas intervenções do Estado, ensejando, inclusive, a sua proibição, caso seja esta necessária. Portanto, defende-se aqui a solução de permitir o discurso do ódio, desde que acompanhado da manifestação das ideias contrárias pela minoria ofendida, devendo tal atitude vir acompanhada do princípio da proporcionalidade, posto que sempre há, em maior ou menor grau, conflito entre direitos fundamentais, de modo que, diante da violência suscitada, caso seja necessário, tal discurso venha a sofrer noutras intervenções por parte do Estado, por vezes sendo proibido no caso concreto.²²⁴

Defende-se, ainda, que a melhor maneira de lidar com o discurso do ódio é alçar a discussão ao âmbito do judiciário, posto que sua complexidade o impede de ser regido por uma única norma, além de ser necessário avaliar, antes de tudo, se realmente está se lidando com um discurso odioso ou com uma manifestação de opinião, lembrando que a principal

²²² CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 120-122.

²²³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 235-236.

²²⁴ *Ibidem*, p. 255-257.

diferença entre eles seria o objetivo de incitar ou não a violência, bem como seu objetivo silenciador.²²⁵

De forma clara e objetiva, tem-se que o combate ao discurso do ódio deve ser feito em duas etapas. Primeiro, deve o Estado intervir de modo a garantir condições para que o grupo ou indivíduo ofendido possa exercer seu direito de resposta, rebatendo as ofensas contidas no discurso odioso em mesma proporção e igualdade, de modo que se garante a todos uma igual participação no mercado de ideias, bem como no exercício do direito à liberdade de expressão de cada um, contornando-se, assim, o efeito silenciador e dominador desse discurso. Assim, é possível, por meio do diálogo, batalhar contra a fonte do ódio. Já a segunda etapa consiste na aplicação da proporcionalidade ao caso concreto, devendo-se examinar a violência incitada e determinar se, além do direito de resposta em igual proporção, é necessária outra intervenção do Estado, bem como qual a intervenção apropriada, podendo esta ser a repressão total ou parcial do discurso.

Pela análise dos dois sistemas, conclui-se não ser possível uma regra geral de solução, visto que é necessário avaliar cada caso, solucionando-os mediante o princípio da proporcionalidade, pois sempre haverá conflito de direitos fundamentais.²²⁶ Dessa forma, para efetivamente proteger a dignidade humana, o único caminho é investir em educação, além da valorização do pluralismo, da diversidade e do multiculturalismo, alcançando-se, assim, a tolerância e o respeito mútuo.²²⁷ No entanto, enquanto essa tolerância e respeito não forem alcançadas, cabe ao Estado zelar pelos grupos e indivíduos vulneráveis, intervindo quando, no caso concreto, entender necessário.

Finalizada a análise dos dois principais modelos de combate ao discurso do ódio, passa-se, então, ao tratamento dado a este pelo ordenamento brasileiro.

2.2.5 Do Discurso do Ódio no Direito Brasileiro

Para entendermos o tratamento dado ao discurso do ódio pelo direito brasileiro, é necessário analisarmos não apenas as leis que compõem esse sistema, mas também a jurisprudência acerca do tema. Ressalta-se aqui que há constitucionalistas que defendem que

²²⁵ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 109.

²²⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 101-104.

²²⁷ *Ibidem*, p. 125-129.

decisões judiciais proferidas por tribunais constitucionais são fontes de direito superiores às leis e inferiores à constituição em razão destas resultarem de uma judicialização do texto constitucional, em especial as decisões de viés interpretativo.²²⁸ A análise jurisprudencial será realizada no terceiro capítulo deste trabalho.

Não há em nossa Constituição ou em nossa legislação extravagante qualquer menção direta ao discurso do ódio. No entanto, a ausência de legislação acerca do tema não impede que este seja analisado pelo Poder Judiciário, que, em razão do princípio da inafastabilidade de jurisdição, deve oferecer uma solução ao conflito.²²⁹

Dentre as leis que compõe o nosso ordenamento jurídico, convém destacar a Lei 7.716/89, que regulamenta os crimes de racismo, conforme previsão do artigo 5º, inciso XLII, da nossa Constituição Federal. Após rápida análise desta lei, é possível concluir que a prática do discurso do ódio no Brasil importaria em atividade criminosa.^{230 231} Não suficiente a análise de tal lei, ao analisar o caso Ellwanger, que será melhor examinado no próximo capítulo deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o crime de racismo abarca diversos elementos sociais, históricos e políticos, alargando a definição de racismo de tal forma que tornou crime o discurso do ódio, visto que o crime de racismo passou a incluir as mais variadas formas de discriminação e manifestação que atentem contra a dignidade humana, e não apenas as expressamente previstas em lei.²³²

De modo geral, para solucionar os conflitos envolvendo o discurso do ódio, nosso Judiciário se utiliza da Constituição, da Lei 7.716 e do princípio da proporcionalidade. Embora o discurso do ódio possa ser percebido em ampla escala nos mais variados meios de comunicação, as demandas judiciais que discutem o tema se dão em número reduzido.²³³ Diante da ausência de leis que regulem o discurso do ódio, a análise do tratamento dado a este pelo Estado brasileiro se dará por meio do exame da jurisprudência pátria.

Antes da análise da jurisprudência brasileira acerca do tema, convém reforçarmos as noções apresentadas nesse capítulo, as quais permearão o estudo de casos que

²²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Brasília-DF, 2011. p. 65.

²²⁹ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 122.

²³⁰ *Ibidem*, p. 110.

²³¹ Sarmiento também entende que o discurso do ódio foi proibido pelo artigo 20 da Lei 7.716/89, conforme se extrai de SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 83.

²³² CARCARÁ, op. cit., p. 136.

²³³ *Ibidem*, p. 123.

será realizado a seguir. Assim, tem-se como conceito do discurso do ódio aquele que tem por objetivo incitar a violência, excluir socialmente um grupo e despi-lo de direitos, além de impossibilitar a manifestação de opinião das vítimas, obstando a ocorrência do diálogo social e democrático, além de impedir que as vítimas desse discurso se defendam dele. Em razão destas características, o discurso do ódio se diferencia de uma manifestação de ideias odiosas, pois esta última não objetiva gerar violência, exclusão social ou impedimentos ao diálogo e, portanto, deve ser tolerada em nome da liberdade de expressão.

Quanto ao combate ao discurso do ódio, tanto a postura mais permissiva dos EUA quanto a atitude mais repressiva dos países europeus, a exemplo da Alemanha, não se mostram vantajosas, pois acabam por violar o princípio da dignidade da pessoa humana sem, contudo, resolverem a origem do problema. Dessa forma, resta óbvio que nenhuma solução que opte por extremos resultará em um remédio eficaz, bem como a impossibilidade de se estabelecer uma solução por meio de uma única norma geral, posto que a complexidade do discurso do ódio assim não permite.

Por isso, foi proposta uma terceira forma de combate ao discurso do ódio, a qual consiste em duas etapas. Na primeira, tem-se o direito de resposta das vítimas na mesma proporção e igualdade em que foi emitido, direito este que deve ser garantido pelo Estado. Já a segunda etapa consiste na aplicação da teoria da proporcionalidade pelo Poder Judiciário ao caso concreto, de modo a determinar, face a violência incitada, se há a necessidade de outras intervenções por parte do Estado e, no caso de resposta afirmativa, qual seria a intervenção apropriada.

Reafirmadas essas noções, passemos, então, à análise jurisprudencial do tema, análise esta que será feita por meio do estudo de dois casos julgados pelo Poder Judiciário brasileiro.

3 DISCURSO DO ÓDIO EM DOIS CASOS BRASILEIROS

3.1 Considerações Iniciais

Dedica-se a terceira e última parte deste trabalho à análise de dois casos que compõem a jurisprudência brasileira acerca do discurso do ódio, de modo a examinarmos o tratamento que o Poder Judiciário tem dado a este, bem como para analisarmos as decisões sob a ótica da solução que concluiu-se ser a melhor, qual seja, garantir o direito de manifestação do grupo ofendido na mesma proporção que o grupo ofensor, e aplicar a teoria da proporcionalidade de modo a determinar se é necessário reprimir o discurso.

Conforme já dito, embora tal discurso ocorra em larga escala na sociedade, a judicialização do tema se dá de forma reduzida.²³⁴ Desse modo, para delimitar o presente estudo, utilizamos a pesquisa feita no artigo “Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira”, publicada pela Revista Direito GV em 2011, que analisou a judicialização de demandas acerca do discurso do ódio online, meio perante o qual este discurso tem ganhado cada vez mais força, dada a intensa informatização de nossa sociedade.²³⁵

Nessa pesquisa, o método utilizado foi a pesquisa jurisprudencial, por meio dos sites eletrônicos, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal,²³⁶ tendo considerado que versavam sobre discurso do ódio “os julgados cujo objeto de demanda envolvia manifestações discriminatórias dirigidas contra determinado grupo em função de uma característica partilhada por seus membros”²³⁷.

Tal pesquisa encontrou um total de seis julgados que versavam sobre a temática do discurso do ódio, a maioria de iniciativa do Ministério Público.²³⁸ Dentre estes, quatro tiveram suas discussões centradas sobre questões processuais, mais precisamente, conflitos de competência, de modo que não adentraram o mérito da questão.²³⁹ Outro, embora

²³⁴ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 123.

²³⁵ SILVA, Rosane Leal da. et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, 14, n. 7(2), p. 445-468, jul-dez 2011. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/05_rev14_445-468_-_rosane_leal_da_silva_-_scielo.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 451.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*, p. 452.

²³⁸ *Ibidem*, p. 456.

²³⁹ *Ibidem*, p. 464.

tenha analisado o mérito da causa, apenas efetuou subsunções normativas de modo a decidir se o Habeas Corpus deveria ou não ser concedido, não analisando a controvérsia sobre a ótica da abordagem que deve ser ministrada ao discurso do ódio.²⁴⁰ Assim sendo, não cabe a análise destes casos, visto não haver relevância destes para este estudo.

Portanto, o presente capítulo realizará a análise de dois casos. O primeiro, o Habeas Corpus 82.424-2, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 17 de setembro de 2003, que, embora não conste da pesquisa mencionada, constitui caso emblemático e referência quando se trata de discurso do ódio. E o segundo, a apelação criminal 20050110767016APR, julgada pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), em razão ter sido a única resultante da r. pesquisa que adentrou ao mérito e à materialidade do caso.²⁴¹

A análise dos casos será feita por meio da aplicação do combate do discurso do ódio em duas etapas, conforme defendido no capítulo anterior. Ou seja, primeiro, examinaremos se foi garantido o direito de resposta ao grupo ofendido para que este pudesse rebater as ofensas em mesma proporção e igualdade. Depois, aplicaremos o princípio da proporcionalidade, de modo a analisarmos se a garantia ao direito de resposta dado aos ofendidos é suficiente para solucionar o conflito, ou se é necessária nova intervenção por parte do Estado, bem como qual a intervenção apropriada. A aplicação do princípio da proporcionalidade será feita por meio de três perguntas, que deverão ser realizadas na seguinte ordem: 1. A intervenção é adequada para atingir o objetivo buscado? 2. A limitação é insuficiente ou excessiva? 3. A limitação traz mais vantagens do que danos? Ressalta-se que o objetivo da limitação deve ser garantir a igual liberdade de expressão a todos os indivíduos e impedir que estes tenham sua dignidade violada.

3.2 Caso Ellwanger (Habeas Corpus 82.424-2)

Sem dúvidas, o caso mais emblemático acerca do discurso do ódio na jurisprudência brasileira é o Caso Ellwanger. Siegfried Ellwanger escreveu livros questionando o papel dos alemães na Segunda Guerra e a existência do Holocausto, além de publicar e vender livros, na editora de que era proprietário, disseminando ideias negativas e discriminatórias sobre

²⁴⁰ SILVA, Rosane Leal da. et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, 14, n. 7(2), p. 445-468, jul-dez 2011. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/05_rev14_445-468_-_rosane_leal_da_silva_-_scielo.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 465.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 456.

os judeus. Ellwanger foi processado pelo crime do artigo 20 da Lei 7.716/89, sendo acusado pelo Ministério Público de distribuir e publicar mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias com o objetivo de incitar e induzir a discriminação racial e sentimentos de ódio e desprezo contra o povo judeu.²⁴² Dispõe o artigo 20 da Lei 7.716/89:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)²⁴³

Ellwanger foi absolvido em 1ª instância sob o argumento de que os livros não induziam ao preconceito, não tendo a capacidade de gerar sentimentos discriminatórios contra os judeus, e representavam mera opinião sobre os fatos da Segunda Guerra, o que seria o exercício lícito da liberdade de expressão.²⁴⁴ Já na 2ª instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou Ellwanger a 2 anos de reclusão, pois entendeu que houve conduta racista na venda e publicação dos livros. Ainda na 2ª instância, houve um problema com a regra geral de prescrição, pois já haviam se passado mais de 4 anos da data da denúncia, mas essa regra foi afastada pelo Tribunal devido à tese de que se tratava de crime de racismo, que é imprescritível. Dessa decisão, coube *habeas corpus* para o STJ, que foi indeferido sob o argumento de não haver ilegalidade na decisão, já que do comportamento analisado poderia abstrair-se o racismo. Novo *habeas corpus* foi interposto ao STF, o HC 82.424-RS.²⁴⁵

A discussão do *habeas corpus* se deu em torno do ato praticado por Ellwanger constituir racismo ou outro ato discriminatório, visto que a característica repudiada – ser judeu – não caracterizaria raça, e sim religião. Tal discussão adquiriu relevância em razão de o crime de racismo, previsto na Lei 7.716 e no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição, ser imprescritível, diferentemente das outras práticas discriminatórias dispostas na Lei 8.081, o que poderia importar na prescrição do ato praticado por Ellwanger.²⁴⁶ Desse modo, a discussão teve 2 focos principais: saber se a conduta de Ellwanger configurava crime de racismo e se tal conduta seria inocentada devido ao direito à liberdade de expressão. Embora o 2º foco não fosse fundamento central do *habeas corpus*, alguns dos Ministros o discutiram mesmo assim.²⁴⁷ Todos os onze

²⁴² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 429-433.

²⁴³ BRASIL. *Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²⁴⁴ MARMELSTEIN, op. cit., p. 429-433.

²⁴⁵ Ibidem, p. 433-434.

²⁴⁶ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 130.

²⁴⁷ MARMELSTEIN, op. cit., p. 434-435.

ministros que compunham o STF proferiram voto neste caso. No entanto, analisaremos apenas aqueles que se mostrarem mais relevantes ao nosso estudo.

O Ministro Moreira Alves, relator do habeas corpus, entendeu que o crime de racismo abrangeria apenas o preconceito e a discriminação contra negros, afirmando que o âmbito de proteção seria limitado em razão do elemento histórico²⁴⁸ e da interpretação histórica da Constituição, tendo o Ministro reconhecido ser esta a vontade do Constituinte, devendo tal conceito ser interpretado de forma restritiva.²⁴⁹ Além disso, o Ministro se utilizou de obras de autores judeus para demonstrar que estes se consideravam como um povo, e não como uma raça.²⁵⁰

O Ministro Maurício Corrêa afirmou que o termo racismo não se limita apenas a negros, justificando seu entendimento pela aplicação da interpretação teleológica de artigos da Constituição Federal.²⁵¹ Utilizando-se de elementos bíblicos e relatando os horrores do regime nazista, o Ministro afirmou que, embora os judeus não constituíssem uma raça mediante critérios tradicionais, estes haviam sido perseguidos e discriminados durante toda a história humana.²⁵² O Ministro ainda ressaltou as pesquisas realizadas com o genoma humano, de modo a comprovar que o conceito de raça não é algo biológico, e sim histórico, político e social, especialmente se levado em conta o fato do racismo subsistir a tais comprovações científicas.²⁵³ Desse modo, concluiu que racismo seria a conduta de valorar negativamente um certo grupo de pessoas que possuam características similares que os distingam do restante da sociedade, de modo a disseminar que este grupo deve receber tratamento diferente do conferido ao grupo tido como dominante.²⁵⁴ Ou seja, para esse Ministro, o racismo estaria ligado à ideia supremacia baseada sobre qualidades humanas que definem um grupo como sendo de uma raça ou etnia distinta.²⁵⁵ O Ministro ainda apontou que Ellwanger objetivava um revisionismo histórico sobre fatos incontroversos, visto ter negado a perseguição histórica dos judeus e a real ocorrência do holocausto, além de afirmar que estes teriam se utilizado do holocausto para se

²⁴⁸ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 131.

²⁴⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 40-41.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 42.

²⁵¹ CARCARÁ, op. cit., p. 133.

²⁵² OMMATI, op. cit., p. 43-45; 46.

²⁵³ *Ibidem*, p. 46-47.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 47.

²⁵⁵ *Ibidem*.

beneficiarem às custas dos alemães, fomentando o ódio, a discriminação e a segregação contra este povo em razão de sua inferioridade.²⁵⁶

O Ministro Celso de Mello proferiu voto no sentido de que a liberdade de expressão não abarca manifestações de objetivos criminosos e odiosos, que excedem os limites da opinião e ofendem valores constitucionalmente protegidos, sendo dever do Poder Judiciário cercear excessos dessa liberdade.²⁵⁷ O Ministro afirmou que o presente caso versava sobre a dignidade humana, a igualdade e a liberdade.²⁵⁸ No entanto, argumentou que não havia que se falar em colisão de direitos, visto que a Constituição Federal já havia decidido pela prevalência da igualdade e da dignidade humana sobre a liberdade de expressão.²⁵⁹ Afirmou que o Brasil ratificou inúmeras normas internacionais que visavam a proteção dos direitos humanos, bem como o combate ao racismo e às mais diversas formas de discriminação, de modo que havia um compromisso em cumprir com tais normas.²⁶⁰ O Ministro ainda ressaltou o fato de o direito à liberdade de expressão não ser absoluto, devendo respeitar a igualdade e a dignidade dos demais indivíduos que compõem a sociedade, de modo que o racismo não se encontra sob o âmbito de proteção desse direito, posto que diminui e despreza o outro.²⁶¹

O Ministro Gilmar Mendes, fazendo uso do direito comparado, concluiu que o racismo possui um significado amplo, sendo delimitado por fatores sociais e históricos²⁶², definindo-o como uma ideologia cujo objetivo é proclamar a superioridade de uma raça sobre outra, o que entendeu abranger o discurso antissemita. Desse modo, tendo por base a história mundial, seria inegável a dimensão racista do antissemitismo.²⁶³ Ao discorrer sobre o conflito entre o racismo e a liberdade de expressão, o Ministro afirmou que o primeiro contraria totalmente a ideia de igualdade e os princípios de uma democracia.²⁶⁴ Se utilizando do princípio da proporcionalidade, o Ministro argumentou não ser a liberdade de expressão absoluta, podendo ser restringida face outros direitos constitucionais, como a imagem, a honra e a privacidade,²⁶⁵ alegando que a condenação de Ellwanger era adequada para se atingir uma

²⁵⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 46;48.

²⁵⁷ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 133.

²⁵⁸ OMMATI, op. cit., p. 58.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 61.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 58.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 59.

²⁶² CARCARÁ, op. cit., p. 133.

²⁶³ OMMATI, op. cit., p. 49.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ CARCARÁ, op. cit., p. 133-134.

sociedade diversificada e tolerante²⁶⁶, além de não haver outro meio menos gravoso para combater tal incitação à violência.²⁶⁷

O Ministro Carlos Velloso fundamentou sua decisão dizendo ser o princípio da dignidade humana um dos fundamentos da Constituição Federal, sendo a prática ou a incitação à prática de atos e sentimento hostis contra minorias uma das formas mais desprezíveis de desrespeito a esse princípio. Para esse Ministro, raça não se resume a aspectos humanos, e sim a grupos humanos, independente da característica que os una como tal.²⁶⁸ O Ministro ainda afirmou que as obras de Ellwanger só estariam protegidas pela liberdade de expressão se contribuíssem para o aprimoramento do conhecimento, o que não afirmou não ser o caso, visto que possuíam um caráter panfletário e detinham a finalidade de instigar a intolerância.²⁶⁹

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, entendeu que o caso tratava de direitos fundamentais, mais precisamente a liberdade de expressão e a dignidade dos judeus. Afirmando ser a liberdade de expressão uma das bases da democracia e, conseqüentemente, da possibilidade de mudanças políticas e sociais,²⁷⁰ esse Ministro reconheceu que este direito não é absoluto, visto ser limitado pelos demais direitos fundamentais, afirmando que o conflito entre liberdade e dignidade não deve ser resolvido de modo abstrato por meio de regras gerais, e sim por meio da teoria da proporcionalidade aplicada caso a caso.²⁷¹

Embora reconheça ideias preconceituosas nas obras de Ellwanger, o Ministro Marco Aurélio entendeu que não cabe a um Estado democrático censurar tais ideias, que devem ser rechaçadas pela própria sociedade, por meio de suas opiniões.²⁷² Ainda, entendeu o Ministro que os livros publicados por Ellwanger não eram passíveis de censura, posto que não havia incitação à violência nestas obras, que nada mais eram do que a visão deste sobre fatos históricos, estando os leitores livres para decidirem acreditar ou não nas informações oferecidas.²⁷³

²⁶⁶ 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.

²⁶⁷ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 133-134.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 134.

²⁶⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 207.

²⁷⁰ CARCARÁ, op. cit., p. 131-132.

²⁷¹ OMMATI, op. cit., p. 53-54.

²⁷² *Ibidem*, p. 54.

²⁷³ CARCARÁ, op. cit., p. 131-132.

O Ministro Marco Aurélio também se utilizou do princípio da proporcionalidade, mas chegou a uma conclusão diferente da proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, afirmando que a condenação de Ellwanger seria desproporcional,²⁷⁴ justificando sua decisão ao afirmar que a prisão de Ellwanger não poria fim ao antissemitismo e que censurar as obras não seria uma solução proporcional, em razão de não haverem indícios de que a circulação das obras poderia ocasionar qualquer tipo de revolução em nossa sociedade.²⁷⁵

O Ministro Marco Aurélio ainda afirmou que a imprescritibilidade prevista pela Constituição ao crime de racismo deve ser aplicada apenas em relação à discriminação contra negros, posto que essa era a intenção do Constituinte, de modo que alargar a interpretação de tal dispositivo resultaria em um tipo constitucional penal muito aberto para a imprescritibilidade, o que seria incompatível com um Estado Democrático de Direito. Além disso, afirmou que a Constituição deve ser interpretada conforme a realidade social brasileira, que não possui nenhum histórico de intolerância contra judeus.²⁷⁶

O Ministro Carlos Ayres Britto defendeu existirem três excludentes de abusividade previstas na Constituição, quais sejam, convicção religiosa, filosófica e política,²⁷⁷ além de aspectos humanos relacionados às artes, ciência, literatura e comunicação, diante das quais não haveria o crime de racismo, e sim a manifestação da liberdade de expressão.²⁷⁸ Entendeu que Ellwanger objetivava, por meio de suas obras, melhorar a imagem da Alemanha, apelando para a razão do leitor, e não para sentimentos desprezíveis, não havendo nada que permitisse concluir que o autor objetivava promulgar a superioridade racial do povo alemão ou a inferioridade racial judaica.²⁷⁹ Desse modo, o Ministro entendeu que os livros possuíam viés ideológico, o que resta protegido pela nossa Constituição, tendo a mesma previsto o direito de resposta, bem como o direito à indenização por danos morais e materiais em razão de ofensas à intimidade, vida privada, honra e imagem.²⁸⁰

²⁷⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 52.

²⁷⁵ CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 131-132.

²⁷⁶ OMMATI, op. cit., p. 55-56.

²⁷⁷ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Discursos de incitação ao ódio (hate speech). In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 436.

²⁷⁸ CARCARÁ, op. cit., p. 131.

²⁷⁹ KOATZ, op. cit., p. 436-437.

²⁸⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 206.

Enquanto alguns Ministros, após fazerem diversas pesquisas, chegaram à conclusão de que os judeus não seriam considerados raça, o que impediria que a conduta de Ellwanger configurasse crime de racismo, votando a favor da concessão do *habeas corpus*, a maioria destes separou a noção de raça do crime de racismo, já que a divisão das pessoas em raças seria algo meramente político-social. Logo, concluiu-se que Ellwanger teria sim praticado crime de racismo, mesmo os judeus não sendo considerados raça, pois a ação do acusado atentaria contra a respeitabilidade e a dignidade do ser humano, além da convivência pacífica do meio social, o que não deveria ser tolerado pelo Estado por ir contra o ordenamento brasileiro.²⁸¹

É em razão desse entendimento que se defende que o discurso do ódio passou a ser considerado crime no Brasil, visto que a decisão do STF alargou as noções previstas no artigo 20 da Lei 7.716/89 de tal forma que, ao entender que o crime de racismo abarca diversos elementos sociais, históricos e políticos, alargando a definição de racismo, tornou crime o discurso do ódio. Logo, o crime de racismo passou a incluir as mais variadas formas de discriminação e manifestação que incitem a violência e o ódio, e atentem contra a dignidade humana de um grupo, e não apenas as expressamente previstas em lei.²⁸²

Como não foi possível o acesso às obras de Siegfried Ellwanger durante a confecção deste trabalho, em razão destas terem sido retiradas de circulação²⁸³, não podemos afirmar se este incorreu ou não na prática de racismo. No entanto, reforçamos o estabelecido no capítulo anterior, entendendo que a melhor definição para racismo é a forma de agir com superioridade, atribuindo valor negativo a um grupo de indivíduos que possuem uma identidade entre si em razão de suas características étnicas, religiosas, sociais, culturais e ideológicas, de modo a justificar a exclusão de direitos e o domínio do grupo discriminado.

A tese vencedora também entendeu que a liberdade de expressão não inocentaria a conduta de Ellwanger, dos quais discordavam apenas os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio. A decisão foi no sentido de que a liberdade de expressão não é absoluta, tendo limites morais e jurídicos estabelecidos na própria Constituição. Logo, esse direito não

²⁸¹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 434-435.

²⁸² CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 136.

²⁸³ Informação obtida por meio das publicações “VIA ANA D'ANGELO. *STF errou ao condenar autor de livro que questionou o holocausto?* 2015. Disponível em: <<http://www.anadangelo.com.br/116/stf-errou-ao-condenar-autor-de-livro-que-questionou-o-holocausto/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.” e “CONJUR. *Editor nazista é condenado a quase dois anos de reclusão*. 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-set-10/editor_nazista_condenado_dois_anos_reclusao>. Acesso em: 27 mar. 2017.”

permite manifestações imorais ou que tipifiquem um ilícito penal. Dessa forma, o *habeas corpus* em favor de Ellwanger foi negado. No caso Ellwanger, estavam em jogo dois valores constitucionais de grande relevância, em especial o combate ao racismo, de extrema importância para a preservação da dignidade humana, valor esse que prevaleceu no caso em questão.²⁸⁴

Uma vez que não houve acesso ao livro durante a elaboração deste trabalho, também não há como afirmar se as obras de Ellwanger se tratam ou não de discurso do ódio, ou de simples manifestação de ideia odiosa. Caso o objetivo do autor fosse apenas manifestar ideias contrárias à existência do holocausto, estando este aberto ao diálogo, suas obras não seriam passíveis de qualquer tipo de intervenção. No entanto, se a finalidade deste fosse incitar o ódio e a violência contra os judeus, seja esta física, por meio da exclusão social ou através da negação destes como sujeitos de direitos, diminuindo-os e discriminando-os, então se estaria diante de um discurso do ódio e, portanto, passível de intervenção por parte do Estado. Pela continuidade da argumentação, suporemos tratar-se do segundo caso.

Percebe-se que, em nenhum momento, houve qualquer menção à necessidade de se garantir aos judeus a oportunidade de rebater, em mesma proporção e igualdade, as ofensas contidas nas obras de Ellwanger. Muito se discutiu sobre a violação da dignidade deste grupo, mas não houve atenção para o fato de que estes também tiveram suas liberdades de expressão negadas, tendo em vista que não tiveram a mesma chance de inserirem suas opiniões no mercado de ideias. Ressalta-se que mesmo que tenham havido manifestações por parte dos judeus, isso não significa que estas se deram em igual proporção que as ideias de Ellwanger, posto que as ideias contrárias deveriam atingir os mesmos leitores, de modo que estes tivessem acesso a ambos os pensamentos, pois só assim haveria a resposta na mesma proporção que as ideias ofensivas. Assim sendo, é possível afirmar que o direito brasileiro não se preocupa em combater a fonte do discurso do ódio, focando apenas em sua repressão.

Pergunta-se, então, se condenar Ellwanger sem garantir o direito de resposta em igual medida, bem como retirar suas obras de circulação, seria uma solução proporcional. Tais medidas se mostram intervenções inadequada para atingir o objetivo buscado, tendo em vista que não combatem a origem do problema, de modo que somente resolveriam este único caso, e mesmo assim, de forma temporária. Tais limitações também se mostram, ao mesmo tempo, excessivas, tendo em vista que garantir o direito de resposta aos ofendidos constitui uma

²⁸⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 435-437.

alternativa menos onerosa do que a condenação de Ellwanger e a proibição de seus livros; e insuficiente, posto que não há qualquer garantia de que as ideias contidas nos livros deixarão de existir e de serem propagadas diante de tal medida.

A solução apresentada também traz mais danos do que vantagens, eis que não soluciona o problema do antissemitismo, condenando o autor sem rebater suas alegações, o que não contribui para o mercado de ideias e para o diálogo entre agressor e agredido. Além disso, proibir a circulação das obras cerceia o mercado de ideias, impedindo que o autor dos livros se manifeste, bem como negando a toda a sociedade brasileira o acesso a tais informações. Ademais, é possível que se inicie uma revolta por parte dos que compartilham das ideias de Ellwanger, o que levaria a um dano maior à comunidade judaica.

Por fim, resta claro que a solução dada não contribui em nada para a efetivação do princípio da dignidade humana, tendo em vista que a condenação de Ellwanger sem a garantia do direito de resposta dos judeus acaba por afetar negativamente a liberdade de expressão de ambos sem que isso importe em uma real solução ao conflito entre judeus e antissemitas, o que, conseqüentemente, afeta a dignidade humana destes.

Havendo a devida garantia ao direito de resposta em igual proporção, esta seria o suficiente para garantir a igual liberdade de expressão aos judeus, bem como impedir que estes tenham sua dignidade violada, ou ainda assim seriam necessárias outras atitudes do Estado? Acredita-se que a garantia de resposta aos judeus importaria em intervenção adequada para atingir o objetivo buscado, desde que fosse feita em mesma proporção e igualdade. A garantia do direito de resposta também seria limitação suficiente ao caso, visto que o movimento antissemita vem sendo combatido e descreditado desde o fim da Segunda Guerra Mundial, sendo que tal movimento nunca possuiu força significativa em nosso território, de modo que as pessoas seriam capazes de, diante das duas manifestações de opinião, descartar a que fosse fundada em inverdades e em julgamentos discriminatórios.

Por fim, a mencionada limitação traria mais vantagens do que danos, posto que não seria necessário intervir na liberdade do autor, apenas fortalecer o grupo ofendido para que as ideias deste tivesse igual força perante o mercado de ideias. Assim, resta claro que esta proposta de solução seria a que mais contribuiria para a efetivação do princípio da dignidade humana, pois fortaleceria o diálogo entre grupos, de modo que aquele que propagasse inverdades e opiniões discriminatórias seria repellido pela própria sociedade, o que constitui em solução muito mais eficaz e legítima do que a intervenção por meio do judiciário.

Além do mais, caso, com o tempo, ficasse claro que o direito de resposta em igual proporção não foi suficiente para proteger a dignidade dos judeus, o Estado poderia impor novas restrições aos ofensores, de modo que a situação não chegasse a extremos, como ocorreu na Alemanha nazista. No entanto, dado a conjunção social atual, este perigo se mostra inexistente, tendo em vista que a disseminação do preconceito, fonte do racismo, depende da sua consonância com as crenças e valores pré-estabelecidos pela sociedade, sendo irrefutável que a sociedade brasileira não possui uma pré-disposição em aceitar ou concordar com ideias antissemitas, visto que nem mesmo durante o auge do regime nazista houve o entendimento de que os judeus constituíam grupo inferior ou deveriam ter seus direitos negados, não havendo justificativas para que o presente caso seja solucionado, num primeiro momento, de forma extrema.

Cabe aqui a discussão acerca da viabilidade da garantia do direito de resposta. Tendo em vista que esse direito deve ser concedido na mesma proporção e igualdade em que a ofensa foi proferida, conclui-se que a resposta deve atingir todos aqueles que tiverem contato com as ideias de Ellwanger. Assim, parece que o melhor modo de viabilizar isso seria por meio de um adendo às obras deste, onde seriam rebatidas as ofensas proferidas. A responsabilidade em contestar os insultos poderia recair sobre aqueles que possuam conhecimento necessário para rebater as ofensas, como rabinos e judeus proeminentes na comunidade judaica, bem como as entidades israelitas nacionais e internacionais, a exemplo da Federação Israelita do Rio Grande do Sul, tendo sido esta uma das responsáveis pela representação que resultou na denúncia contra Ellwanger²⁸⁵. Desse modo, ao adquirir o livro com as ideias de Ellwanger, estaria se adquirindo também as ideias contrárias proferidas pelos representantes da comunidade israelita.

O voto que mais se aproximou do defendido neste trabalho foi o do Ministro Marco Aurélio, tendo este compreendido que a melhor solução seria o rebate das ideias de Ellwanger pela própria sociedade. No mais, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, O Ministro chegou a conclusões próximas às apontadas neste texto, pois entendeu que as sanções aplicadas não representariam a extinção do antissemitismo, bem como não há motivos que justifiquem tal sanção dentro do nosso contexto histórico, além de não

²⁸⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 37.

existirem razões que levem à conclusão de que as obras gerariam qualquer tipo de subversão em nossa sociedade.

O Ministro Marco Aurélio também reconheceu que uma manifestação de ideias que não tenha o condão de incitar a violência não é passível de reprimendas, tendo o Ministro Carlos Ayres Britto seguido argumentação em linha similar ao concluir que as manifestações de Ellwanger possuíam viés ideológico, em razão do esforço deste em apelar para a razão do leitor, além da inexistência de afirmações que visassem justificar a superioridade do povo alemão sobre os judeus.

Quanto às afirmações do Ministro Gilmar Mendes ao aplicar o princípio da proporcionalidade ao caso, alegando que as restrições imputadas eram adequadas, não havendo outro meio menos gravoso para solucionar a questão, estas já foram devidamente rebatidas.

Embora o Ministro Maurício Corrêa tenha afirmado ser a condenação necessária em razão de Ellwanger objetivar um revisionismo histórico, ressalta-se que tal atitude não importa, necessariamente, na existência do discurso do ódio, posto que tal fenômeno pode sim ter o objetivo de suscitar o diálogo em torno de fatos históricos não mais discutidos. Desse modo, o revisionismo histórico só seria algo negativo se viesse dotado de ódio, incitando a violência.

Em relação ao restante do Ministros, há um consenso (dadas algumas raras exceções) de que o racismo não está ligado ao conceito de raça, sendo este uma construção histórica, política e social, sendo a divergência do trabalho apenas quanto a melhor forma de se lidar com tal atitude. Quanto ao caráter não absoluto da liberdade de expressão, não há discordâncias.

Assim sendo, a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal apresenta falhas diante da forma ora apontada como sendo a mais efetiva no combate ao discurso do ódio, não tendo cumprido com nenhuma das duas etapas apontadas. De modo geral, pode-se afirmar que não houve uma preocupação em eliminar a fonte do problema, tendo o Poder Judiciário apresentado uma postura imediatista cujo objetivo foi a repressão do discurso de Ellwanger, o que configura uma solução momentânea e passageira, além de não dar vazão à voz do povo judeu, que em momento algum teve a oportunidade de defender-se das acusações e ofensas contra eles proferidas. Logo, diante das bases fornecidas por esta pesquisa, a solução mostra-se incompleta, ineficaz e desproporcional.

3.3 Caso Marcelo Valle Silveira Mello (Apelação Criminal 20050110767016APR)

Marcelo Valle Silveira Mello foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no crime de racismo em razão de ter publicado, na rede social Orkut, inúmeras postagens ofensivas a pessoas negras, referindo-se a estes com adjetivos pejorativos.²⁸⁶ Constam da denúncia a reprodução de algumas das mensagens postadas por Marcelo na rede social, as quais podem ser encontradas no Anexo A desta monografia, e sobre as quais se fundamentou a análise do caso.²⁸⁷

A juíza de primeira instância absolveu o acusado em razão de entender que a conduta de Marcelo não constituía infração penal. No entanto, o Ministério Público recorreu desta decisão, afirmando que as ações praticadas por Marcelo tipificavam sim o crime de racismo, conforme previsto no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89,²⁸⁸ não havendo dúvidas quanto à materialidade e autoria do crime,²⁸⁹ alegando que a juíza havia proferido sentença absolutória em razão de ter mudado o foco do caso, distanciando-se das ofensas por ele praticadas e concentrando-se no fato “de este ter ficado órfão de pai em tenra idade, haver sido criado por mãe mentalmente desequilibrada e ser portador de distúrbio mental”²⁹⁰.

Quanto ao fato de ser Marcelo portador de distúrbio mental, o Ministério Público apresentou laudo de exame psiquiátrico que afirmava que a condição do acusado não afetava sua capacidade de entendimento, posto que este tinha total consciência de suas ações, restando influenciada tão somente sua capacidade de determinação, o que importaria apenas em

²⁸⁶ SILVA, Rosane Leal da. et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, 14, n. 7(2), p. 445-468, jul-dez 2011. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/05_rev14_445-468_-_rosane_leal_da_silva_-_scielo.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 458.

²⁸⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal. 20050110767016APR. 2ª Turma Criminal. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Marcelo Valle Silveira Mello. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Revisor: Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, 3 set. 2009. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=376006>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 3-5.

²⁸⁸ SILVA, op. cit., p. 459.

²⁸⁹ DISTRITO FEDERAL, op. cit., p. 5.

²⁹⁰ SILVA, op. cit., p. 459.

uma semi-imputabilidade, sendo Marcelo passível de penalização, mesmo que em tempo reduzido, tendo em vista tratar-se de conduta dolosa e consciente.²⁹¹

Em sua defesa, Marcelo alegou que as ações por ele praticadas nada mais eram do que a manifestação de seu pensamento crítico em relação ao sistema de cotas nas universidades brasileiras. Afirmou ser sua conduta atípica em razão da ausência de dolo, aduzindo que as questões raciais por ele mencionadas eram feitas em tom de brincadeira, sendo dotadas, portanto, de *animus jocandi*, sustentando que estas só adquiriram agressividade devido a provocações que passou a sofrer.²⁹²

O desembargador relator do processo, o senhor Roberval Casemiro Belinati, entendeu que, embora as manifestações de Marcelo inicialmente tivessem um intuito crítico, tal objetivo restou deturpado, tendo a conduta de Marcelo incorrido no crime de racismo quanto este passou a emitir, de forma livre e consciente, ideias preconceituosas contra negros²⁹³, além de utilizar-se de denominações que inferiorizam o povo negro e sua cultura.²⁹⁴ Afirmou, ainda, que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, não abarcando ilícitos ou ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹⁵

O desembargador relator se utilizou da noção de raça estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger, de modo que entende ser esta uma construção política, social e histórica. Além disso, o desembargador definiu racismo por meio das ideias de Guilherme Nucci, ao dizer que:

“Preconceito, por sua vez, é, conforme a lição de Guilherme de Souza Nucci:

²⁹¹ SILVA, Rosane Leal da. et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, 14, n. 7(2), p. 445-468, jul-dez 2011. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/05_rev14_445-468_-_rosane_leal_da_silva_-_scielo.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 459.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ Ibidem.

²⁹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal. 20050110767016APR. 2ª Turma Criminal. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Marcelo Valle Silveira Mello. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Revisor: Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, 3 set. 2009. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=376006>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 11.

²⁹⁵ SILVA, op. cit., p. 459.

“[...] a opinião formada, a respeito de algo ou alguém, sem cautela, de maneira açodada, portanto, sem maiores detalhes ou dados em torno do objeto da análise, levando a julgamentos precipitados, invariavelmente injustos, provocadores de aversão a determinadas pessoas ou situações. [...]”

[...]

“[...] o pensamento voltado à existência de divisão dentre seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita, a outros, cultivando-se um objetivo segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos, merecedores de vivência distinta. [...]”²⁹⁶

O desembargador Revisor, o senhor Silvânio Barbosa Dos Santos, afirmou que a Constituição Federal “instituiu, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, alegando ser a condenação de Marcelo necessária em nome do desencorajamento ao retrocesso.²⁹⁷

Quanto ao fato de a conduta de Marcelo ser ou não racista, apesar da definição feita por Guilherme Nucci e reproduzida pelo desembargador relator não ser incorreta, mantemos o que foi discutido no segundo capítulo deste trabalho por entendermos ser uma definição mais completa e objetiva. Assim sendo, com base nos parâmetros já definidos, as falas de Marcelo na rede social são, sem qualquer dúvida, racistas. É possível perceber que este age com superioridade, conforme se extrai do uso dos vocábulos “subdesenvolvidos”, “macacos” e “analfabetos”, ou quando este diz que “minha família tem grana diferente desse macacos pobres e sujos” e “querem justificar a cor pra culpar a gente do fracasso de vcs”, tendo o acusado outorgado valor negativo a um grupo de pessoas que possuem uma identidade entre si em razão de suas características, a cor da pele, conforme percebemos pelas falas “macacos burros”, “macacos vão acabar na prisão mesmo”, “é ladrão”, “preto roubando dinheiro”, “pretos vão eh estragar a universidade pública”, “não sabem nem escrever” e “malandros desocupados entraram na UnB roubando a vaga de uma pessoa capaz”.

²⁹⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal. 20050110767016APR. 2ª Turma Criminal. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Marcelo Valle Silveira Mello. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Revisor: Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, 3 set. 2009. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&endereçoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=376006>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 12-13.

²⁹⁷ Ibidem, p. 18-19.

Além disso, é clara a tentativa de Marcelo de diminuir os indivíduos negros a ponto de estes não serem reconhecidos como seres humanos de igual valor, dado o fato de o acusado dirigir-se aos ofendidos por meio do termo “macaco”. Marcelo ainda coloca comportamentos negativos como sendo característicos de todos os indivíduos negros, dentre eles o analfabetismo, o fracasso e a prática de crimes como roubo, além de entender ser pertencente a um grupo superior ao formado pelos negros, de modo que cabe a ele decidir as formas de entrada em uma universidade pública, devendo o grupo entendido por ele como sendo inferior obedecer. Desse modo, Marcelo propaga uma hierarquia social que deve ser respeitada, qual seja, a dominação de brancos sobre negros, sendo os últimos vistos como responsáveis por um mal social, qual seja, a impossibilidade de brancos terem acesso às universidades públicas.

Desse modo, fica claro que a manifestação de Marcelo é racista, podendo esta ser classificada como sendo um discurso do ódio, tendo em vista a finalidade deste em inflar uma discussão na internet com o objetivo de incitar o ódio e a violência contra negros por meio da exclusão social e da negação destes como sujeitos de direitos, além de sugerir uma dominação intelectual de brancos sobre negros, em razão destes serem, supostamente, mais inteligentes e melhor sucedidos. Por meio de sua conduta, o acusado propagou o desprezo e a discriminação contra negros, além de objetivar a exclusão social destes, bem como iniciar uma segregação social, por entender que negros são indivíduos inferiores, utilizando-se de palavras para reproduzir seus sentimentos de ódio nos outros de forma que estes as propaguem com a mesma raiva, tendo o discurso ora analisado uma “lógica persuasiva”²⁹⁸. Ainda é possível afirmar que a conduta de Marcelo obsta o diálogo, pois, além de ser impossível discutir com ideias hostis e irracionais de inferioridade, a postura assumida por ele demonstra que este não está aberto a novos argumentos, visto que coloca suas ideias como se estas fossem a única verdade.

Ressalta-se que o racismo que tem por base a cor da pele tem sido usado historicamente para justificar a subordinação e a exploração de brancos sobre negros, o que é especialmente forte no Brasil, dado o histórico escravocrata do país, sendo comuns manifestações como a de Marcelo, o que deve ser considerado ao determinar a solução do presente caso.

²⁹⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 460.

Tendo em vista que o discurso de Marcelo pode ser classificado como um discurso do ódio, deve este ser rejeitado mediante a aplicação do combate em duas etapas anteriormente apresentado. Novamente, não houve uma preocupação do judiciário em garantir o direito de resposta aos ofendidos para que estes refutassem as afirmações de Marcelo em mesma proporção e igualdade. O caso ocorreu em uma rede social, sendo possível aferir da sentença de primeira instância que as ideias de Marcelo foram rebatidas nesta mesma rede social, no mesmo fórum de discussão, dada a afirmação feita pela juíza de que o caso “se tornou uma manifestação de uma briga entre duas pessoas imaturas, adolescentes”²⁹⁹. Desse modo, houve a garantia do direito de resposta em algum nível. Caberia ao Estado julgar se esse direito de resposta se deu em mesma proporção e igualdade que as ofensas proferidas, sendo dever deste promover novo direito de resposta em caso de resposta negativa.

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade ao caso, acredita-se que apenas a garantia do direito de resposta aos negros não seria suficiente para solucioná-lo. Embora a intervenção seja adequada para impedir violações à dignidade dos indivíduos negros, pois atacaria a fonte do problema, esta seria insuficiente, tendo em vista que os argumentos que demonstram que não há qualquer diferença de capacidade, inteligência ou valor entre brancos e negros, vêm sendo difundidos pelos quatro cantos do mundo há anos, o que não extinguiu a prática do racismo. Desse modo, é necessário que o direito de resposta venha aliado a outro tipo de intervenção. Determinar qual seria esta nova intervenção mostra-se uma tarefa difícil e ingrata. No entanto, uma vez que acredita-se que a única forma de combate ao discurso do ódio e ao racismo é por meio da educação e da valorização da diversidade, de modo a se atingir a tolerância e o respeito mútuo, defende-se que esta outra intervenção do Estado deve vir por meio de uma medida socioeducativa, onde o indivíduo propagador do ódio deve ser inserido no meio e na convivência do grupo que defende ser inferior, de modo que este venha a ser confrontado com a realidade, pois contra fatos não há argumentos.

²⁹⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal. 20050110767016APR. 2ª Turma Criminal. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Marcelo Valle Silveira Mello. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Revisor: Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, 3 set. 2009. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=376006>. Acesso em: 27 mar. 2017. p. 5.

Ao aliar a garantia do direito de resposta em mesma proporção e igualdade a uma medida socioeducativa nos parâmetros delimitados, tem-se uma intervenção adequada para atingir o objetivo buscado, posto que vai diretamente à origem do problema. Essa solução mostra-se na medida certa, não sendo, em nenhum sentido, insuficiente ou excessiva, trazendo mais vantagens do que danos, posto que representa uma chance real de incutir nas pessoas o quão infundado é o racismo que tem por base a cor da pele, demonstrando de forma eficaz que todos os seres humanos são iguais em capacidade e valor. Assim, a solução ora proposta demonstra-se proporcional.

Desse modo, mais uma vez a solução dada pelo Poder Judiciário se mostrou incompleta e ineficaz, estando o Estado mais preocupado em aplicar uma sanção ao ofensor do que em combater a raiz do problema, tendo apresentado uma solução que apenas resolve a situação temporariamente.

3.4 Considerações Finais Acerca dos Dois Casos Analisados

Conforme análise dos dois casos, fica claro que o Poder Judiciário brasileiro ainda não incorporou a atitude de buscar garantir à vítima do discurso do ódio o direito de manifestar-se em mesma proporção e igualdade que o agressor. O Estado brasileiro possui uma postura muito mais imediatista, buscando sancionar o ofensor por meio da pena prevista no artigo 20 da Lei 7.716/89, não havendo um esforço em se combater a fonte do problema.

Já quanto a teoria da proporcionalidade, esta vem sendo apresentada como meio de solução aos conflitos envolvendo a liberdade de expressão e a dignidade humana. No entanto, sua aplicação vem sendo utilizada de modo a justificar soluções meramente temporárias e, dado o subjetivismo necessário à sua execução, esta tem sido usada, inclusive, para justificar as mais variadas posições, não havendo uma preocupação em se buscar a solução menos gravosa a ambas as partes, eis que os direitos do emissor do discurso do ódio são, muitas vezes, restringidos de forma desnecessária.

Também é possível notar que as decisões não levam em conta o nível de violência propagado, bem como os reais resultados desta, sendo a realidade histórica, política e social do país pouco levada em consideração, de modo que a sanção aplicada é sempre a mesma, qual seja, a prevista no artigo 20 da Lei 7.716/89, independentemente das peculiaridades do caso concreto.

A solução apresentada pelo Estado brasileiro também não se coaduna com os valores de um Estado Constitucional Democrático, pois falha em concretizar o direito à liberdade de expressão e não protege ou fomenta o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao direito fundamental à liberdade de expressão, não há uma preocupação em garanti-lo a ambas as partes. Pelo contrário, este é prontamente sacrificado diante da ocorrência do discurso do ódio, o que gera um impacto negativo no mercado de ideias e no espaço de diálogo democrático, pois não há mais uma livre circulação de ideias, nem mesmo uma proteção à pluralidade de opiniões. Vale ressaltar que, diante da solução aplicada pelo Estado brasileiro, ambas as dimensões desse direito restam ofendidas, pois não só o emissor do discurso tem sua liberdade de expressão cerceada ao ser impossibilitado de manifestar seus pensamentos ao mundo exterior, mas também todos os indivíduos que compõem a sociedade brasileira são impedidos de acessar essas ideias e de guiar-se ou não por elas, bem como de formar suas personalidades sem intervenção externa.

Já no tocante ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, este é usado para justificar qualquer tipo de intervenção na liberdade de expressão, não sendo utilizado para exercer um sopesamento de valores constitucionais. Além do mais, é possível dizer que o judiciário brasileiro leva em consideração apenas a dignidade da vítima do discurso do ódio, ignorando o fato de o emissor desse discurso ser também detentor desta em igual medida. Desse modo, não há uma preocupação em se atingir a solução menos gravosa a ambas as partes, que proteja os direitos do emissor do discurso do ódio, de modo que restam protegidos apenas os direitos do destinatário deste.

Assim, do ponto de vista defendido pelo trabalho, ambos os casos foram encerrados por meio de soluções falhas, incompletas, ineficazes e, portanto, desproporcionais, de modo que é possível concluir que o Brasil não encara o combate ao discurso do ódio de maneira realista, além de não se portar, diante de tal embate, como um Estado Constitucional Democrático deveria, dispondo seus esforços apenas para apresentar uma resposta transitória e desequilibrada, causando uma ilusão de solução do conflito. Metaforicamente, em um cenário em que o discurso do ódio seria representado por uma árvore, podemos dizer que as ações do Poder Judiciário, ao invés de arrancá-la, apenas cortam seu tronco rente ao chão, de modo que todos acreditam que a árvore deixou de existir enquanto as raízes desta continuam a crescer por debaixo do solo.

CONCLUSÃO

O discurso do ódio coloca em análise as tensas relações entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, ambos fundamentos de um Estado Constitucional Democrático, sendo este aquele em que a Constituição ocupa posição de norma suprema, de modo que todo o ordenamento deve seguir o que por ela for determinado. No caso de embates entre normas e valores constitucionais, não sendo possível a harmonização e o equilíbrio entre os direitos conflitantes, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como solução, sendo a sua aplicação dividida em 3 dimensões: adequação, necessidade e ponderação. Ressalta-se que um direito fundamental não pode ser usado para justificar um exercício ilícito de restrição de outros valores constitucionais, de modo que o discurso do ódio não se justifica pela liberdade de expressão, posto que esta não pode ser usada para justificar agressões à dignidade de um indivíduo ou grupo. Sabendo-se que um dos objetivos de um Estado Constitucional Democrático é integrar indivíduos e garantir a paz social, não há justificativas para este tutelar o discurso do ódio.

Em um Estado Constitucional Democrático, o direito fundamental à liberdade de expressão deve ser garantido a todos em igual medida, tendo em vista ser este indispensável à livre circulação de ideias, e a um espaço democrático pluralista de discussão, crítica e deliberação. Desse modo, qualquer forma de censura mostra-se incompatível com um Estado Constitucional Democrático, o que não significa dizer que esse direito é absoluto, e sim que as intervenções sobre este devem ser legítimas, o que é determinado por meio da teoria da proporcionalidade, só sendo tal restrição possível quando importar em dano a um terceiro. Esse direito possui uma dupla dimensão, qual seja, a interna, representada pela possibilidade que cada indivíduo tem de formar seus próprios pensamentos sem qualquer interferência, podendo acessar todas as ideias existentes no mercado de ideias e optar por uma ou outra de forma livre; e a externa, por meio da qual o indivíduo manifesta seus pensamentos ao mundo externo. Desse modo, ao censurar um discurso do ódio, gera-se um impacto não apenas na liberdade de expressão do seu emissor, mas também na dimensão interna da liberdade de expressão de todos os outros, tendo em vista que todos restarão impossibilitados de acessarem essa ideia, o que afeta a construção de suas identidades e consciências.

Já o princípio da dignidade humana ocupa posição de destaque em um Estado Constitucional Democrático em razão de ser o principal critério subjetivo no sopesamento de valores constitucionais. Embora seja difícil definir este princípio, é possível afirmar que todos

os indivíduos são detentores deste em igual medida, independentemente de suas ações, sendo seu núcleo essencial composto por 5 elementos: valor intrínseco da pessoa, igualdade, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento. É em razão do princípio da dignidade humana que o ser humano é dotado de autonomia para tomar suas próprias decisões e guiar-se por elas na sociedade, sendo dotado de capacidade para autodeterminar-se. De modo geral, utiliza-se da ideia de Kant para afirmar que esse princípio restará violado quando um indivíduo for reduzido a objeto, deixando de ser considerado como sujeito de direito. Também é possível identificar uma dupla dimensão da dignidade: de um lado, é expressão da autonomia da pessoa humana e da autodeterminação da sua existência; do outro, tem-se o direito ao reconhecimento, respeito, proteção ou promoção desta, bem como a necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado. Desse modo, o discurso do ódio representa um risco à dignidade da pessoa humana em razão do seu conteúdo, que é incitador e provocador.

Por discurso do ódio, entende-se aquele que tem por objetivo incitar a violência nas suas mais variadas formas, impedindo a ocorrência do diálogo e do debate entre opiniões, posto que impossibilita que as vítimas se manifestem e se defendam contra as ideias odiosas, além de visar excluir socialmente um grupo, bem como desprovê-lo de direitos, o que implica em uma ofensa à dignidade humana e à liberdade de expressão dos ofendidos, sendo este utilizado como instrumento de propagação do preconceito, da discriminação e do racismo. O discurso do ódio difere de uma manifestação de ideias odiosas, pois esta não tem a finalidade de incitar a violência ou obstar o diálogo entre os grupos, estando, portanto, protegida pela liberdade de expressão, não sendo passível de reprimendas.

Embora haja um consenso sobre o fato de que o discurso do ódio deve ser combatido, não há um consenso sobre a melhor forma de se realizar tal combate. Nos EUA, o rebate ao discurso do ódio é feito de um modo mais permissivo, pois acredita-se que a inserção desse discurso no mercado de ideias fará com que este perca espaço perante outras ideias, de modo que a sua repressão só se justifica perante um perigo claro e iminente de que este discurso cause uma reação ilegal de forma imediata. Já os países europeus, a exemplo da Alemanha, tendem a proibir o discurso do ódio, conferindo uma maior proteção à dignidade das vítimas, sendo tal manifestação de ideias odiosas vista como uma forma de ataque à liberdade. No nosso entendimento, como ambas as formas acabam, em algum momento, por violar a dignidade da pessoa humana de alguma forma (ou expõe as vítimas ao sofrimento sem garantir-lhes o direito de resposta, ou limita a liberdade de expressão do emissor e cerceia o mercado de ideias), além

de não atingirem a origem do problema, entende-se que não se deve optar por nenhum dos extremos.

Propõe-se, então, uma forma de combate ao discurso do ódio por meio de duas etapas. Primeiro, deve o Estado propiciar as condições para que o grupo minoritário possa responder à altura as ofensas feitas, fazendo-se presente no debate público na mesma proporção e igualdade que os emissores desse discurso. Depois, deve-se utilizar a teoria da proporcionalidade para analisar a violência incitada e determinar se, além do direito de resposta em igual proporção, é necessária outra intervenção do Estado, bem como qual a intervenção apropriada. Defende-se, ainda, que o discurso do ódio, dada a sua complexidade, não deve ser regido por uma única norma geral, devendo a discussão em torno deste ser alçada ao âmbito do judiciário, que realizará a aplicação da teoria da proporcionalidade ao caso concreto.

Passa-se, então, à análise do discurso do ódio no direito brasileiro. Quanto às leis que compõem nosso ordenamento, não há qualquer menção expressa a este tipo de discurso. No entanto, é possível dizer que o artigo 20 da Lei 7.716/89, que regulamenta os crimes de racismo, importa em uma criminalização do discurso do ódio, especialmente após o julgamento do caso Ellwanger, em que o Supremo Tribunal Federal alargou a definição de racismo de a ponto que este passou a abarcar o discurso do ódio, tornando-o crime.

Embora a ocorrência do discurso do ódio seja recorrente nos dias atuais, há uma baixa judicialização do tema. Foram analisados dois casos, quais sejam, o caso de Siegfried Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal; e o caso de Marcelo Valle Silveira Mello, julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Diante da análise dos casos, é possível concluir que o Estado brasileiro possui uma postura imediatista, não havendo qualquer esforço em se combater a fonte do problema, de modo que solução apresentada se resume a sancionar o ofensor por meio da pena prevista no artigo 20 da Lei 7.716/89. Não há qualquer menção em garantir o direito de resposta aos ofendidos e, quando a teoria da proporcionalidade é utilizada como meio de solução, esta é empregada de modo a justificar as mais variadas posições, além de apontar soluções meramente temporárias. O Poder Judiciário brasileiro ainda falha em examinar o nível de violência propagado, bem como as reais possibilidades de danos provenientes deste, aplicando sempre a mesma resposta independentemente das peculiaridades do caso concreto.

Desse modo, constata-se que o Estado brasileiro, ao lidar com o discurso do ódio, apresenta soluções falhas, incompletas, ineficazes e desproporcionais, de modo que o problema resta solucionado apenas temporariamente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. *Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CONJUR. *Editor nazista é condenado a quase dois anos de reclusão*. 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-set-10/editor_nazista_condenado_dois_anos_reclusao>. Acesso em: 27 mar. 2017.

COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo : Saraiva, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal. 20050110767016APR. 2ª Turma Criminal. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Marcelo Valle Silveira Mello. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Revisor: Silvano Barbosa dos Santos. Brasília, 3 set. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=si>>

stj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=376006>. Acesso em: 27 mar. 2017.

DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos: 1952-1983*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Discursos de incitação ao ódio (hate speech). In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 434-439.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/780/621>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

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

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Brasília-DF, 2011.

ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional law jurisprudence: a comparative analysis*. Working Paper Series 41/11, 2001. p. 15. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SILVA, Rosane Leal da. et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, 14, n. 7(2), p. 445-468, jul-dez 2011. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/05_rev14_445-468_-_rosane_leal_da_silva_-_scielo.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

VIA ANA D'ANGELO. *STF errou ao condenar autor de livro que questionou o holocausto?* 2015. Disponível em: <<http://www.anadangelo.com.br/116/stf-errou-ao-condenar-autor-de-livro-que-questionou-o-holocausto/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

ANEXO A – TRANSCRIÇÃO DAS MENSAGENS POSTADAS POR MARCELO VALLE SILVEIRA MELLO EM REDES SOCIAIS E CONSTANTES DA APELAÇÃO CRIMINAL 20050110767016APR, PÁGINAS 3-5.

‘(...) E VCS, FICAM AÍ PAGANDO PAU DA ÁFRICA, AQUELE BANDO DE MACACOS SUBDESENVOLVIDOS, QUERENDO ATRIBUIR VALOR A ESSA ‘CULTURA’ NEGRA QUE SÓ TEM MÚSICAS SEM SENTIDO E TOSCAS QUE NÃO FAZEM MAIS QUE PROMOVER ORGIAS SEXUAIS .. PAU DAQUELE PRETO DOS PALMARES LÁ .. BAH ...

VOU JOGAR A REAL PRA VCS, SEUS MACACOS BURROS, EU NÃO SOU BRANCO COMO VCS TAMBÉM NÃO SÃO PRETOS ... AMBOS TEMOS MISTURA DE RAÇA NESSA PORRA ... AGORA VEM COM ESSE NEGÓCIO DE COTAS .. QUER DIZER QUE AGORA VCS QUEREM JUSTIFICAR A COR PRA CULPAR A GENTE DO FRACASSO DE VCS .. TOMAR NO CU ...

(...) DEPOIS FICAM PERGUNTANDO PQ SE FORMA ESSES GRUPOS NO BRASIL ... COM ESSES MACACOS FALANDO BOSTA ESTILO O DONO DESSA COMUNIDADE .. ATÉ ME DÁ VONTADE DE VIRAR UM SKIN-HEAD TAMBÉM .. SÓ ACHO QUE ELES TÃO PERDENDO TEMPO PQ VCS MACACOS VÃO ACABAR NA PRISÃO MESMO.

PRETO NO CÉU É URUBU, PRETO CORRENDO É LADRÃO, PRETO PARADO É BOSTA.

QUAL A DIFERENÇA ENTRE O PRETO E O CÂNCER

R: O CÂNCER EVOLUI!

ACABOU ... AGORA VÃO LÁ PEGAR O CADERNO E MOSTRAR PRO MUNDO, SKIN-HEADS, BRANCOS E TODOS AQUELES ‘RACISTAS’ QUE VCS INSISTEM EM DIZER, QUE VCS NÃO SÃO MOGOLOIDES E TEM A MESMA CAPACIDADE DE TODOS .. VÃO ESTUDAR SUA CAMBADA DE VAGABUNDO...

JÁ NÃO BASTA PRETO ROUBANDO DINHEIRO .. AGORA ELE TAMBÉM ROUBA VAGA NAS UNIVERSIDADES ... O QUE MAIS VAI ROUBAR DEPOIS?’

‘EH MACACO,

INFELIZMENTE EM UNIVERSIDADE PÚBLICA NÃO DÁ CAMARADA, PRA BRANCO PASSAR PRECISA TIRAR 200, E PROS MACACOS PASSAREM EH SOH TIRAR – 200 .. UHAUHAUHHAUHA .. COMO MINHA FAMÍLIA TEM GRANA DIFERENTE DESSE MACACOS POBRES E SUJOS .. PAPAI PAGA PARTICULAR PARA MIM .. QUE POR SINAL EH MELHOR QUE A PÚBLICA ...

TO POCO ME FUDENDO TAMBÉM .. ESSES PRETOS VÃO EH ESTRAGAR A UNIVERSIDADE PÚBLICA MAIS DO QUE JÁ ESTRAGARAM ... NÃO SABEM NEM ESCREVER ...

E TA FALANDO O OQ O MACACO ... VC NÃO EH TÃO PRETO ASSIM NÃO .. E TEU PROFILE TA IGUALZINHO O MEU ... O QUE DIABO VC EH .. QUER QUE UM NEGÃO COMA TEU CU NA UNIVERSIDADE EH?'

'PRA VCS QUE NÃO PASSARAM NA UNB AQUI VÃO AS INSTRUÇÕES

DECLARE-SE NEGRO:

1 – TOME UM BANHO DE SOL

2 – APLIQUE CERA NO CABELO PARA ELE FICAR BEM DURO

3 – COLOQUE UMA CAMISETA ESCRITO 'BLACK POWER' OU QUALQUER COISA LIGADA AO REGGAE, SE FOR MULHER COLOQUE TRANÇAS NO CABELO ... QUANTO MAIS NEGRO VC PARECER MELHOR

4 – CHEGANDO NO DIA DA AVALIAÇÃO, USE GÍRIAS DA COMUNIDADE AFRO ESTILO 'E AÍ MANOW' OU SEJA, GÍRIAS EXTRAÍDAS DAQUELES RAPS DE FAVELADOS

APÓS ISSO É QUASE CERTEZA QUE VC VAI CONSEGUIR ENTRAR NAS COTAS, POIS NESSE PAÍS DE RETARDADOS ELES AINDA NÃO ENTENDERAM QUE NÃO EXISTEM 100% NEGROS E 100% BRANCOS ... E CONTINUAM ACHANDO BONITO AUMENTAR O PRECONCEITO E COLOCAR ANALFABETOS PARA DESTRUIR COM O CONCEITO DA UNIVERSIDADE...

APÓS SE DECLARAR NEGRO, VÁ PARA A PROVA E PREENCHA COMO SE FOSSE UM CARTÃO DE LOTERIA, AFINAL, QUEREM UM EXEMPLO,

PARA PASSAR PARA ENGENHARIA CIVIL SENDO BRANCO: NF DE 200, SENDO NEGRO: NF DE 120 .. ENTEDERAM NÉ ...’

‘(...) VCS TÃO PUTOS PQ TOQUEI NA FERIDA DE VÊS, NA FERIDA DE COMO VCS MALANDROS DESOCUPADOS ENTRARAM NA UNB ROUBANDO A VAGA DE UMA PESSOA CAPAZ .. ISSO QUE DEVERIA SER CRIME NESSE PAÍS ..’
[...]. (sic)