

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

**MARCOS LEITE GARCIA**

**MATHEUS FELIPE DE CASTRO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-341-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

---

### **Apresentação**

Como corresponde aos nossos anseios de seguir construindo uma sociedade democrática, aberta, mais justa e plural, a presente obra reúne artigos que foram previamente aprovados (com dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 9 de dezembro de 2016 nas dependências da UNICURITIBA, situada na Rua Chile na capital paranaense, durante a realização do XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos Fundamentais e suas Garantias, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos, atuais, polêmicos e relevantes assuntos como a questão do aborto; da escravidão nos dias atuais em nosso país; discursos de ódio; proteção dos direitos da criança e adolescente; efetivação e construção artificial da igualdade; direito à identidade constitucional; e fortalecimento do poder judiciário. Ainda assim temas clássicos como os do princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida, princípio da proporcionalidade, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdades de informação e sobre as gerações de direitos humanos.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema dos Direitos Fundamentais e suas respectivas Garantias.

Boa leitura a todos!

Curitiba, dezembro de 2016.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro. UNOESTE-SC/UFSC

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia. UNIVALI-SC/UPF-RS

# **DISCURSO DE ÓDIO: UMA ANÁLISE COMPARADA DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ALEMÃO, BRASILEIRO E ESTADUNIDENSE**

## **HATE SPEECH: COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN GERMANY, BRAZILIAN AND US CONSTITUTIONAL'S LAW.**

**Raisa Duarte Da Silva Ribeiro** <sup>1</sup>  
**Rodrigo De Souza Costa** <sup>2</sup>

### **Resumo**

O presente trabalho possui o objetivo de analisar o tratamento destinado ao discurso de ódio pelos ordenamentos jurídicos alemão, brasileiro e estadunidense. Para tanto, realiza-se uma análise comparada, através da microcomparação de três variáveis: análise do tratamento internacional destinado ao discurso de ódio e a adesão aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos; análise do tratamento destinado pelos sistemas regionais europeu e interamericano ao discurso de ódio e a adesão dos países escolhidos a estes sistemas; e a comparação do tratamento nacional destinado pelos países escolhidos nesta temática.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Liberdade de expressão, Discurso de ódio, Direito comparado, Direito constitucional

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This work intend to analyze the juridical treatment that Germany, Brazil, French, United States e Portugal gives to the hate speech. For this, it will be made a comparative analysis with three variables: the analysis of the international treatment destined to the hate speech and the international instruments that have been ratified by these countrie; the analysis of the regional treatment destined to the hate speech by the European and inter-american systems; and the comparative analysis of the constitutional and jurisprudential treatment that these National States gives to hate speech.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Freedom of speech, Hate speech, Constitutional law, Comparative law

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense; Professora de Direito Constitucional da Universidade Veiga de Almeida e do Centro Universitário Unicarioca.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

## 1. INTRODUÇÃO

O discurso de ódio consiste em uma modalidade discursiva, de espectro negativo, que tem por escopo exteriorizar a raiva, incitar a violência, encorajar a discriminação e perpetuar a opressão de um indivíduo ou grupo de indivíduos em razão de seu pertencimento a um determinado grupo social minoritário, definido em termos de raça, gênero, idade, etnia, religião, orientação sexual, classe socioeconômica, capacidade mental, entre outras qualificações [RIBEIRO, COSTA, 2015, p. 198].

Em razão do discurso de ódio ser, por óbvio, uma modalidade discursiva, o seu tratamento vem sendo realizado dentro da seara da liberdade de expressão. Este direito fundamental é basilar no seio dos Estados Democráticos de Direito, sendo visto como o antídoto da censura. Tradicionalmente consagrado como um direito de primeira geração, a liberdade de expressão vem exigindo a abstenção estatal em seu âmbito de atuação, sendo qualquer regulamentação em seu conteúdo vista como uma afronta ao seu cerne essencial pelos liberais.

Ocorre que, embora a liberdade de expressão tenha grande relevância dentro dos ordenamentos jurídicos constitucionais democráticos, a sua tutela não pode ser ilimitada – assim como não o é a tutela de todos os demais direitos fundamentais, que se encontram na mesma posição de hierarquia que as liberdades comunicativas. Assim, a regulamentação da liberdade de expressão, no que tange o *hate speech*, vem alcançando um cenário de grande preponderância no cenário nacional, regional e internacional.

Neste contexto, o presente trabalho possui o objetivo de analisar o tratamento do discurso de ódio no Direito Comparado, preocupando-se em detectar, de forma sistemática, as semelhanças e as diferenças de pontos específicos dos ordenamentos jurídicos analisados<sup>1</sup>, podendo confrontá-los e observar o produto desta colisão.

Os ordenamentos jurídicos constitucionais alemão, brasileiro e estadunidense foram escolhidos para tanto. As variáveis de análise escolhidas versarão sobre: a adesão destes Estados Nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos; especificamente aos sistemas regionais europeu ou interamericano; e os seus textos constitucionais e penais.

Cabe ressaltar que o presente trabalho realizará a microcomparação entre os institutos jurídicos pertencentes as ordens jurídicas distintas [MEDEIROS, 2010, p. 321],

---

<sup>1</sup> O objeto do Direito Comparado consiste na comparação entre sistemas e/ou institutos jurídicos, através da análise de suas semelhanças ou diferenças. Vide: TAVARES, 1999, p. 89-104.

sendo objeto de análise apenas uma parcela do sistema jurídico de cada um dos países escolhidos. Além disto, será realizada uma comparação externa e horizontal [MEDEIROS, 2010, p. 322], abrangendo a sua perspectiva espacial, na medida em que será realizada a comparação de sistemas jurídicos de países diferentes de normas jurídicas vigentes.

A escolha dos ordenamentos jurídicos em menção foi realizada por alguns motivos de importante análise, cuja justificativa se faz necessária neste momento. Em primeiro lugar, faz-se digno de nota dizer que a escolha das duas primeiras variáveis ocorreu com o objetivo de observar se os países mencionados possuem tradição e vinculação aos sistemas externos de proteção dos direitos humanos, o que demonstra uma tendência na proteção destes mesmos direitos, algo fundamental quando se pretende ter por objeto de análise o discurso de ódio, veículo tradicional de opressão e violação de direitos humanos.

Por outro lado, cabe observar que serão analisados os textos constitucionais dos ordenamentos jurídicos alemão, brasileiro e estadunidense, tendo em vista que a Constituição é a Lei Suprema destes ordenamentos jurídicos, de onde emana a proteção dos direitos e garantias fundamentais e as suas possíveis restrições.

Neste momento, faz-se mister justificar a escolha dos países que serão analisados. Em um primeiro momento, cabe ressaltar que a Alemanha e os Estados-Unidos da América possuem uma aplicação bastante destoante acerca da liberdade de expressão e suas restrições. Enquanto a Alemanha tende a proteger a liberdade de expressão, mas também a restringir quando colidir com outros direitos fundamentais, em especial quando veicular o discurso de ódio; os Estados-Unidos elevam a Primeira-Emenda, que trata da liberdade de expressão, à um patamar de extrema supremacia, destinando uma proteção ampla a ela em detrimento dos outros direitos fundamentais.

Nos Estados-Unidos, mesmo casos em que a liberdade de expressão envolva o discurso de ódio não são suficientes para que ela possa ser restringida, em razão da existência de parâmetros jurisprudenciais, como o princípio da neutralidade de conteúdo, que impedem que o Estado escolha quais os discursos irão ser acolhidos por ele. Assim, nos Estados-Unidos tanto os discursos tolerantes quanto os discursos intolerantes são em regra protegidos.

Em razão dos tratamentos divergentes suscitados pela Alemanha e pelos Estados-Unidos, a análise do tratamento de seus textos constitucionais passou a ter grande relevância para o presente estudo. A análise do tratamento destinado à liberdade de expressão e ao discurso de ódio por parte de países que possuem entendimentos diametralmente opostos torna-se um fator de grande contribuição, com riquezas de argumentações, para o presente debate.

A Alemanha foi escolhida como país objeto de comparação por ser o ordenamento jurídico europeu que de forma mais extrema proíbe e criminaliza o discurso de ódio, em especial quando envolve as teses revisionistas do Holocausto, ou seja, tratamento bastante diverso daquele dado pelos EUA.

Além disto, por força do Brasil ser o país em que o presente estudo está sendo realizado e em razão deste trabalho possuir a pretensão de traçar novos rumos para a discussão constitucional acerca da liberdade de expressão e discurso de ódio em nosso ordenamento jurídico, a análise comparada do ordenamento jurídico brasileiro também se faz necessária e presente.

Desta forma, o presente trabalho será estruturado através de três partes fundamentais, que corresponderão as variáveis escolhidas. Assim, no primeiro momento realizará uma análise do tratamento do discurso de ódio pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observando quais dos países mencionados aderiram aos tratados e convenções abordadas. No segundo momento será realizada uma análise do tratamento do discurso de ódio pelos sistemas regionais europeu e interamericano, observando quais dos países mencionados aderiram aos tratados fundadores destes sistemas. Por fim, será realizada a análise do tratamento constitucional e, em alguns momentos, penal, destinado ao discurso de ódio pelos ordenamentos jurídicos nacionais, confrontando suas semelhanças e diferenças.

## **2. DISCURSO DE ÓDIO E O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A liberdade de expressão é a máxima inaugurada no âmbito das liberdades de comunicação<sup>2</sup>, estando presente na maioria das Constituições, Convenções e Tratados Internacionais que delimitam e protegem os direitos humanos<sup>3</sup>.

A liberdade de expressão foi prevista juridicamente, pela primeira vez, no *English Bill Of Rights*<sup>4</sup>, de 1689. O *English Bill Of Rights* não é considerado uma carta de direitos no sentido moderno, mas um estatuto político, que defende os direitos humanos básicos dos cidadãos britânicos, formulado no contexto da Revolução Gloriosa [MAER,; GAY, 2009, pp.

---

<sup>2</sup> A liberdade de expressão é uma espécie de liberdade comunicativa. Todavia, há quem entenda que a liberdade de expressão é um direito genérico, que se reveste de diversas formas e engloba outros direitos, como a liberdade de pensamento, de informação, de acesso à informação, de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão [TAVARES, 2007, pp. 550-551]

<sup>3</sup> Para mais acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, vide MACHADO, 2006, p. 359-441.

<sup>4</sup> 9. That the freedom of speech, and debates or proceedings in parliament, ought not to be impeached or questioned in any court or place out of parliament.

02-03]. Posteriormente, vários outros diplomas internacionais passaram a garantir a liberdade de expressão.

Em âmbito internacional, diversos diplomas tutelam este direito fundamental, que vem sendo consagrado, protegido e tutelado desde as primeiras Declarações Burguesas. A Declaração de Direitos da Virginia e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia, ambas de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foram os primeiros diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos que garantiam expressamente a liberdade de expressão.

Observa-se que estes diplomas expressamente garantem a livre comunicação de ideias e de opiniões, mas, também, determinam a possibilidade de restrição legal deste direito, em especial quando utilizado de forma abusiva, quando utilizado de forma a violar a liberdade de outrem e quando utilizado de forma a perturbar a ordem pública.

O sistema internacional de direitos humanos, constituído após 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas, protege a liberdade de expressão, mas a restringe em determinadas situações. Assim, no âmbito das Organizações das Nações Unidas, diversos diplomas internacionais protegem, tutelam e restringem a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais correlatos.

O Brasil, assim como os Estados Unidos, é um dos Estados fundadores da Organização das Nações Unidas, ingressando no sistema internacional em 24 de outubro de 1945. Consideram-se Estados-Fundadores aqueles países que assinaram a Declaração das Nações Unidas de 1º de janeiro de 1942 ou que tomaram parte da Conferência de São Francisco, tendo assinado e ratificado a Carta da ONU. Por outro lado, a Alemanha ingressou posteriormente no sistema ONU, 18 de setembro de 1973, com a autorização do Conselho de Segurança<sup>5</sup>.

Assim, todos os países analisados são Estados-Membros do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tendo ratificado a Carta da ONU e outros tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos. Assim, Alemanha, Brasil e Estados Unidos se sujeitam aos mecanismos extraconvencionais e convencionais de proteção dos direitos humanos<sup>6</sup>.

O primeiro documento de proteção dos direitos humanos do sistema internacional consiste na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Este documento, que

---

<sup>5</sup> Informação disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/#paisesMembros8> Acesso em 10 jul. 2016

<sup>6</sup> Para mais acerca dos mecanismos convencionais e extraconvencionais do sistema internacional de direitos humanos, vide: PETERKE, 2010, p. 184-191.

possui grande referência simbólica da proteção internacional dos direitos humanos, garante as liberdades de comunicação em seus artigos XXVIII, XIX e XX. Esta declaração, valendo-se da cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, determina em seu artigo XXIX que os direitos fundamentais poderão ser limitados para garantir outros direitos e liberdades.

A doutrina internacional tem classificado duas técnicas de restrições de direitos e garantias fundamentais. A primeira, denominada técnica da cláusula geral, consiste na previsão, através de uma norma abstrata, de que todos os direitos e garantias constantes em determinado texto jurídico podem ser legalmente restringidas, como realizado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. A segunda, denominada técnica individualizada ou cláusula específica, estipula, através de um texto específico, que determinado direito é passível de restrição nos casos previstos em lei [MOREIRA, 2012. CD-ROM].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 junto com os Pactos Internacionais de 1966 formam a intitulada Carta Internacional de Direitos Humanos<sup>7</sup>, constituindo os três documentos basilares de proteção dos direitos fundamentais no plano internacional.

A liberdade de expressão, como um direito clássico de primeira geração, foi tutelada não apenas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1968, mas também pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. Este documento consagra a liberdade de expressão como um direito fundamental nos seus artigos 18 e 19 e, posteriormente, a restringe, através da utilização da cláusula específica do artigo 20, quando a expressão veicular um posicionamento a favor da guerra ou apelo ao ódio racial, religioso ou nacional.

Além disto, de forma a impulsionar o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o sistema internacional especial de defesa dos direitos humanos instituiu a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que em seu artigo 4º determina que os Estados devem tomar medidas para coibir e punir a discriminação racial.

### **3. DISCURSO DE ÓDIO E OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Pretende-se aqui analisar a proteção que os sistemas regionais europeu e interamericano destinam à liberdade de expressão e qual o posicionamento dos mesmos no

---

<sup>7</sup> Esta é a nomenclatura utilizada pela doutrina dos direitos humanos e os organismos internacionais. Vide: RAMOS, 2016, p. 201.

que tange o discurso de ódio: se há ou não a sua limitação e como ela é realizada. Ademais, pretende-se também observar se os ordenamentos jurídicos analisados possuem vinculação a algum destes sistemas regionais.

No âmbito regional europeu, o Conselho da Europa consagra o sistema regional de proteção de direitos humanos. Em 1950, formulou-se a *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais*, amplamente conhecida como Convenção Europeia de Direitos do Homem, que tutela essencialmente os direitos civis e políticos.

Ressalta-se que esta Convenção não foi aderida apenas pelos países integrantes da União Europeia, sendo que outros países, que não fazem parte da União Europeia, como é o caso da Armênia, a ratificaram. Esta Convenção assegura as liberdades de pensamento, consciência e religião, expressão, associação e reunião, em seus artigos 9, 10 e 11, respectivamente.

Observa-se que o artigo 10, inciso 2 da Declaração supratranscrita utiliza-se da técnica da cláusula específica, condicionando o exercício da liberdade de expressão a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas em lei, para garantir outros bens, valores ou direitos fundamentais.

Ademais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos instituiu a criação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como mecanismo judicial internacional de proteção dos direitos da pessoa humana. Assim, todos os países que aderiram aos termos desta Convenção, submetem-se a sua jurisdição, como é exemplo da Alemanha.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, também chamado de Corte Europeia de Direitos do Homem, tem função preponderantemente contenciosa e residualmente consultiva [MACHADO, 2006]. Através de sua função contenciosa, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em diversos julgamentos já fixou o conteúdo e os limites da liberdade de expressão. Através de julgados emblemáticos como os casos *Handsyde vs. Reino Unido*<sup>8</sup> e *Vogt vs. Alemanha*<sup>9</sup>, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos demonstrou se posicionar no sentido de destinar uma forte proteção da honra e da dignidade das vítimas do discurso do ódio, retirando este do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

No caso *Vogt vs. Alemanha*, foi reconhecida a possibilidade de o Estado Alemão exigir de seus funcionários lealdade à ordem constitucional democrática, principalmente por

---

<sup>8</sup> Conselho da Europa, Application 5493/72 Decisão Disponível em: [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) Acesso em 30 de agosto de 2016.

<sup>9</sup> Conselho da Europa, Application no 17851/91. Decisão Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58012> Acesso em 30 de agosto de 2016

ter como objetivo primordial a preservação do sistema democrático para que não houvesse espaço para o ressurgimento das ideias nazistas no país.

Por outro lado, o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos teve início com a criação da Organização dos Estados Americanos, pelo Pacto de Bogotá, em 1948, na Colômbia. Em virtude de não haver previsão específica acerca dos direitos humanos, foi assinada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem como anexo ao Pacto de Bogotá. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem garante a liberdade de expressão em seu artigo IV, determinando que *“toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”*. No entanto, tratava-se de uma mera carta de intenções, não tendo valor jurídico constitutivo de direitos judicialmente acionáveis [MACHADO, 2012, p. 24]

Em 1959, com a criação da Comissão Interamericana de Direitos do Homem, passou a existir um mecanismo institucional para a proteção dos direitos humanos. Em sua estrutura, foi incorporada a Convenção Americana de Direitos do Homem, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969 e em vigor desde 1978, momento de instituição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Neste momento, cabe ressaltar que, embora os Estados Unidos façam parte da Organização dos Estados Americanos, este país não aderiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, motivo pelo qual não faz parte do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos.

O Brasil, por outro lado, além de fazer parte da Organização dos Estados Americanos, aderiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, através do Decreto de Ratificação nº 678, de 6 de novembro de 1992, e aceitou expressamente a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2002, através do Decreto nº 4.463.

O Pacto San José da Costa Rica assegura as liberdades comunicativas. Em seu artigo 12, assegura a liberdade de consciência e religião. Em seus artigos 15 e 16, garante o direito de reunião e de associação, respectivamente. Sobre a liberdade de manifestação e pensamento, o artigo 15 deste diploma legal dispõe que a mesma seria assegurada a todos, não podendo estar sujeita a censura prévia, mas que responsabilidades ulteriores podem ser aferidas.

Nota-se que o mencionado Pacto assegura a liberdade de expressão; mas, através de cláusulas específicas, possibilita a responsabilização ulterior do orador quando o seu exercício violar os direitos e a reputação de outras pessoas e a proteção da segurança nacional, ordem, saúde ou moral públicas. Em seu item 5 do dispositivo supramencionado, assevera que deve ser proibida toda a propaganda a favor da guerra e apologia ao ódio, que constitua incitação a

discriminação, hostilidade, ao crime ou à violência, requerendo a edição de lei específica para sua regulamentação. Cumpre ressaltar, inclusive, que no artigo 1º, 1, o Pacto San José da Costa Rica veda qualquer tipo de discriminação.

No Brasil, o Pacto San José da Costa Rica foi incorporado ao Direito interno através do Decreto 678, em 1992. Por se tratar de um Tratado Internacional que versa sobre Direitos Humanos, internalizado sem observar o procedimento previsto no artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil, o Pacto San José da Costa Rica possui estatura supralegal no ordenamento jurídico, sendo hierarquicamente superior à legislação ordinária, conforme posicionamento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

O sistema interamericano de direitos humanos é constituído por uma estrutura dual. De um lado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos funciona com a função de supervisão e promoção de direitos humanos no âmbito institucional e normativo da Organização dos Estados Americanos e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. De outro, a Corte integra um mecanismo de proteção jurisdicional da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, depois do sistema do Conselho da Europa, oferece o maior nível de proteção dos direitos humanos [MACHADO, 2012, p. 24].

No âmbito do Pacto de San José da Costa Rica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos realiza a investigação de violações dos direitos humanos, estudos, relatórios bem como se constitui em órgão responsável por exercer um juízo de admissibilidade e de conciliação prévia Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a formulação de recomendações não vinculativas aos Estados. Somente se não for possível a obtenção de uma solução junto da mencionada Comissão Interamericana, torna-se possível o acesso à mencionada Corte, que pode ser provocado tanto por indivíduos quanto por organizações internacionais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1979, após a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos do Homem, tendo sede em San José, na Costa Rica. Com funções contenciosa e consultiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos caracteriza-se como o mais importante órgão judicial dentro do sistema de proteção regional interamericana dos direitos humanos.

A sua jurisdição contenciosa se traduz em uma faculdade dos Estados subscritores. Através dela, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode realizar a conciliação, a instrução e proferir decisões, impor reparações e realizar a execução de suas sentenças, nos termos fixados pelos Estados. Cumpre ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos somente possui a competência para decidir pretensões contra os Estados por

supostas violações de direitos humanos quando esgotados todos os meios de proteção nacionais possíveis.

Assim, observa-se que o sistema regional interamericano de proteção de direitos humanos protege a liberdade de expressão, vista como um direito humano fundamental de todos os indivíduos, mas a restringe em alguns casos, em especial quando envolver o discurso que incite a discriminação contra grupos minoritários.

#### 4. DISCURSO DE ÓDIO E TUTELA JURÍDICANACIONAL

Além destes diplomas internacionais e regionais, a liberdade de expressão vem sendo consagrada como direito constitucional fundamental em diversas Constituições dos Estados Democráticos. Neste momento, analisaremos algumas disposições internas de ordenamentos jurídicos comparados escolhidos.

A Alemanha também se reveste em Estado Democrático de Direito. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu artigo 2º, garante os direitos de liberdade, asseverando que os mesmos devem ser exercidos em consonância com a ordem constitucional e a lei moral.

O texto constitucional alemão tutela a liberdade de expressão e a possibilidade de sua restrição. O artigo 5º da Lei Fundamental da Alemanha assegura a liberdade de opinião, de arte e ciência<sup>10</sup>. Nota-se que o inciso (2) deste dispositivo determina que a liberdade de expressão não consiste em um direito absoluto, podendo ser restringido por limites impostos em normas gerais e em regulamentos legais, tendo em vista a proteção da juventude e da honra pessoal.

O ordenamento jurídico alemão em um único dispositivo constitucional protege a liberdade de expressão, mas também prevê a possibilidade da sua restrição e veda a censura, valendo-se da técnica específica para a restrição deste direito fundamental. Além disto, o texto constitucional alemão determina, em seu artigo 18, a possibilidade da perda dos direitos fundamentais dos indivíduos que, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusarem da liberdade de expressar a opinião.

---

<sup>1010</sup> Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência]

(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fi2) Estes à Constituição.

Além do texto constitucional alemão, o posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão também se coaduna com a tese da restrição da liberdade de expressão que veicule o discurso de ódio. Uma decisão emblemática deste órgão consiste no caso *Luth vs. Urteil*, julgado em janeiro de 1958, que envolvia a liberdade de expressão, discurso de ódio e o direito à honra, tendo sido resolvido através da aplicação da técnica de ponderação.

Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, na semana da abertura da Semana Alemã de Cinema, iniciou uma campanha para boicotar o filme do diretor Harlan, em razão de supostas cumplicidades deste com os nazistas e do caráter antissemita do filme. Em razão dos danos que seriam causados à Harlan, este ingressou com ação judicial pleiteando a parada imediata do movimento, o que foi deferido pelo tribunal de primeira instância [MARMELSTEIN, 2008.].

Em sede de recurso, o Tribunal Constitucional Alemão reformou a decisão, por entender que a manifestação de Lüth estaria protegida pela liberdade de expressão, levando em conta o contexto político, social e cultural em torno do temor de que as manifestações nazistas voltassem a ter força na Alemanha ou que a exibição do filme pudesse demonstrar ao mundo que não houve, mesmo após o Holocausto, uma transformação no pensamento alemão [MEYER-PFLUG, 2009, pp. 176-177.]. Assim, entendeu-se que, através da ponderação, a liberdade de expressão teria primazia, no caso concreto, face ao interesse econômico.

Assim, no caso paradigmático *Luth v. Urteil*, o Tribunal Constitucional Alemão firmou posicionamento no sentido de proibir e criminalizar os discursos que envolvam o incitamento ao ódio. Percebe-se que esta restrição a estes discursos raivosos, em razão do temor do ressurgimento do neonazismo dentro do Estado Alemão.

Em sentido diametralmente contrário, o ordenamento jurídico constitucional norte-americano tutela a liberdade de expressão de uma forma ampla, não contendo nem cláusulas específicas nem genéricas de restrição.

A Constituição dos Estados Unidos da América é considerada o primeiro texto legal do constitucionalismo moderno. Promulgada em 17 de setembro de 1787, após o rompimento com a Coroa Britânica<sup>11</sup>, possui determinações abertas e texto enxuto, o que vem

---

<sup>11</sup> O movimento constitucional norte-americano iniciou-se com os conflitos entre as 13 colônias e à Coroa britânica, tais como o *Stamp Act* de 1765 e *Boston Tea Party* de 1773, que culminaram na ruptura com o governo monárquico e na independência das colônias americanas. O *Stamp Act*, de 1765, consistiu na instituição do imposto de selo sobre jornais e documentos em geral pela Coroa britânica às 13 colônias. Esta imposição gerou forte revolta populacionais, sob o protesto de que os impostos deveriam ser lançados pelo parlamento norte-americano e não inglês, consagrando o princípio do “no taxation without representation”. O *Tea Act*, promulgado pela Coroa britânica, permitia que a Companhia das Índias Ocidentais distribísse seu estoque de chá no mercado norte-americano, ocasionando prejuízos ao comércio local. De forma a demonstrar a revolta com esta lei, americanos revolveram atirar os chás desta companhia na baía de Boston.

possibilitando a sua adaptação às novas gerações, estando vigente até os dias atuais. No entanto, originariamente, a Constituição Americana não possuía em seu corpo, uma declaração de direitos fundamentais, por estar mais preocupada com a limitação do poder político e a organização do Estado Federal. A necessidade de reunir os direitos fundamentais em uma declaração no texto constitucional começou a ser debatida no momento da sua ratificação pelos Estados.

Assim, em 1791, foram incluídas dez emendas à Lei Suprema, conhecida como o *Bill Of Rights*. A Primeira Emenda norte-americana consagra os direitos de liberdade, entre eles o de religião, manifestação, imprensa, reunião e petição.

Ao realizar uma leitura da Primeira Emenda, percebe-se que a Constituição Americana concede grande primazia à liberdade de expressão, não mencionando a possibilidade de limitação deste direito, que é a máxima dentro do seu sistema jurídico. A Primeira Emenda visa fundamentalmente proteger a autonomia privada e a manifestação de pensamentos sem interferências externas [BINENBOJM, PEREIRA NETO, 2005, p. 03], privilegiando a teoria libertária da liberdade de expressão<sup>12</sup>.

De acordo com Ronald Dworkin [2006, p. 322], “*a principal tarefa da Primeira Emenda é a proteção da expressão política, e que qualquer proteção que essa emenda ofereça para outros tipos de discurso é derivada desta função principal*”.

No entanto, a Constituição Americana foi além da proteção da denominada liberdade *instrumental*, entendida como recurso garantidor do regime democrático e da liberdade política, para proteger também os discursos contrários à democracia [MEYER-PFLUG, 2009, pp. 132-133].

Quando instituída, a Primeira Emenda destinava-se apenas ao Congresso, não se aplicando aos Estados e nem as relações entre particulares. Com o desenrolar do tempo, os Estados norte-americanos passaram a incluir essa proteção em suas constituições estaduais e os particulares passaram, espontaneamente, a obedecer aos seus ditames.

Assim, em razão da brevidade e das cláusulas gerais e abertas da Constituição Americana, a Suprema Corte recebeu um papel fundamental na interpretação e definição das instituições e valores da sociedade norte-americana, assegurando em seus julgados a garantia da liberdade de expressão [BARROSO, 2009, p. 20-21].

---

<sup>12</sup> A teoria libertária centra-se na figura do autor da mensagem, do sujeito que realizou a atividade expressiva de ideias, pregando que a garantia da liberdade de expressão visa proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas, pugnando pelo cunho exclusivamente defensivo da liberdade de expressão [BINENBOJM, PEREIRA NETO, 2005, p. 06]

No entanto, apesar do reconhecimento da garantia ampla da liberdade de expressão nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem reconhecido certos limites à sua utilização, especialmente quando esta conflitar com outros direitos constitucionalmente assegurados. No que tange o discurso de ódio, hodiernamente, a Suprema Corte Norte-Americana apenas o restringe quando este configurar um crime contra a honra, conter obscenidade ou palavras que ensejem uma violência real e iminente.

Assim, nota-se que a Primeira Emenda traduz uma cláusula de garantia ampla da liberdade de expressão, que foi inaugurada como valor máximo dentro do sistema norte-americano. Assim, a liberdade de expressão somente pode ser restringida se houver dano real e iminente no discurso proferido. A liberdade de se manifestar, portanto, deve ser protegida mesmo nos discursos do ódio [KNECHTLE, 2008, pp. 03-04; WEBB, 2010-2011, pp. 445], sendo vedada, apenas, quando acarretar na ocorrência de ações concretas, reais e iminentes.

Assim, nota-se que a Suprema Corte Norte-Americana construiu sua jurisprudência acerca do discurso de ódio em alguns julgados paradigmáticos, como é o caso de *Brandenburg vs. Ohio*, *National Socialist Party vs. Skokie* e *R.A.V vs. City of St. Paul*.

No caso *Brandenburg vs. Ohio*<sup>13</sup>, a Suprema Corte norte-americana protegeu o direito de expressão de um cidadão em um comício da Ku Klux Klan, em Ohio, que discriminava a população negra. Adotou-se o critério do *perigo iminente e manifesto*, entendendo-se que a manifestação era um caso isolado, não sendo capaz de ensejar um perigo real que justificasse a restrição desta liberdade.

Assim, entendeu-se que o Estado não poderia censurar as pessoas que se manifestavam a favor da violência, desde que esta exposição de pensamento não acarretasse em uma ação concreta. No caso, preponderou o princípio da neutralidade do Estado em face do conteúdo do discurso, em razão de não se visualizar a situação de perigo [MEYER-PFLUG, 2009, pp. 141-142.].

Em *National Socialist Party vs. Skokie*<sup>14</sup>, a Suprema Corte entendeu pela possibilidade da realização de uma marcha de neonazistas, vestidos com uniforme da SS em um subúrbio de Chicago onde habitavam primordialmente sobreviventes do Holocausto.

A decisão judicial de primeira instância, que proibiu a realização da marcha em virtude da finalidade de incitar a violência, foi reformada pela Suprema Corte, por entender que os sentimentos dos sobreviventes do Holocausto não eram suficientes para restringir a liberdade de expressão e a ocorrência da marcha.

---

<sup>13</sup> 410 U.S 444 de 1969.

<sup>14</sup> 432 U.S. 43 de 1977.

No mesmo passo do que ocorrido em *Brandenburg vs. Ohio*, a Suprema Corte norte-americana adotou o princípio da “*neutralidade de conteúdo*” [MEYER-PFLUG, 2009, p. 143], ou seja, o Estado não poderia controlar a escolha dos pontos de vistas contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate.

O julgado *R.A.V vs. City of St. Paul*<sup>15</sup> consiste no caso de alguns adolescentes que queimaram cruzeiros no jardim da residência de uma família negra. Neste caso, a Suprema Corte reformou a ordenação da cidade de St. Paul referente ao discurso de ódio, que tipificava como contravenção a exposição, pública ou privada, de símbolos e objetos, entre eles as cruzeiros em chamas da Ku Klux Klan e da suástica nazista, que pudessem gerar raiva ou ressentimento de outras pessoas com base em critérios discriminatórios<sup>16</sup>.

De acordo com a Suprema Corte, a ordenação de St. Paul não respeitava o princípio da neutralidade do conteúdo, sendo parcial, na medida em que proibia o discurso de incitação à luta dos racistas ou sexistas, mas não proibia o discurso de incitação à luta contra o racismo ou sexismo, privilegiando os tolerantes em prol dos intolerantes.

Pelos julgados expostos, verifica-se que o direito norte-americano contempla a proteção da liberdade de expressão mesmo nos casos em que veicule o discurso de ódio, desde que este não configure crime contra a honra ou palavras que possam provocar um perigo claro, atual e iminente.

O sistema norte-americano, através de jurisprudência da Suprema Corte, concede uma primazia à liberdade de expressão com relação a outros direitos fundamentais. A solução dada pelo sistema americano consiste em tutelar o discurso de ódio, para que possa haver mais discurso e que as partes atingidas pelo discurso possam, através de um debate público e aberto, desconstruir esta ideia. No entanto, Owen M. Fiss já demonstrou a inconveniência desta postura, na medida em que os discursos veiculadores do ódio acarretam em um efeito silenciador das minorias [FISS, Owen M., 2005].

Observa-se, portanto, que em sentido radicalmente contrário do ordenamento jurídico alemão, os Estados Unidos destinam grande primazia à liberdade de expressão, sem prever a possibilidade de restrição deste direito fundamental. Por outro lado, apesar da Suprema Corte reconhecer a possibilidade da restrição da liberdade de expressão em algumas hipóteses, observa-se que somente em pouquíssimos casos este direito fundamental tem sido limitado.

Por fim, cabe observar o ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Formal, escrita, dogmática, social, rígida, dirigente, principiológica, analítica, eclética, normativa,

---

<sup>15</sup> Suprema Corte Americana. 505 US 377, de 1992.

<sup>16</sup> BRASIL, HC 82.424/RS, 17/09/2003, STF, Voto Vista Min. Marco Aurélio, p. 49-50.

originária, plástica e expansiva, a Constituição de 1988 redemocratizou o país, após mais de vinte anos de regime ditatorial.

Preocupada com a redemocratização do Brasil e com a garantia dos direitos fundamentais, menosprezados e massacrados no regime anterior, a Constituição da República Federativa do Brasil instituiu um amplo e completo catálogo de direitos e garantias individuais, assegurando a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sobre a liberdade de expressão, a Constituição de 1988 assegura a sua manifestação nos mais diversos sentidos, vedando a censura, assim como o faz os ordenamentos jurídicos constitucionais europeus acima observados.

Segundo expõe Binenbojm [2005, p. 12]:

É interessante notar que o constituinte brasileiro, a par de preocupar-se em banir a censura oficial, atentou também para a necessidade de evitar a censura imposta pelos próprios meios de comunicação, seja ela decorrente de motivações econômicas, políticas ou simplesmente pessoais. Daí se perceber um tratamento dispensado às liberdades de expressão e de imprensa que procura compatibilizar tanto seu aspecto defensivo (liberdade de) como seu aspecto protetivo (liberdade para).

O texto constitucional brasileiro, em seu artigo 220, determina que não haverá restrição à liberdade de expressão. No entanto, por uma leitura sistemática do texto constitucional, em especial de alguns dos incisos do artigo 5º, percebe-se que este direito fundamental poderá ser limitado em determinadas situações.

O artigo 5º do texto constitucional brasileiro, assegurado como cláusula pétrea<sup>17</sup>, tutela e garante os direitos fundamentais, tão deturpados no regime ditatorial anterior. Em seus incisos IV, V, X, XIII e XIV, a Constituição da República Federativa do Brasil assegurou a liberdade de expressão e os outros direitos de liberdade conexos.

Apesar da garantia da liberdade de expressão, o constituinte brasileiro concedeu o mesmo patamar de relevância a outros direitos e garantias fundamentais, de modo que a sua utilização deve ser realizada com concordância prática destes outros direitos [BINENBOJM, 2005 p. 13].

Assim, no Brasil, somente poderão ocorrer restrições à liberdade de expressão quando estiverem previstas pela própria Carta Maior e pelas leis ordinárias criadas para este fim com o permissivo constitucional.

---

<sup>17</sup> Art. 60 [...]§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

O texto constitucional brasileiro elenca como fundamento a dignidade da pessoa humana, como um de seus objetivos a vedação à discriminação de qualquer espécie e como um dos princípios regentes das relações internacionais o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Desta forma, discursos que contenham conteúdo discriminatório e racista podem ser limitados em razão da observância dos ditames constitucionais.

É forçoso reconhecer, como já mencionado, a necessidade da ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos e princípios fundamentais. Conforme jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>, não há nenhum princípio constitucional que seja absoluto, estando, todos eles, sujeitos à ponderação. Tendo em vista a teoria formulada por Robert Alexy, todo princípio possui um núcleo essencial, que não pode ser descumprido, sob pena de desconfigurá-lo. Esta área nuclear é denominada *reserva de ponderação*, a qual, após o teste de proporcionalidade ou de razoabilidade, não pode ser abolido nem restringido.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar no caso Ellwanger sobre a restrição da liberdade de expressão veiculadora do discurso de ódio. O HC 82.424-2/RS, impetrado pelo paciente Ellwanger Siegfried, foi conhecido e denegado pelo Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria foi realizada pelo Ministro Moreira Alves, confirmando a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão da prática de comercialização de livros racistas, antissemitas, com apologia a ideias discriminatórias e de incitação de ódio ao povo judeu.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a obra de autoria de Siegfried Ellwanger possuía um cunho nitidamente racista. Para este Tribunal, o racismo consiste em um conceito social, político e histórico, com base na discriminação e hostilização de certas pessoas ou grupos, dentre eles os judeus.

Assim, firmou-se o entendimento de que não existe a divisão humana em raças em razão de fatores biológicos e que a divisão dos seres humanos em raças constitui um conteúdo meramente político-social. Em razão do racismo ser considerado crime imprescritível no ordenamento jurídico brasileiro, a concessão da ordem de *habeas corpus* foi denegada.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a edição e publicação de normas escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista na Segunda Guerra Mundial, que negam e subvertem os fatos

---

<sup>18</sup> Ver HC 82.424/RS.

históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação à discriminação racial<sup>19</sup>.

Acerca da liberdade de expressão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que esta garantia constitucional não é absoluta, possuindo limites morais e jurídicos, de forma que não se pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que impliquem em ilicitude penal. O texto constitucional, ao garantir a liberdade de expressão, não prevê a tutela do direito à incitação ao racismo. Através da técnica de ponderação, deve haver prevalência da igualdade jurídica e da dignidade da pessoa humana em prol dos discursos incitadores do ódio.

Nestes termos, a aplicação da liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio deve respeitar o núcleo central dos demais princípios constitucionais e direitos fundamentais estampados na Lei Maior, assim como todo o ordenamento jurídico deve respeitar o núcleo central da liberdade de expressão, sob pena de desconfigurá-la.

Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro, se aproximando mais do ordenamento jurídico alemão do que americano, vem se posicionando no sentido de restringir a liberdade de expressão quando envolver discurso de ódio, valendo-se da aplicação do princípio da proporcionalidade e concedendo primazia a igualdade e a dignidade das minorias que são atacadas por este discurso opressor.

## 5. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão consiste em um direito fundamental e basilar no seio dos Estados Democráticos de Direito. Mas assim como todos os direitos humanos, a liberdade de expressão não é ilimitada, devendo ser harmonizada com outros preceitos fundamentais de mesma hierarquia e horizontalidade.

Nesta seara, destaque-se a importância da análise do discurso de ódio. O *hate speech* consiste em uma modalidade discursiva, de espectro negativo, que tem por escopo exteriorizar a raiva, incitar a violência, encorajar a discriminação e perpetuar a opressão de um indivíduo ou grupo de indivíduos em razão de seu pertencimento a um determinado grupo social minoritário. Em razão dos seus efeitos negativos, de perpetuação da desigualdade e do silenciamento de grupos historicamente oprimidos, o discurso de ódio vem despertando adeptos e críticos ferrenhos.

Em razão dos posicionamentos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais divergentes nesta temática, o presente trabalho teve por escopo analisar o tratamento do

---

<sup>19</sup> Ementa do HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 17/09/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

discurso de ódio no Direito Comparado, confrontando os resultados obtidos, após análise, sistematizada, dos pontos semelhantes e divergentes exteriorizados após o estudo das variáveis escolhidas.

O presente trabalho realizou a confrontação dos ordenamentos jurídicos alemão, brasileiro e estadunidense, através de três variáveis. A Alemanha e os Estados Unidos foram escolhidos, em razão do posicionamento destoante que ambos destinam ao tratamento do discurso de ódio. Por outro lado, como país latino-americano escolhido para a comparação foi eleito o Brasil, por ser o país no qual o presente estudo está sendo realizado e por ser o ambiente no qual se espera contribuir com mudanças significativas na promoção da igualdade social.

A primeira variável consistiu na análise do tratamento do discurso de ódio pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Observou-se que todos os países em análise são Estados-Membros da Organização das Nações Unidas, fazendo parte dos mecanismos extraconvencionais e convencionais do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Constatou-se também que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 tutelam a liberdade de expressão, mas trazem a possibilidade de sua restrição quando esta colidir com outros direitos fundamentais de igual valor.

A segunda variável escolhida consistiu na análise do tratamento do discurso de ódio pelos sistemas regionais. Sabe-se que existem três sistemas regionais de proteção de direitos humanos no mundo: o sistema europeu, o sistema interamericano e o sistema africano. Apenas os dois primeiros foram analisados, pois nenhum dos países escolhidos fazem parte do terceiro, o que tornou metodologicamente desnecessária a sua análise.

Com relação ao sistema regional europeu, observou-se que a Alemanha ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1960 e está sujeita à jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Constatou-se, também, que a Convenção Europeia possui uma cláusula de limitação da liberdade de expressão, que vem sido aplicada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos de forma sistemática quando envolve o discurso de ódio, conforme foi observado no caso *Vogt vs. Alemanha*.

Com relação ao sistema regional interamericano, instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), analisou-se que o Brasil ratificou a Convenção e também aceitou expressamente a jurisdição da Corte Interamericana. Os Estados Unidos, por outro lado,

apesar de ser Estado membro da OEA, não faz parte do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, pois não ratificou a CADH.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, tutela a liberdade de expressão, consagrando a possibilidade de sua limitação quando envolver discursos raivosos e incitadores da desigualdade.

A terceira variável analisada consiste na confrontação dos textos constitucionais dos ordenamentos jurídicos selecionados, bem como a interpretação de seus ditames pelos órgãos jurisdicionais supremos responsáveis pela guarda da Constituição.

Assim, através da técnica da comparação, observou-se que a Alemanha possui um entendimento mais restrito da liberdade de expressão do que aquele realizado pelos Estados- Unidos. O Tribunal Constitucional Alemão já se posicionou, em alguns julgados, acerca do alcance da liberdade de expressão e dos casos em que sua restrição seria necessária.

Além disto, o texto constitucional brasileiro se aproxima mais do posicionamento exarado pelo ordenamento jurídico alemão do que o estadunidense, em que pese ser mais flexível em sua análise. Nesse sentido, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de restringir a liberdade de expressão quando esta veicular discursos de ódio.

Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro, à similaridade do que vem ocorrendo no ordenamento jurídico europeu comparado, vem se posicionando no sentido de restringir a liberdade de expressão quando envolver discurso de ódio, valendo-se da aplicação do princípio da proporcionalidade e concedendo primazia a igualdade e a dignidade das minorias que são atacadas por este discurso de viés discriminatório e opressivo.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, ROBERT; RIVERS, JULIAN. **A Teory of Constitutional Rights**, Oxford University Press, 2010

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. São Paulo: Saraiva, 2009

BINENBOJM, Gustavo e PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

CANOTILHO, JOAQUIM JOSÉ GOMES; MOREIRA, VITAL. **Constituição da República Portuguesa – Anotada**, Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012

CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Disponível em: [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) Acesso em 30 ago. 2016

CRAM, IAN. **Contested Words: Legal Restrictions on Freedom of Speech in Liberal Democracies**. Ashgate Publishing Ltda., 2006.

DELMAS-MARTY, Meirelle. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

KNECHTLE, JOHN C. **Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union**. *Florida State University Law Review*, 2008.

MACHADO, JONÁTAS E. M. **Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas Equiparadas**. *Separata de Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 85, Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional Público: do paradigma clássico ao pós 11 de Setembro**. Coimbra, 2012.

MAER, Lucinda; GAY, Oonagh. *The Bill Of Rights 1689*. 2009

MARMELSTEIN, GEORGE. **50 anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. 2008.

MEDEIROS, Orione Dantas de. **Direito Constitucional Comparado – Breves Aspectos Epistemológicos**. *Revista do Senado*: Brasília, a 47, n 188 out/dez 2010

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

MILTON, John. *Areopagítica – Discurso sobre a Liberdade de Expressão*. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

MIRANDA, JORGE MIRANDA; MEDEIROS, RUI. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

MOREIRA, VITAL. Introdução aos Direitos Humanos. Aula lecionada no Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos. Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 21 de janeiro de 2012. CD-ROM.

NOVAIS, JORGE REIS. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

- PETERKE, Sven. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: ESMPU, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. Editora Saraiva, 2014
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Editora Saraiva, 2016.
- RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva Ribeiro; COSTA, Rodrigo de Souza. **Discurso de Ódio no Brasil: uma análise do HC 84.424/RS e seus reflexos**. In *Direitos Fundamentais I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. **Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado**. *Direito, Estado e Sociedade*: Rio de Janeiro, n. 14, o. 89-104, jan/ju1 1999.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- WEBB, THOMAS J. **Verbal Poison – Criminalizing Hate Speech: A Comparative Analysis and Proposal for the American System**. *Washburn Law Journal*, Vol. 50, 2010-2011.