XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

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

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Irineu Francisco Barreto Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-852-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVIII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI foi realizado no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), na cidade de Belém – Pará, entre os dias 13 a 15 de novembro e elegeu o relevante tema "Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI" como eixo norteador dos seus trabalhos. Como de costume o evento propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho foi coordenado por Prof. Dr Ilton Garcia Da Costa, da Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP) e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP).

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Temas clássicos pautados na proteção de valores liberais, como a proteção da privacidade e da liberdade, permearam o grupo de trabalho juntamente com artigos voltados à Seguridade Social, direito à Saúde, Educação e, em consonância com o espírito do tempo, pesquisas que equiparam o direito ao Meio Ambiente aos direitos fundamentais.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolvem a constitucionalização dos direitos e as teorias de ponderação entre princípios e normas fundamentais. Essa abordagem, simultaneamente, expande o escopo dos direitos humanos e admite a presença de desafios à sociedade brasileira, especialmente voltados a oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e efervescência política e social.

Os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecer o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa. Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP).

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO É ABSOLUTO? UMA ANÁLISE DO DISCURSO DE ÓDIO SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS LIBERAIS

IS THE RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION ABSOLUTE? AN ESSAY OF THE HATE SPEECH UNDER THE PERSPECTIVE OF LIBERAL THEORIES

Fadia Yasmin Costa Mauro

Resumo

O artigo objetivo analisar o embate entre o direito à liberdade de expressão frente ao discurso de ódio sob o viés das teorias liberais e sua possível limitação quando este representar falas discriminatórias em relação a um determinado grupo por seus aspectos subjetivos (hate speech). Para tanto, discorrer-se-á acerca da liberdade, o discurso de ódio e análise do leading case julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, por fim, um debate dentre as teorias liberais de Mill, Dworkin e Rawls, para fundamentar a limitação à liberdade de expressão. Para tanto, a metodologia adotada é de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Discurso de ódio, Dignidade da pessoa humana, Liberalismo, Teorias de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

This essay aims to analyze the discussion between the right to freedom of expression in face of hate speech under the veil of liberal theories and its possible limitation when it represents discriminatory speech in relation to a certain group by its subjective aspects (hate speech). To this end, it will be discussed about freedom, the hate speech and analysis of the leading case judged by the Supreme Court in 2003, finally, a debate between the liberal theories of Mill, Dworkin and Rawls, to substantiate the limitation to freedom of expression. Therefore, the methodology adopted is bibliographic and jurisprudential research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Hate speech, Dignity of human person, Liberalism, Theories of justice

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o direito à liberdade de expressão enquanto garantia fundamental paulatinamente foi sofrendo uma metamorfose ética e filosófica, desde um direito de expressar-se sem sofrer punições, até a conquista da não-ingerência do Estado pelas Revoluções Liberais, e ainda, posteriormente o direito de prestação deste, com os apelos sociais, garantindo a liberdade de expressão como direito político indissociável da vida humana, bem como meio de efetivar a igualdade material.

No contexto brasileiro, a liberdade de expressão é um direito de extrema sensibilidade, suprimido durante a ditadura militar, no intervalo de 1964 a 1985, findo o qual, foi fortemente pregado e defendido pela Constituição de 1988 como Direito Fundamental, no art. 5º, e seus incisos IV e IX, pregando-se a liberdade de pensamento, comunicação, intelectual e outras, não passível de cerceamento, em tese.

Nesse contexto, entretanto, em contramão ao dito, surgem questões atinentes ao direito de livre expressão, principalmente no que concerne aos limites que este direito fundamental pode alcançar, sob pena de ferir outros direitos fundamentais, tão importantes quanto, como a privacidade, a honra, a intimidade, a igualdade e dignidade.

Sob essa perspectiva é que se encontra o que se conhece por *Hate Speech* ou Discurso de Ódio, que se apresenta na forma de discursos de intolerância, manifestações de ódio, desprezo, contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores (SARMENTO, 2009).

O discurso de ódio não é mera expressão de opinião, ou apenas insulto a um indivíduo ou a grupos em razão de um aspecto étnico ou racial; é uma manifestação que ofende a dignidade desse grupo, levando-se em conta aspectos históricos, políticos, que podem gerar incitação de ódio, violência e desrespeito.

Assim, este trabalho se propõe a responder alguns questionamentos: ante a importância de um direito como a liberdade de expressão tão necessário à democracia e exercício da individualidade, é possível existir tolerância ao discurso de ódio? A liberdade de expressão é um direito absoluto? Ou esta pode ser limitada ante outros direitos, incluindo-se o respeito à dignidade da pessoa humana?

Tal temática é controversa, conduz para além da simples interpretação do texto constitucional, acrescendo impreterivelmente, o manejo de diversos outros valores extremamente importantes em uma sociedade democrática e liberal, como igualdade,

privacidade e tolerância, bem como a análise de fundamentos éticos e morais que devem permear o convívio entre iguais.

Este estudo buscará demonstrar a liberdade de expressão enquanto direito indissociável a ser dado a todo cidadão, a partir de teorias de justiça liberais existentes, em primeiro lugar, no pensamento de John Stuart Mill, em "Sobre a Liberdade" , que prega que a interferência do Estado ou de qualquer outro indivíduo sobre condutas alheias é ilegítima, apoiando a existência da liberdade de opinião, sendo somente dano aquilo que afeta sensivelmente a esfera do outro, ou seja, não há dano quando a conduta diz respeito a si mesmo. (MILL, 2006). Bem como em Dworkin e a sua ideia de liberdade de expressão.

Em contrapartida, Rawls e o liberalismo de princípios que se opõe ao utilitarismo e à defesa de justiça como sendo o bem-estar da maioria, ou seja, aquilo que se maximiza e contempla a maior parte dos indivíduos.

A Justiça como Equidade, teoria criada por Rawls, é uma teoria que prioriza o justo sobre o bem (RAWLS, 2016), isso porque não há um sobrepujamento de um indivíduo em detrimento de outro, e que não acredita em desigualdades que imponham perdas aos outros, principalmente, àqueles menos favorecidos (BRITO FILHO, 2016).

Essa tese se apoia na questão da posição original para definir princípios capazes de reger as instituições políticas e sociais de maneira justa, denominadas "Regras de Prioridade". O primeiro deles, particularmente, interessa ao presente artigo, e preleciona a igualdade entre as liberdades, liberdades tais que só poderiam ser restringidas a partir de outras liberdades (RAWLS, 2016).

É possível, portanto, limitar o direito à liberdade de expressão quando esta for usada para ser porta voz de um discurso de ódio, um discurso inferiorizante? Que mitigue outras liberdades? Acredita-se que sim, sendo essa a hipótese do presente trabalho.

O objetivo central deste estudo, portanto, é debruçar-se nas teorias liberais apresentadas, para assim, examinar as possíveis limitações ao direito de liberdade de expressão, ante a necessidade de proteção de grupos em relação a manifestações de ódio e intolerância, os discursos de ódio, e analisar se estes podem infligir um dano considerável a ponto de limitar um direito tão essencial a todos os indivíduos.

Para tanto, suscitar-se-á também importante decisão do Supremo Tribunal Federal, tida como "*leading case*" sobre a temática, o conhecido caso Siegfried Ellwanger, *Habeas Corpus* 82.424-2, em 2003, no qual decidiu-se que a liberdade de expressão não poderia abarcar e proteger manifestações de cunho antissemita, na qual aplicou-se analogicamente o tipo penal de racismo, inafiançável no Brasil. Tal decisão é alvo de intensos debates até os dias atuais por

se tratar de importante matéria em direitos humanos, mas também pelas correntes de proteção constitucional da liberdade de expressão, mesmo nos casos de discurso de ódio. (SARMENTO, 2009).

Assim, esse estudo se justifica pela importância de debater o discurso de ódio como um possível limitador da liberdade de expressão, sendo necessário extremo acautelamento para defender essa limitação a partir de certos conteúdos de opiniões, que podem a ser extremamente degradantes, passiveis de criar conflitos armados e disseminar preconceitos históricos e contemporâneos.

Sabe-se que é necessário proteger o direito à liberdade de expressão, direito que é vital para uma sociedade democrática, mas para realização individual dos seres humanos enquanto livres, porém, tal liberdade existe para proteger opiniões da maioria, mas também de grupos minoritários ou vulneráveis que podem ser agredidos a partir desta.

Em relação ao aspecto metodológico, o presente estudo é teórico e jurisprudencial, sustentando-se em um arcabouço doutrinário acerca do tema, perpassando por Mill em "Sobre a Liberdade" e também "Uma Teoria da Justiça", de Rawls contrapondo-se estes para tentar justificar a possibilidade da limitação da liberdade de expressão em relação ao discurso de ódio, trazendo-se também um breve estudo do caso Ellwanger, julgado pelo STF para ilustrar a defesa dos argumentos suscitados.

Para responder coerentemente à questão da limitação do direito à liberdade de expressão em relação ao discurso de ódio será necessário discorrer sobre o direito a esta liberdade, a partir de uma perspectiva filosófico-política, sobre a natureza do *hate speech* e como esse se comportou no Caso Ellwanger, na Corte brasileira, e por fim, analisar a partir das teorias eleitas, principalmente, em Rawls, sobre a limitação da expressão ante a outras liberdades.

1 A LIBERDADE E A EXPRESSÃO DA OPINIÃO

O que é ser livre? Começa-se com tal questionamento, pois há o senso comum de que liberdade seria fazer tudo aquilo que nós, enquanto indivíduos, dotados de razão queremos fazer, ou segundo nossas faculdades físicas e psíquicas possamos executar, ou até mesmo a ausência de obstáculos externos para realização de nossas vontades.

Kant apresenta um raciocínio diverso e mais limitado, ao dizer que quando realizamos aquilo que nos traz prazer ou efetivamos nossas vontades não estamos de fato agindo

livremente, e sim, sendo escravos de nossas sensações, de nossas necessidades. (SANDEL, 2011).

O homem, de acordo com Kant (2007, p. 68), assim como os demais seres racionais, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário de determinada vontade. Ao contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.

A liberdade Kantiana está relacionada à noção de imperativo categórico, ou seja, uma maneira de agir independente da circunstância, no sentido de que não se relaciona com seus objetivos ou frutos, mas sim a partir da origem, da ideia moral de que partiu. Desta feita, Kant acredita que ser livre é possuir um agir universal, hábil a determinar o que se poderia constituir como lei universal, ou seja, sem que desta se gerassem dissonâncias em momentos distintos, com especificações distintas.

Ainda, afirma que é preciso conceber as pessoas como um fim em si mesmo e não como meios de instrumentalização de algo e isto lhe difere das coisas, não dotadas de racionalidade. Contemporaneamente falando, significa não objetificar por critérios de gênero, classe social, entre outros. Sendo seres racionais, os humanos são dotados de dignidade e devem ser tratados com igual respeito.

Utilizamos esta problematização de Kant para buscar o que Dworkin chama de princípio kantiano. Em verdade, Dworkin apresenta uma noção de liberdade a partir de seus dois princípios da dignidade, segundo os quais, primeiro devemos ver o sucesso das nossas vidas como objetivos importantes (esse seria o princípio de Kant: a forma mais correta de respeito próprio implica no respeito paralelo à vida de todos) e o segundo princípio seria da autenticidade, que concede responsabilidade pela própria vida, ou seja, a liberdade de decidir por si, sem a interferência externa, sem coercitividade estatal. (DWORKIN, 2014).

A liberdade positiva postula a correta participação individual dentro de uma concepção de autogoverno, enquanto a negativa pressupõe a responsabilidade individual ante as escolhas que não digam respeito à coletividade, diz respeito à autonomia individual dentro de uma comunidade política e que não pode ser restrita se não lhe causar danos ou lhe implicar mitigação de sua dignidade, “negando-lhe a igual consideração ou algum traço essencial da sua responsabilidade pela própria vida” (DWORKIN, 2014, p. 561). É neste diapasão que se inclui a liberdade de pensamento, de opinião, de consciência.

Duas, são as questões trazidas por Dworkin a serem respondidas – ambas partindo do mesmo pressuposto: que o governo – ao menos no que tange a relação de seres humanos sobre seres humanos – é inevitavelmente coercitivo.

Assim, questiona-se: a) quem deve impor essa coerção a um indivíduo e a quem mais esta deve ser imposta? b) qual o grau da coerção? (DWORKIN, 2014, p. 558)

> Uma teoria prega a liberdade positiva quando, em resposta a primeira pergunta, insiste em que cada qual tenha permissão para desempenhar um papel no governo coercitivo de si mesmo: em que o governo seja, num sentido ou em outro, autogoverno. Uma teoria preconiza a liberdade negativa quando, em resposta à segunda pergunta, insiste em que cada qual esteja livre do governo coercitivo sobre uma quantidade substancial de suas decisões e atividades.

Desta feita, quando se pensa em liberdade positiva, quer-se postular a correta participação individual dentro de uma concepção de autogoverno. Já a negativa pressupõe a responsabilidade individual ante as escolhas que não digam respeito à coletividade.

A liberdade negativa diz respeito à autonomia do indivíduo dentro de uma comunidade política, e que não pode ser restrita sem que lhe cause danos, ou mais grave ainda, sem que implique em mitigação de sua dignidade, segundo Dworkin (2014, p. 561), "negando-lhe a igual consideração ou algum traço essencial da sua responsabilidade pela própria vida". É a liberdade que pode ser entendida aqui, como a liberdade de pensamento, de opinião, de consciência.

Mill aborda os dois aspectos da liberdade, tanto a negativa quanto positiva, para justificar que os seres humanos são livres para fazer o que quiserem, e para expressar suas opiniões, a partir unicamente de suas vontades. (MILL, 2006).

Assim, parte de uma ideia de contingência ou liberdade com heteronomia, no sentido de que se é livre a partir de desejos e apetites, o que é refutado por Kant. O ser humano em Mill é um ser exótico, excêntrico, não quer o ser Kantiano, altamente centrado e consciente do próprio dever, que age levando em conta o que é bom para si e para todos e considerando as pessoas como fins em si mesmas, para Mill o importante é a individualidade.

A partir dessa abordagem, e entrando na esfera da liberdade de expressão, este é um direito fundamental, imprescindível para realização da dignidade; é um direito da personalidade que necessita de proteção contra ingerência externa e de autonomia para sua realização.

Nesse sentido, são intrinsecamente relacionadas a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento, visto que não há como conceder uma sem a outra; é preciso ter o direito de pensar e expressar as opiniões, crenças e dogmas que os indivíduos desenvolvem a partir de uma racionalidade. De acordo com Rawls (2016, p. 248):

> Se, por exemplo, analisarmos a liberdade de consciência conforme definida pela lei, então os indivíduos têm essa liberdade fundamental quando estão livres para concretizar seus interesses morais, filosóficos ou religiosos sem

> restrições legais que lhes exijam se comprometerem com qualquer forma específica de ato religioso ou de outra natureza, e quando os demais têm o dever jurídico de não interferir.

A partir de uma perspectiva mais ampla, portanto, não é só a permissão de fazer ou não alguma determinada coisa que é dada aos indivíduos, mas também o Estado e os concidadãos devem ter o dever de não interferência, de não obstrução.

Vai além de simples expressão política; é a noção de que o Estado não pode interferir na cultura, arte, literatura que seus integrantes ingerem, e de como estes se expressam – não podendo apresentar como única justificativa, segundo Dworkin (2014, p. 570) o fato de que certas opiniões do que se vale a pena conhecer e fruir sejam nocivas ou contagiosas.

Fato é que tal direito é de extrema relevância para a construção de qualquer sociedade politicamente bem-ordenada, democrática. Ocorre que, em que pese sua fundação basilar na dignidade e expressão da individualidade, não pode ser tido como absoluto. Há restrições que devem ser observadas, algumas já previstas constitucionalmente. Outras, ainda carentes do debate, como o discurso de ódio.

É preciso ter em mente o conjunto de liberdades individuais fundamentais como um sistema único, pois é a partir do valor de cada uma que se entende e se especificam as demais; destarte é possível perceber até que ponto uma liberdade pode existir sem ser restringida por outra, que na consideração do todo, demonstre-se como relevante no sentido de que a melhor ordenação das liberdades pende da totalidade de limitação as quais estas se sujeitam. (RAWLS, 2016, p. 249)

2 O DISCURSO DE ÓDIO E A ANÁLISE DO CASO ELLWANGER

Como já antecipado, o discurso de ódio propaga uma ideia discriminatória, com manifestações de intolerância, ódio, desprezo contra grupos na forma de discursos de intolerância, manifestações de ódio, desprezo em virtude de sua religião, etnia, raça, gênero, e outros tipos de caracteres subjetivos.

O discurso de ódio dirigido a grupos raciais ou étnicos é uma forma de fala extremamente prejudicial porque traz uma ideia de inferioridade destes implicitamente ou até mesmo explicitamente em suas mensagens, podendo ocasionar prejuízos de cunho emocional,

psicológico. Mas, não só. Incitam a violência contra as pessoas a quem são dirigidos, levando, em casos extremos, a manifestações de violência física[1] (FISHER, 2006).

Há quem entenda, por exemplo, que o direito à liberdade de expressão deve ser absoluto. Os libertários defendem tal perspectiva. Inclusive a Suprema Corte Americana só entendia a intervenção estatal como legítima quando existisse o que se considera o *Clear and Present Danger*, ou seja, um perigo claro e iminente de que uma ação concreta venha a violar outro direito fundamental.

Exemplos disso encontram-se na condenação criminal de membros do Ku Klux Klan pelo Tribunal de Ohio pela defesa pungente de ódio contra negros e judeus, entendendo pela violação da liberdade positiva destes indivíduos por compreender que seu discurso poderia chamar outros cidadãos a adotar a sua opinião política, que posteriormente foi reformada pela Suprema Corte com base nos argumentos acima delineados (DWORKIN, 2014). O que se visualiza nesse cenário é uma forte distinção entre discurso, fala e conduta propriamente dita, o que é prejudicial à proteção dos grupos vulneráveis aqui defendidos.

O discurso de ódio não é meramente um insulto, ou simples expressão de opinião que ofende a um grupo em virtude de sua raça ou etnia, é uma manifestação de ofensa à dignidade, associando as características que os diferem, ou que são essenciais à sua identidade como desqualificadoras da igualdade, da pertença a sociedade, chegando a ser uma "difamação grupal"[2] (FELDMAN, 2013).

O discurso de ódio é unívoco, e eis a deficiência de quem defende a liberdade de expressão com primazia ante a todas as demais liberdades, incluindo a honra e o sentimento de pertença a um grupo, pois não é simples opinião, não é algo que pode ser considerado verdade, que pode ser debatido, contestado ou mesmo legitimado, a fala reverbera uma mensagem de inferioridade[3] (FISHER, 2006). *Hate speech* não é uma, dentre tantas categorias do discurso, é algo que não pode ser dissociado de lutas históricas e de contextos vulnerabilizantes que envolvam os grupos que sofrem com esse tipo de mensagem.

---

[1] *Hate speech directed at racial or ethnic groups is a particularly pernicious form of speech, manifestations of which include racial epithets such as "nigger" and "kike". The underlying message of hate speech is that members of particular racial or ethnic groups are inferior. Hate speech causes emotional as well as psychological distress and, in extreme cases, incites violence against members of the racial or ethnic groups at which it is targetted.*

[2] *Hate speech is not merely an insult: "It aims to besmirch the basics of [a minority's] reputation, by associating ascriptive characteristics like ethnicity, or race, or religion with conduct or attributes that should disqualify someone from being treated as a member of society in good standing". Hate speech, in effect, diminishes an individual for belonging to a group. Partly for that reason, Waldron prefers the term "group defamation (or libel)" rather than "hate speech."*

[3] *Hate speech is unambiguous. It communicates a message of racial inferiority. Hate speech is not a category of speech, the truth of which might be legitimately contested.*

2.1 O caso Ellwanger

No Brasil, o discurso de ódio e sua problematização podem ser considerados ainda muito aquém do que se esperaria. Isso porque a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem um patamar extremamente importante no direito constitucional vigente, constituindo o rol de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, ênfase dada devido ao contexto histórico, na qual se perseguia a ultrapassagem de décadas de repressão e censura exercidos pelo Regime Militar no país, assegurando assim, um estado democrático de direito, daí a dificuldade em se mensurar qualquer tipo de limitação.

Entretanto, mesmo nesse contexto, vemos uma realidade paulatinamente mudando, em que as permissividades de discursos odiosos foram facilitadas pelas redes sociais, pelas *Fake News* e a globalização informacional como um todo.

A Constituição Federal, por sua vez, tem um propósito com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito, não sendo espectadora neutra e imparcial dos conflitos. Diversamente, ao constatar-se a diversidade histórica, social e cultural, de injustiça e desigualdade, reside a força-tarefa do Estado em agir promovendo a inclusão social, e transmutação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados.

Nessas circunstâncias, embate mais do que necessário foi o travado no considerado "*leading case*" no que tange a discurso de ódio no Supremo Tribunal Federal, que no caso Ellwanger, discutiu sobre o discurso de ódio vs. liberdade de expressão.

Siegfried Ellwanger fora acusado com base no art. 20 da Lei nº 7.716/89, que aborda os crimes de preconceito de raça ou cor, de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, religião, ou procedência nacional, conforme redação alterada pela Lei nº 8.081/90.

Ellwanger, sócio de uma editora, na qual escrevia também, editou, distribuiu e vendeu obras consideradas de caráter antissemitas de sua autoria e de outros autores. A principal delas, um texto intitulado: "Holocausto: judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século", no qual diversas passagens continham, aparentemente, incitações ao racismo e à discriminação contra judeus. (STF, HC Nº 82.424-2/RS, 2003).

Em oportunidade de defesa, Ellwanger, através de seus advogados, alegou que os judeus não constituiriam uma raça, ou seja, desta feita, não teria praticado este o crime de racismo, invalidando a alegação de imprescritibilidade, restando eventual crime que tivesse sido praticado, prescrito.

Para o bom entendimento, faz-se mister uma breve análise da obra que deu causa a tal confronto. Na obra, o autor se proclama historiador revisionista, e, para a criação desta, buscou registros de historiadores e veículos informacionais de países que combateram direta e efetivamente a Alemanha nazista no período da Segunda Guerra Mundial. Neste texto, é feita forte defesa aos alemães nazistas, além de ataque aos judeus, culpando-os de diversas catástrofes mundiais (E.S.E CASTAN, 1987).

Além disso, coloca-se em cheque a veracidade do alegado acerca dos atos praticados contra judeus, da real motivação dos ataques na segunda guerra e dos atos que realmente foram praticados nos campos de concentração, duvidando inclusive acerca das câmaras de gás e também do campo de Auschwitz. Logo, para Ellwanger, os judeus seriam os verdadeiros culpados do próprio holocausto. Segundo o texto (1987, p. 137 – 139):

> [...] Tanto o número de 6 milhões de judeus mortos, como as respectivas histórias de câmaras de gás, não passam de uma GROSSEIRA MENTIRA, cuja maior vítima é justamente a Alemanha.
> [...]
> Vamos dar algum desconto, porém, aos alemães, pois se houve um HOLOCAUSTO, este foi com seu povo, foram bombardeados, massacrados, perseguidos, assassinados, intimados e apavorados pelo chamado Tribunal de Nuremberg e a NOVA IMPRENSA FEZ A SUA CABEÇA... Estão adormecidos ou entorpecidos.

Em virtude deste texto, foi movida ação contra Ellwanger que, em primeira instância, gerou sua absolvição em virtude do entendimento de que os textos não incitariam à discriminação étnica do povo judeu. Em segundo grau, por sua vez, essa decisão foi reformada, pela análise de que teria havido discriminação racial contra o povo judeu (STF, HC Nº 82.424-2/RS, 2003). Por conta de tal condenação, foi impetrado Habeas Corpus, objeto da análise deste artigo.

Na Suprema Corte Brasileira, o réu foi condenado por oito votos favoráveis e três contrários. Na votação foram suscitados intensos debates acerca dos direitos envolvidos, o da liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, com ênfase no povo judeu. Ainda se somando a isso, a liberdade de crença, também elencada no art. 5º da CF/88.

O julgamento buscou definir o conceito de “raça” e “racismo”, e se este se aplicaria ao discurso de ódio defendido por Ellwanger de que estes não constituiriam raça, bem como orientar a aplicação da dignidade da pessoa humana, que é basilar ao sistema de liberdades e de valores como justiça, felicidade e segurança. Os ministros, por maioria de votos, entenderam

por denegar o Habeas Corpus, entendendo que a obra do réu, se encaixaria como racista e incitativa do ódio e da discriminação.

Isso porque, houve um entendimento de que a raça advém de uma construção político-social e não biológica, e a partir disso, tem-se o racismo, que é a discriminação e o preconceito segregacionista com o distinto, com o que é diferente. (STF, HC Nº 82.424-2/RS, 2003).

Assim, partindo do pressuposto que o Brasil se configura também como signatário dos mais diversos tratados de proteção dos direitos humanos, e a partir também da orientação dada pelo STF, que a Constituição não protege e repudia qualquer discriminação racial, entendendo-se como a raça, não só a cor, mas também a descendência étnica apoiada em pretensa superioridade de um povo sobre o outro, sendo preciso, portanto, uma construção jurídico-constitucional do racismo, compatibilizando questões históricas, sociais e políticas. (STF, HC Nº 82.424-2/RS, 2003).

No caso Ellwanger, decidiu-se pelo não apoio constitucional ao *hate speech*, limitando-se a liberdade de expressão, no sentido que esta precisa se guiar por valores morais, éticos e jurídicos que não impliquem em ilicitudes penais, e que as liberdades públicas devem ser exercidas de maneira harmoniosa (STF, HC Nº 82.424-2/RS, 2003)

O direito à liberdade de expressão, portanto, não permite a propagação do racismo ou sua incitação, através de discursos antissemitas, prevalecendo o direito à honra, à dignidade da pessoa humana e à igualdade jurídica dentro do sistema, contra manifestações de intolerância propagadas por discurso de ódio.

A questão é que não se pode dissociar o discurso de ódio de um contexto histórico, político e social. Os efeitos de tais manifestações proporcionam bases para represálias e para opressão de grupos vitimados. É importante entender que esse tipo de fala fornece o raciocínio lógico-factível para um curso de ação, não sendo meramente opinativo.

O discurso do ódio tem, portanto, como já sublinhado, potencial para silenciar aqueles indivíduos que são seus alvos. A capacidade dos indivíduos que são o alvo do discurso de ódio para desfrutar seus direitos democráticos e de participação é afetada sensivelmente, bem como sua vivência pacífica e digna[4]. (FISHER, 2009)

---

[4] *Hate speech has potential to silence those individuals who are its targets and thereby diminishes the range of views in the marketplace of ideas. A democratic ideal is to expand the opportunities available to individuals to participate in the democratic process. The ability of individuals who are the target of hate speech to enjoy their "democratic rights and privileges is adversely affected by hate speech, as is their right to "live peacefully and with dignity. A society that fails to provide a means of redress for individuals who not only feel aggrieved but, more importantly, threatened or intimidated, fails to assure the right of all its citizens to participate in the democratic process free from harassment.*

É preciso pensar em um meio de reparação não só judicial, mas preventivo, pois uma sociedade que não fornece a devida proteção a ameaças ou intimidações, não garante uma participação política e social livre de preconceito e assédio a grupos diferenciados.

3 O DISCURSO DE ÓDIO A PARTIR DAS TEORIAS DA JUSTIÇA: O LIBERALISMO IGUALITÁRIO LIMITA O DIREITO DE EXPRESSÃO?

O debate entre liberdade de expressão e discurso de ódio ganha contornos mais evidentes e de importante análise e estudo quando passamos a falar sobre as teorias de justiça e as dimensões da filosofia política que embasam a discussão.

A liberdade é um direito basilar que historicamente se posiciona no centro de toda e qualquer discussão política e de direitos. Para qualquer liberal, esse é um direito inerente a qualquer ser humano, deve ser respeitado e garantido a partir de duas perspectivas: a primeira delas, a liberdade de expressão enquanto fundamento da consciência humana, de expressar a opinião do interesse privado e público, e em uma segunda esfera, a liberdade de ser informado, a liberdade participativa dentro do Estado, principalmente em oposição a governos monárquicos absolutistas. (BAVARESCO, SANTOS, KONZEN, 2012).

Nesse tópico, buscar-se-á centralizar a liberdade de expressão no debate liberal clássico, e nas demais vertentes, justificando-se a partir de Rawls, como esse direito à liberdade pode ser limitado frente a outra liberdade, que se torne, no todo, mais importante a posição de igual cidadania dos indivíduos.

Quando Mill escreve “Sobre a Liberdade” em 1859, defende princípios liberais clássicos e a mínima interferência do Estado na vida das pessoas, e posteriormente, faz a defesa do Utilitarismo na obra de mesmo nome (1861), na qual posiciona-se pela maximização o prazer e a felicidade (MILL, 2006).

Mill, como já mencionado, aborda os dois aspectos da liberdade, tanto a negativa quanto positiva, e pretende justificar a liberdade a partir de uma ideia de individualidade, de que todos os seres humanos são racionais e livres para expressar suas opiniões. Segundo Mill (2006, p. 51):

> Se todos os seres humanos, menos um, tivessem uma opinião, e apenas uma pessoa tivesse a opinião contrária, os restantes seres humanos teriam tanta justificação para silenciar essa como essa pessoa teria justificação para silenciar os restantes seres humanos, se tivesse poder para tal.

Para ele, silenciar uma opinião, na verdade, é um ferir a individualidade, tanto daqueles que concordam, e principalmente daqueles que a refutam, pois não terão a possibilidade de trocar, se errada, pelo acerto, ou ainda, de serem convencidos pela verdade, que em confrontação com o erro, ganha um contorno de maior importância de se conhecer (MILL, 2006).

A ingerência estatal ou de qualquer outro ser humano em condutas alheias é ilegítima; a liberdade de expressão e pensamento deve ser elevada a grau tal que só pode ser mitigada em casos de ferir sensivelmente a esfera de outro indivíduo, danos físicos em especial, não existindo dano quando a conduta diz respeito ao próprio indivíduo.

Mesmo a mais extrema das opiniões deve ser ouvida, sendo este um bem indissociavel do bem-estar da humanidade. Negar uma opinião é pressupor que somos seres infalíveis, quando não o somos. Para Mill (2006), mesmo quando a linguagem não é moderada, a censura é injusta, independemente da posição moral, não devendo haver interferências quando da opinião sustentada, e esse é o verdadeiro significado da moralidade da discussão pública.

A partir desse pressuposto é as pessoas devem ter liberdade para agir com base nas suas opiniões, sem impedimentos morais ou físicos, por sua conta e risco, somente havendo mitigação desta liberdade quando as circunstâncias possibilitam a instigação de um ato danoso, não se incluindo nesta seara o que discutiu-se como dicurso de ódio.

Consubstanciando-se o entendimento de Mill, é possivel depreender que os atos individuais podem ser danosos para outros sem violar direitos constituídos, mas nesses casos, não há proteção pelo princípio do dano pelo Estado, e o transgressor ficaria restrito a punição da opinião pública, mas não da lei.

Dworkin tem uma ideia semelhante em relação à liberdade de expressão e à sua proteção, sendo um defensor da tese estadunidense "*Clear and present danger*", isso porque a Primeira Emenda constitucional (não, Fádia, surgiu no Século XVIII. O que pode ter surgido em 1964 é a posição da Suprema Corte. Ajuste, esclarecendo o que quer dizer) surgiu a partir do caso New York vs Sullivan em 1964, dado pela Suprema Corte, caso no qual se determinou que o Estado não poderia elaborar nenhuma lei que limitasse a liberdade de expressão ou liberdade de imprensa. (DWORKIN, 2006)

Com a criação desta Emenda (???) foi definido que servidores públicos e ocupantes de cargo público não poderiam ganhar uma ação contra a imprensa, com exceção nos casos em que restasse provada a falsidade de uma acusação e sua nocividade, bem como que dado órgão haveria feito isso objetivando a malícia efetiva, quando então poderia ser dado o direito de ação contra este órgão.

Dworkin em “Por que a liberdade de expressão?”, capítulo oitavo de “O direito a liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana”, entra em uma discussão acerca de justificações, apresentando duas opções pelas quais se poderia entender a liberdade de expressão: uma primeira instrumental e outra constitutiva.

A justificação instrumental preconiza a garantia da liberdade de expressão não porque se deve reconhecer às pessoas o direito moral de dizer o que desejam, mas porque efetivar essa garantia é benéfico para toda a coletividade. A liberdade de expressão é, sob essa perspectiva, um instrumento de autogoverno, e sua tutela se justifica por ser imprescindível ao governo democrático. (DWORKIN, 2006).

Assim, entende que se a liberdade de expressão visa o bom funcionamento da democracia, e esta não será menos importante quando abordar temas como arte ou decisões pessoais e sociais, o uso exclusivo da justificação instrumental é visto como perigo para a liberdade de expressão.

Já quando se fala em liberdade de expressão a partir de uma justificação constitutiva, pressupõe-se que a liberdade de expressão tem importância, não somente pelas suas consequências, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos como adultos, agentes morais responsaveis, sendo um traço de constituição de uma sociedade política justa. Segundo Dworkin (2006, p. 319):

> Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsaveis fazem questão de tomar suas proprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé (...) Só conversamos nossa dignidade individual quanto insistimos em que ninguém – nem o governante, nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.

Em suma, a primeira dimensão diz que cada um pode decidir sobre o considera bom ou não, e que ninguém tem o direito de impedir uma opinião de ser dita. Já a segunda dimensão de uma responsabilidade moral é no sentido de que quando podemos expressar a opinião, não só se constituem convicções próprias, mas também expressá-las, revela nosso respeito para com o próximo, e do desejo do conhecimento da verdade e da justiça.

Essas concepções não se excluem; ao contrário, têm várias interseções. Nenhuma delas, por exemplo, atribui um caráter de absolutismo ao direito de liberdade de expressão, admitindo-se que, em casos especiais, os valores intrínsecos a esse direito podem ser colocado em segundo plano.

O que Dworkin pretende é analisar e criticar a regra Sullivan (New York vs Sullivan em 1964 caso em que Suprema Corte determinou que o Estado não poderia elaborar nenhuma lei que limitasse a liberdade de expressão ou liberdade de imprensa), demonstrando a sua incompletude não apenas para a imprensa, mas também para o público e cidadãos particulares que sofrem reverberações da Primeira Emenda à constituição, O que se quer demonstrar é que a regra generaliza as ações equivocadamente, e que cada caso deve ser olhado individualmente a partir de suas características específicas.

Para Dworkin, é tarefa dos tribunais orientar e estabelecer distinções razoavelmente rígidas sobre esse direito, no sentido de explorar os diversos níveis de argumentação para a concepção de liberdade de expressão, tanto para limitá-la quanto para defendê-la (DWORKIN, 2014).

3.1. Rawls e o princípio da igualdade nas liberdades

Por fim, e mais importante ao problema proposto, é necessário perpassar pela ideia de Rawls sobre "Justiça como Equidade". Na obra "Uma teoria da justiça", Rawls está preocupado em sistematizar uma concepção de justiça, e acaba por não só criticar o utilitarismo, como deixa explicito em suas pretensões, mas também vai adiante e rompe com os ideiais do liberalismo clássico no sentido de conceber a igualdade como um valor político.

E como ocorre essa defesa? A ideia de justiça em Rawls não se limita à liberdade, em que pese este seja o maior dos direitos, pois não pode ser dissociado da ideia de igualdade. Nesse viés, a justiça só é possível quando distribui a todos o mínimo de direitos.

Assim, o pressuposto é que as pessoas têm necessidade por bens primários, que trazendo ao contexto atual, podemos considerar como os direitos fundamentais, direitos esses que as pessoas precisam independente de quais sejam seus planos de vida, são a base das expectativas sociais e garantem o principal atributo da vida humana, que é a dignidade.

Isso é possivel a partir da priorização do justo sobre o bem, assim como da prevalência da liberdade sobre vantagens econômicas e sociais (RAWLS, 2016). Esse ideal é alcançado a partir da escolha, a partir da ideia de posição original, dos dois princípios de justiça que guiariam os indivíduos e suas instituições políticas e sociais.

A ideia da posição original se pauta no véu da ignorância que cobre todos os indivíduos em um primeiro momento. Assim, há um status onde ninguém conhece sua riqueza, idade, inteligência, e demais atributos, o que serve para que a escolha dos princípios seja a mais justa possível, não sendo influenciada por contigências arbitrárias e forças socias. (RAWLS, 2016).

Rawls entende que no momento em que essa escolha é feita, dois são os princípios eleitos: o princípio das liberdades iguais e o princípio da diferença, que compreende também a igualdade equitativa de oportunidades.

Focar-se-á no primeiro deles, que preleciona a igualdade entre as liberdades, no sentido de que o melhor arranjo entre as diversas liberdades será aquele que totaliza as limitações as quais estas se sujeitam.

Essa percepção é importante, pois permite a discussão da limitação da liberdade de expressão tendo em vista o discurso de ódio, que acaba por limitar outras liberdades igualmente importantes como o direito à honra, à privacidade, à integridade e principalmente, à dignidade.

De acordo com Rawls (2016, p. 250), a liberdade torna-se desigual quando certo grupo de pessoas acaba por possuir mais liberdade que outro dado grupo, ou ainda, quando uma liberdade torna-se menos extensa do que deveria ser, pois todas as liberdades de igual cidadania devem estender-se a todos os cidadãos em termos de igualdade.

Assim, uma liberdade fundamental justificada pelo primeiro princípio só é passível de limitação ante a própria liberdade, ou seja, garantindo-se que esta mesma liberdade seja usufruída ou que outra liberdade estará adequadamente protegida, esse é o funcionamento do sistema de liberdades fundamentais.

Como já dito, as liberdades em igualdade de fruição constituem fundamento de cidadania. Ocorre que o valor da liberdade para indivíduos e grupos só é possível de ser mensurado a partir da sua capacidade de promover seus próprios objetivos dentro de uma sistema político justo (RAWLS, 2016). A liberdade enquanto cidadania é de todos, mas o valor de seu aproveitamento não é igual, pois quem tem mais consegue atingir melhor seus objetivos do que quem tem menos.

Nesse sentido, o mínimo é necessário, considerando-se os dois princípios, para que se maximizem os valores para aqueles que têm menos dentro de um sistema de liberdade igual que todos compartilhem. Somente assim é possivel obter justiça social. (RAWLS, 2016).

O fato é que a obra de Rawls parte de uma perspectiva econômica, e não circunstanciais, de diferenças entre raças, etnias, ou qualquer outra discriminação sócio-política-cultural.

Porém, no que tange ao discurso de ódio, é plenamente possível estender a interpretação da obra para a limitação da liberdade de expressão ante a manifestação deste cunho. Isso porque Rawls parte da premissa de igualdade na condição de cidadania e de execução e consecução das liberdades, podendo uma liberdade ser restringida por outra, quando favorecer o sistema como um todo, e principalmente os menos afortunados.

O discurso de ódio não é simples expressão da opinião e da diferença de convicções; está intimamente ligado com questões históricas, sociais e culturais, como etnia, raça, gênero, que estão ligadas a lutas por direitos seculares. *Hate speech* é uma fala inferiorizante, descapacitante e destituidora de direitos, afeta não só – o que já não é pouco – a imagem, a honra, a liberdade de ser e de se identificar enquanto grupo, ferindo sensivelmente o psicológico, o emocional, mas também tem o potencial de gerar a incitação à violência física e ao dano propriamente dito, como já ocorrido na França, com o jornal satírico Charlie Hebdo, que propagava charges caricatas do profeta islâmico Maomé, diminuindo e satirizando o Islamismo.

Rawls consegue ao mesmo tempo, atender aos ideais e anseios do direito à liberdade de expressão, bem como limitá-lo, frente a outras liberdades, quando estas limitam o direito de igual cidadania de indivíduos ou coletividades, compreendidas aqui as manifestações de ódio a grupos em decorrência de caracteres subjetivos como gênero, raça, etnia, deficiência, e outros que não os desigualam enquanto seres humanos igualmente merecedores de dignidade humana e do exercício igual de suas liberdades, o que deve ser garantido tanto pelo Estado, como pelos próprios concidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo se dispôs a analisar o embate entre o direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio, a partir de uma investigação das teorias liberais, e se a partir desse entendimento seria possível limitar a possibilidade de expressar-se dos indivíduos quando essas opiniões revelarem falas vexatórias, inferiorizantes e discriminatórias frente a grupos diferentes, seja por sua raça, etnia, gênero ou qualquer outro critério que permita o preconceito arbitrário.

Para alcançar esse objetivo, tornou-se imprescindivel perparssar por alguns conceitos básicos sobre o direito de liberdade, principalmente a partir da perspectiva Kantiana, e como essa influenciou as diversas concepções posteriores, seja em Mill, seja em Rawls, do que é ser livre, e do que é possuir liberdade de expressão e pensamento dentro de uma sociedade política.

Necessário também foi analisar a fala do discurso de ódio, o que significa tal discurso frente a discussão do direito comparado e no Brasil, trazendo-se o conceito e suas implicações, como sendo uma fala de depreciação, de discriminação de grupos em virtude de sua raça, etnia, ou outros fundamentos diferenciadores que em virtude de questões históricas, sociais e culturais vulnerabilizem esses grupos frente a ideias de propaguem a aversão e o preconceito.

O discurso recebe a palavra “ódio”, portanto, para impactar, para ser compatível com sua gravidade, de não constituir meramente um insulto, ou simples expressão de opinião que ofende a um grupo, mas como uma manifestação de ofensa à dignidade, desqualificadora da igualdade, da pertença à sociedade.

O discurso de ódio é unívoco, não é uma, dentre tantas categorias do discurso, é algo que não pode ser dissociado de lutas históricas e de contextos vulnerabilizantes que envolvam os grupos que sofrem com esse tipo de mensagem e, portanto, devem ser combatidos repressivamente, preventivamente, como forma de proteção da diferença e da diversidade.

Junto a esse posicionamento, analisou-se o caso Ellwanger, “*leading case*” dentro do contexto brasileiro em matéria de *hate speech*, na qual o homem que dá nome ao caso foi autor e editor de uma obra que propagava a inexistência do Holocausto, e que ainda colocava a culpa nos judeus pelos males sofridos pela nação alemã, com diversas propagações de ódio e injúria.

O STF considerou, no julgamento do Habeas Corpus, que se tratava de situação de racismo, eis que o critério raça poderia ser ampliado, para compreender critérios sociais, políticos e históricos.

Isso acendeu fortemente o debate da limitação da liberdade de expressão frente a propagações de cunho depreciativo ou odioso dentro do Brasil, mas é uma discussão que há muito se trava no direito comparado.

Para finalizar, perpassou-se pelas teorias liberais, desde Mill e seu princípio do dano, que propaga que só é possível punir a expressão da opinião de alguém quando esta gera dano efetivo à esfera de outrem. Para além disso, a individualidade e liberdade de pensamento devem ser resguardadas frente ao Estado e aos demais membros da sociedade, podendo até gerar opinião pública desfavoravel, mas jamais, a punição legal.

Dworkin também trava um debate sobre a liberdade de expressão, aduzindo dimensões éticas e justificadoras para esse direito que, em tese, não pode ser cerceado em vista de representar um bem para autonomia dos indivíduos, da coletividade e principalmente da justiça, e que cada caso é único e deve ser analisado por si, depreendendo-se que não haveria a necessidade de uma legislação protetiva do discurso de ódio, ou até mesmo repressiva, e que somente ante ao caso é possível colocar em segundo plano o direito à liberdade de expressão.

Por fim, para Rawls, liberdade associa-se a um conceito de justiça, e de equidade. A liberdade é eleita como princípio norteador na teoria Rawlsiana, como condição de cidadania igual e de valor das liberdades no sentido de dar a chance ao individuo de promoção de seus proprios objetivos.

Ocorre que essa liberdade poderá ser, sim, limitada frente a outras liberdades, considerando-se o sistema total de liberdades, que melhor assegurem a justiça social e o gozo igual da cidadania.

A liberdade torna-se desigual quando certo grupo de pessoas acaba por possuir mais liberdade que outro, ou, ainda, quando uma liberdade torna-se menos extensa do que deveria ser, pois todas as liberdades de igual cidadania devem estender-se a todos os cidadãos em termos de igualdade.

Assim, considerando-se a necessidade de proteção das liberdades dos indivíduos, como integridade, dignidade e honra frente a manifestações de ódio, de discriminação, a teoria de justiça como equidade de Rawls, consegue simultaneamente atender aos ideais e anseios do direito à liberdade de expressão, bem como limitá-lo, frente ao discurso de ódio, preservando todos os indivíduos como igualmente cidadãos e merecedores do mínimo de bens básicos, em nome do atributo maior da pessoa: a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BAVARESCO, Agemir; SANTOS, João Vitor Freitas dos; KONZEN, Paulo Roberto. **Princípio da Utilidade e Liberdade de Expressão e de Informação, em Sobre a Liberdade, de J. S. Mill.** Ágora Filosofica, Ano 12 • n. 1 • jan./jun. 2012 – 7. Disponível em < http://www.unicap.br/ojs/index.php/agora/article/view/161> Acesso em 22 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424-2/RS**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 01 de jun. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

CASTAN, E S. E**. "Holocausto: judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século"**. Ed. Revisão, 1987.

DWORKIN, Ronald. Por que a liberdade de expressão?. In: **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FELDMAN, Stephen M. **Hate Speech and Democracy**. Criminal Justice Ethics, 2013 Vol. 32, No. 1, 78-90. Disponível em <http://heinonline.org/> Acesso em 14 jun. 2017

FISHER, Asaf. **Regulating Hate Speech.** University of Technology: Sydney, 2006, p. 21-49. Disponível em: < http://heinonline.org/> Acesso em 14 jun. 2017

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** 1ªed. Lisboa, Portugal: EDIÇÕES 70, Lda. 2007.

KYMLIKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução Pedro Madeira. Edições 70, Lisboa: Portugal, 2006.

_____. **Utilitarismo**. 1 ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

RAWLS, John, 1991-2002. **Uma teoria da justiça**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Justice as fairness:** a restatement. Harvard University Press. Cambridge, 2001.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "hate speech**". In: Cristiano Chaves. (Org.). Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto. 2a ed. Slavador: Jus Podivm, 2009, v. p. 39-96.