

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

GEORGE SARMENTO LINS JUNIOR

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 - IMED – 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 – Goiás

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)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: George Sarmento Lins Junior; José Claudio Monteiro de Brito Filho; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-612-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UFBA - Universidade Federal da Bahia que ocorreu nos dias 13,14 e 15 de junho de 2018, em Salvador, cujo tema foi: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores George Sarmiento Lins Junior, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O NORTE-AMERICANO
2. AS REDES SOCIAIS: O DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS A LIBERDADE: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA DESSES PRINCÍPIOS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO
3. AFIRMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO LIMITE AO DISCURSO DE ÓDIO
4. DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTOLERÂNCIA OU DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?
5. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA VISÃO DE JOHN STUART MILL
6. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, NORDESTE BRASILEIRO E DISCURSO DE ÓDIO
7. ESPORTE COMO ARTE: UM CONFRONTO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E A LIBERDADE IMPRENSA
8. O DIREITO DE IMPRENSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE
9. DEFICIENCIA COMO PRIVACAO DE LIBERDADES: EM BUSCA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA DEFICIENTE
10. A ATUAÇÃO DO DIREITO COMO INSTRUMENTO REGULADOR NA SOCIEDADE: DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE O TRANSEXUAL
11. PORNOGRAFIA E SEXUALIDADE: UMA DENÚNCIA DA CONDIÇÃO FEMININA
12. O BULLYING RELIGIOSO COMO OFENSA À DIGNIDADE HUMANA: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DO RECONHECIMENTO PARA A CONSTITUIÇÃO DA IDENTIDADE E DA LIBERDADE RELIGIOSA DO SUJEITO

13. A TEORIA DO DEVER DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO.

14. PROSELITISMO RELIGIOSO: UM DIREITO INCOVENIENTE

15. CULTURA CIGANA: A PRÁTICA DO NOMADISMO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

16. DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE DE GÊNERO

17. ENSAIO SOBRE UM VIGENTE DIÁLOGO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL TAL QUAL BALIZA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A UTILIZAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

18. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

19. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS INVESTIGAÇÕES CORPORATIVAS INTERNAS

20. PRIORIDADE ABSOLUTA VERSUS RESERVA DO POSSÍVEL: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DO DISCRUSO PROGRAMÁTICO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

21. REFLEXOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO INFANTO-JUVENIL

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Junior - UFAL

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA e CESUPA

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

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.

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UM ESTUDO
COMPARADO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O NORTE-AMERICANO**
**FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH: A COMPARATIVE STUDY
BETWEEN BRAZILIAN AND NORTH AMERICAN LAW**

Ana Carolina Bueno Ferrer ¹
Rodrigo De Souza Costa ²

Resumo

O presente artigo objetiva a reflexão acerca do tratamento dado ao discurso de ódio pelos direitos brasileiro e norte-americano. Buscou-se definir o conceito ideal de discurso de ódio e em seguida comparar legislação e decisões judiciais proferidas pelas Côrtes Brasileira e Estadunidense. Observou-se que o modelo americano confere proteção excessiva ao direito à liberdade de expressão. Conclui-se que se deve buscar um equilíbrio entre a proteção desse direito em conflito com outros direitos fundamentais como a igualdade e a dignidade humana. O método utilizado foi essencialmente a pesquisa bibliográfica e o estudo comparado entre legislação e jurisprudência brasileira e norte-americana.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Discurso de ódio, Direito constitucional, Direito comparado, Estados unidos x brasil

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to reflect about the treatment of hate speech by brazilian and american law. We sought to define the ideal concept of hate speech and then compare legislation and judgments given the brazilian and american Courts. It was observed that the American model gives too much protection to the right to freedom of expression. The conclusion was that if you must seek a balance between this protection in conflict with other fundamental rights such as equality and human dignity. The method used was essentially the bibliographical research and comparative study between brazilian and north american law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Hate speech, Constitucional law, Comparative law, United states vs brazil

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA), Rio de Janeiro/RJ. Advogada e Inspetora de Polícia Civil no Estado do Rio de Janeiro. Email: acbferrer@gmail.com

² Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense; Professor do PPGD da Universidade Veiga de Almeida; Doutor em Direito e Advogado.

INTRODUÇÃO

Embora o Brasil e os Estados Unidos tenham sistemas jurídicos diferentes, diversos juristas têm tentado encontrar inspiração no modelo americano para orientar e criticar decisões legislativas e judiciais no Brasil referentes à liberdade de expressão e o discurso de ódio.

A discussão fica ainda mais acirrada diante das questões que os próprios juristas norte-americanos levantam sobre o tema. Para muitos, há um fetiche injustificável com a liberdade de expressão nos Estados Unidos. Temas como o racismo, a pornografia e o financiamento de campanhas políticas vêm levantando a questão cada vez mais a debate. Sobretudo em um momento histórico em que atos terroristas motivados por discursos tornam-se cada vez mais comuns, questiona-se qual é o limite entre um ato odioso que é mera violência e um discurso odioso que tenta expressar uma ideia política?

Considerando que não há unanimidade no que tange ao conceito de discurso de ódio, este trabalho pretende, inicialmente, definir o que seria discurso de ódio. Para tanto, na primeira parte foram abordados os conceitos doutrinários acerca da definição de *hate speech*, tanto de autores brasileiros como na doutrina estrangeira, chegando-se ao que se entende pelo conceito ideal de discurso de ódio.

Num segundo momento, busca-se entender a construção do pensamento norte-americano através de uma análise histórico-jurisprudencial da Suprema Corte daquele país, a fim de mostrar como eles se tornaram o país mais protetor desse direito do mundo. Em que contexto e quais as razões que levaram o direito norte-americano a colocar a liberdade de expressão acima de outros direitos fundamentais como a honra e a igualdade.

Na terceira parte da presente pesquisa, analisou-se especificamente o tratamento norte-americano da liberdade de expressão quando posta frente à frente com o discurso de incitação ao ódio, onde se percebe que, apesar de a liberdade de expressão mesmo assim prevalecer, existe uma tendência que esse pensamento seja revertido ou ao menos posto novamente em xeque.

Por fim, na quarta parte do presente trabalho, é analisado o tratamento dado ao discurso de ódio pelo direito brasileiro, verificando-se a proteção constitucional da liberdade de expressão, mas também, e não com menos importância, a nossa preocupação em garantir

outros direitos fundamentais como a dignidade daqueles que são atingidos pelos discursos odiosos e a igualdade dos grupos que são estigmatizados e inferiorizados pelos emissores de tal discurso.

Concluiu-se, por fim, os danos que advêm dessa manifestação pública preconceituosa justificam a necessidade de intervenção de instâncias com poder de controle. Contudo, a valoração e a proscrição de mensagens sob a argumentação de que seja discurso de ódio não pode ser banalizada, sob pena de grave violação ao princípio constitucional da liberdade de expressão.

1. O DISCURSO DE ÓDIO

O discurso de ódio é uma modalidade de discurso consistente na manifestação de ideias motivadas pelo preconceito e de cunho intolerante às diferenças, buscando a discriminação de determinados indivíduos ou grupos sociais, considerados inferiores pelos emissores de tal discurso.

No entanto, não há unanimidade no que tange ao conceito de discurso de ódio, havendo várias definições sobre o tema, as quais serão explicitadas de forma breve nas próximas linhas.

Para Ribeiro e Costa, o discurso de ódio constitui uma modalidade de discurso de espectro negativo, que tem por escopo exteriorizar a raiva, o ódio e a intolerância, de forma a incitar ou encorajar a violência, a humilhação, a hostilização, a discriminação e a opressão de uma pessoa ou um grupo de pessoas, pertencentes à determinada categoria social, em razão de sua raça, gênero, idade, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual e outras características que as possam diferenciar da maioria dominante (RIBEIRO, COSTA, 2015, p. 198).

Para Daniel Sarmiento (2006, p.02) são manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores – tema que, no Direito Comparado, é normalmente estudado sob o rótulo de “hate speech”.

Winfried Brugger, por sua vez, apresenta uma série de verbos nucleares capazes de descrever o fenômeno de forma mais abrangente, tanto com relação aos seus efeitos imediatos como mediatos, ao afirmar que

De acordo com a maioria de suas definições, o discurso de ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRUGGER: 2009, pg. 118).

De acordo com Meyer-Pflug (2009, p. 97), o discurso de ódio consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Para a autora, trata-se de uma apologia abstrata ao ódio, pois representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas com certas características, crenças, qualidades ou estão na mesma condição social, econômica, como, por exemplo, os ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros.

No conceito de Meyer-Pflug, a concepção de incitação à discriminação é o elemento imprescindível para a identificação deste discurso. A autora, conforme exposto acima, classifica o discurso de ódio como uma “apologia abstrata”.

Conceito bem amplo é fornecido por Schafer, Leivas e Santos os quais, em seu trabalho sobre o discurso de ódio no âmbito parlamentar, afirmam que o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição (2005, pp. 149/150).

Silva (2011, p. 447) apresenta a seguinte definição:

O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela

externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar.

É importante, nesse caminho, destacar a necessidade de analisar os elementos de discriminação e externalidade do discurso de ódio e visualizar a posição daqueles que protagonizam este fenômeno – de um lado, os opressores, e do outro, os atingidos pelo conteúdo da fala repugnante.

O preconceito pode ser entendido como o conceito, opinião, sentimento ou juízo antecipado, formado pela pessoa antes de possuir ou formar dados e elementos adequados para formar um conceito ou uma opinião, independentemente de qualquer razão. O preconceito seria, então, um julgamento precipitado, baseado em crenças estereotipadas, invariavelmente injusto e provocador de aversão a determinadas pessoas, grupos ou situações.

Na verdade, o preconceito em si, aquele não exteriorizado, que está somente na cabeça do indivíduo, não pode e não deve ser punido, na medida em que a qualquer ser humano é assegurada a liberdade de pensamento. A questão se modifica a partir do momento em que ocorre a exteriorização do preconceito, a discriminação.

Pode-se observar a partir da análise dos conceitos apresentados pelos diversos autores mencionados, que todas as definições do discurso de ódio têm em comum a existência da palavra “discriminação”.

De acordo com o dicionário Aurélio a discriminação seria:

Ato ou efeito de discriminar.
Ato de colocar algo ou alguém de parte.
Tratamento desigual ou injusto dado a uma pessoa ou grupo, com base em preconceitos de alguma ordem, notadamente sexual, religioso, étnico, etc.

Baseado em tal definição, pode-se afirmar que o objetivo da discriminação é diferenciar, distinguir determinados grupos de outros, separando-os na sociedade. A discriminação é realizada em face de determinados grupos no sentido de afirmar sua inferioridade em relação a outros grupos, e dessa forma rebaixá-los, segregá-los do que seria o ideal de sociedade (de acordo com os emissores do discurso).

Discriminar, então, significa negar igualdade, na medida em que a diferenciação realizada possui por escopo afirmar uma superioridade de um grupo sobre outro.

Desta forma, de acordo com a análise realizada, o discurso de ódio pode ser classificado como uma manifestação ofensiva, raivosa e intolerante em face de determinadas pessoas ou grupos sociais, em razão de seu pertencimento a determinado segmento social, evidenciado em características tais como a raça, o gênero, a sexualidade, a etnia, a nacionalidade, a filiação política, a filiação religiosa, entre outras, com o objetivo de exteriorizar preconceitos e incitar discriminações.

2. A HISTÓRIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO NORTE-AMERICANO

Nos Estados Unidos a liberdade de expressão é um princípio absoluto, protegido pela Primeira Emenda¹ à Constituição e entendido como fundamental ao pleno exercício da democracia, não sujeito a praticamente qualquer tipo de violação. No entanto, nem sempre foi assim. Durante a maior parte do último século o tema vem causando polêmicas, o que levou a liberdade de expressão e de imprensa a inúmeras batalhas judiciais que dividiram profundamente a Suprema Corte até chegar ao entendimento atual.

Pode-se dizer que, entre as diversas justificações que foram propostas à liberdade de expressão e de imprensa, destacam-se duas grandes categorias. A primeira entende a liberdade de expressão com uma importância mais *instrumental*, ou seja, o entendimento de que a liberdade das pessoas para dizerem o que bem entenderem produzirá efeitos benéficos para toda a sociedade. Conforme Owen M. Fiss, essa seria a *teoria libertária*, centrada na figura do autor da mensagem, que prega que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. (FISS: 2005, p. 06). Trata-se de uma proteção à auto-expressão, um direito individual que pressupõe a não interferência do Estado.

O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão dá enfoque não no emissor da mensagem, mas entende que o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos e capazes como agentes morais responsáveis. Trata-se de um enfoque mais *constitutivo* de uma sociedade política justa. Nas palavras de Ronald Dworkin (2006, p. 319), só conservamos

¹ A Primeira Emenda à Constituição Norte-americana preceitua que: “O congresso não editará qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”.

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

Esse segundo enfoque seria também chamado de *teoria democrática* da liberdade de expressão, já que vê a Primeira Emenda como um instrumento essencialmente de autogoverno. A ideia é que, através de um mercado livre de ideias, as pessoas sejam livremente informadas sobre assuntos de interesse geral e assim sejam livres de formar sua própria convicção e participar livremente do debate público de forma argumentativa/deliberativa. Note-se que o enfoque nessa teoria sai do emissor e passa para o receptor da mensagem.

Contudo, há de se dizer que, apesar de se tratar aqui de enfoques fundamentalmente distintos, isso não significa dizer que um exclui o outro, ou que apenas um deles é utilizado em defesa da liberdade de expressão e imprensa nos Estados Unidos. Pelo contrário, em muitas decisões, sobretudo dadas por aqueles defensores mais fervorosos da liberdade de expressão ambos os argumentos são utilizados para proteger esse direito. Esse foi o caso de Brandeis no caso *Whitney vs California* em que afirmou que “a liberdade de expressão é preciosa como um fim e como um meio”, assim mencionando ambas as justificações dadas como forma de proteção do direito.

Conforme já mencionado, esse entendimento nem sempre prevaleceu na Suprema Corte americana. Apesar de a Primeira Emenda ter sido aprovada em 1791, apenas sete anos depois, em 1798, uma lei que punia comentários desrespeitosos sobre o Presidente, chamada Lei de Sedição, foi aprovada. Um século depois, por força de outra lei aprovada pelo Congresso Americano, quatro homens foram sentenciados a vinte anos de prisão por terem criticado uma decisão política do Presidente Woodrow Wilson. Levou mais de um século para que os tribunais começassem a proteger oradores de oposição contra a repressão do governo.

Em 1919 foi a primeira vez em que um voto na Suprema Corte, apesar de vencido, apoiou uma reivindicação de liberdade de expressão apoiada na Primeira Emenda. Conforme Antony Lewis, a razão para esse longo silêncio foi que, desde o fim da Lei de Sedição em 1801, até 1917, a Primeira Emenda só se aplicava a leis federais, não estaduais. Em 1917, com a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, o Congresso aprovou uma ampla Lei de Espionagem, em que a mais inócua crítica ao governo ou à guerra geravam graves condenações. Em março de 1919, três casos baseados nessa lei decididos pela Suprema

Corte tiveram confirmadas as condenações criminais baseadas em votos do Ministro Holmes. Então, o ministro Holmes propôs uma fórmula para decidir quando a expressão poderia ser punida, e passou-se a adotar o critério do “perigo claro e presente”. Dessa forma, o objetivo era analisar se as palavras usadas criariam um perigo claro e presente de criar males substantivos que o congresso tem o direito de impedir (LEWIS, 2011, p. 43).

Em novembro de 1919, apenas oito meses após as três condenações comentadas, a corte julgou um quarto caso baseado na Lei de Espionagem – o emblemático caso *Abrams vs United States*, no qual quatro refugiados russos jogaram panfletos do topo de um prédio de Nova York, convocando a uma greve geral em protesto contra a decisão do presidente Wilson de enviar soldados americanos à Rússia após a revolução Bolchevique. Nesse caso, as condenações foram confirmadas pela Suprema Corte, mas o ministro Holmes, em um voto vencido acompanhado pelo ministro Louis D. Brandeis, reafirmando seu entendimento de “perigo claro e presente”, afirmou que ninguém poderia supor que a publicação de um folheto tolo por um desconhecido, sem nada mais, apresentaria algum perigo imediato de que suas opiniões impedissem o sucesso das forças do governo.

Em 1925, no caso *Gitlow vs New York*, Gitlow contestava sua condenação por uma publicação conclamando a uma “ditadura revolucionária do proletariado”. A corte decidiu contra ele, sendo novamente vencidos Holmes e Brandeis. No entanto, pela primeira vez, a maioria disse que a Décima Quarta Emenda aplicava a cláusula de liberdade de expressão da Primeira aos estados. A partir de então, a maioria dos casos de liberdade de expressão na Suprema Corte passou a ser por repressões exercidas por autoridades estaduais. Vale destacar que Holmes e Brandeis tinham apenas dois votos em nove, mas sua retórica era tão poderosa, tão convincente, que mudou a atitude do país e da Corte.

Outro voto de destaque ocorreu em 1927 no caso *Whitney vs California*, em que Anita Whitney, uma das fundadoras do Partido Comunista dos Trabalhadores foi condenada por ser filiada a uma organização que defendia “sindicalismo criminoso”. Brandeis então redigiu um voto que fez com que, um mês depois da confirmação da condenação, o governador da Califórnia C.C Young concedesse um indulto à Anita Whitney citando extensamente o voto de Brandeis em sua mensagem.

O terceiro grande voto daquela década ocorreu no voto no caso *United States vs Schwimmer*, em 1929. Rosika Schwimmer era uma pacifista imigrante da Hungria que se candidatou a receber cidadania americana, mas que fugiu às regras da concessão de cidadania

à época ao se recusar a pegar em armas para defender os Estados Unidos. O ministro Holmes afirmou em seu voto que (LEWIS, 2011, pp. 54/55):

Algumas das respostas dela podem incitar o preconceito das pessoas, mas, se há um princípio da Constituição que exige fidelidade de forma mais imperativa que qualquer outro, é o princípio do livre pensamento – não o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas liberdade para as ideias que odiamos. Acredito que devemos aderir a esse princípio em relação ao ingresso e à vida neste país.

Em 1931 foi a primeira vez em que uma maioria na Suprema Corte apoiou a liberdade de expressão. Tratava-se de uma lei do estado da Califórnia que proibia a exibição de uma bandeira vermelha como símbolo de oposição ao governo. Essa lei foi considerada inconstitucional pela Corte em nome da Primeira Emenda. O ministro Hughes redigiu o voto vencedor, que partia da premissa que a liberdade de expressão era um princípio fundamental do sistema constitucional americano e que a livre discussão pública deveria ser mantida como forma de responsabilizar o governo perante a vontade do povo e obter mudanças por meios legais.

Outro enorme passo em favor da liberdade de expressão nos Estados Unidos, foi dado em um dos julgamentos mais dramáticos e de maior alcance envolvendo a Primeira Emenda, o caso *New York Times vs Sullivan*. Em 29 de março de 1960 o jornal *New York Times* publicou um anúncio de autoria de apoiadores de Martin Luther King Jr, que dizia que funcionários públicos racistas do sul haviam usado táticas ilegais contra o movimento pelos direitos civis, maltratando manifestantes e prendendo King sete vezes por acusações forjadas. Apesar de tal anúncio não mencionar nomes, L. B. Sullivan, um comissário de polícia do estado do Alabama, processou o jornal por difamação afirmando que, sendo responsável pela polícia de Montgomery, poderia ser identificado como um dos violadores da Constituição. O *New York Times* não conseguiu provar a veracidade dos termos do anúncio, como era exigido à época em processos desta natureza, e o jornal foi condenado ao pagamento de indenização de US\$ 500 mil ao ofendido.

O *New York Times* levou o caso à Suprema Corte. Até aquele momento, se considerava que a difamação era excluída da proteção da Primeira Emenda e jamais em nenhuma sentença ela tinha sido considerada uma violação das garantias de liberdade de expressão e de imprensa. O advogado do Times, Herbert Wechsler, argumentou que a lei de difamação do Alabama punia a crítica a funcionários públicos exatamente como a Lei de

Sedição fizera². O advogado argumentou ainda que não era razoável que fosse exigida prova da verdade para críticas a ocupantes de cargos públicos, pois isso desencorajaria a imprensa e os cidadãos de expressar críticas, por medo de cometer erros. Wechsler propôs, ali, um privilégio absoluto para críticas a ocupantes de cargos públicos.

O ministro Brennan anunciou o voto da Corte em 9 de março de 1964. Citando Madison e Brandeis, afirmou que “o debate de questões políticas deve ser irrestrito, robusto e aberto, e que ele bem pode incluir ataques ao governo e a funcionários públicos que sejam veementes, cáusticos e às vezes desagradavelmente contundentes” (LEWIS, 2011, p. 72). A vitória do Times no caso Sullivan revolucionou a legislação sobre difamação nos Estados Unidos, e a velha doutrina do *common law* que impunha aos acusados de difamação o ônus de provar a verdade foi revogada. Agora, o querelante é quem tinha que provar a falsidade e ainda provar a culpa por parte do autor ou responsável pela publicação. A decisão finalmente eliminou a ideia de difamação sediciosa nos Estados Unidos e, graças a ela, pode-se dizer qualquer coisa a respeito de uma pessoa pública sem medo de ser obrigado a pagar indenização. A partir de então a Corte sedimentou o entendimento e hoje os Estados Unidos possuem a mais ampla proteção jurídica à liberdade de expressão que há no mundo.

A regra então utilizada é o princípio da neutralidade do conteúdo, o qual proíbe o Estado de tentar controlar a escolha das pessoas entre pontos de vista contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo as regras do debate. O princípio responde a uma preocupação subjacente que o estado possa usar seu poder para distorcer o debate com vistas a promover resultados particulares.

3. O DISCURSO DE ÓDIO NOS ESTADOS UNIDOS

O primeiro caso importante envolvendo liberdade de expressão e discurso de ódio foi o caso *Beauharnais vs Illinois*, julgado pela Suprema Corte em 1952. No caso, Joseph Beauharnais havia sido condenado com base em lei do estado de Illinois depois de ter distribuído panfletos em que pretendia que as autoridades pusessem fim à “invasão de bairros e pessoas brancos pelos Pretos”. Nessa ocasião, a Corte validou a lei e confirmou a condenação do autor da expressão. Segundo o redator do voto da Corte, o ministro Frankfurter, pronunciamentos meramente difamatórios não estariam no âmbito da expressão protegida constitucionalmente.

² A Lei de Sedição de 1798 nunca havia sido posta à prova na Suprema Corte, sendo declarada inconstitucional somente 163 anos após ter expirado pelo ministro Brennan no julgamento do caso *New York Times vs Sullivan*.

No entanto, essa premissa lógica foi desmontada pela mencionada decisão de 1964 em *New York Times vs Sullivan*, que pôs fim à exclusão da difamação da proteção da Primeira Emenda. Conforme a decisão do caso Sullivan, funcionários e figuras públicas não podem receber indenização por difamação, a menos que provem que a informação falsa foi publicada intencionalmente ou de forma imprudente.

Assim, em 1969, no julgamento de *Brandenburg vs Ohio*, a Corte sedimentou o entendimento que prevalece até hoje da “incitação à ação ilegal iminente”, que acabou absolvendo um membro da Ku Klux Klan por apologia ao crime. De acordo com esse parâmetro, o governo pode proibir e processar apenas manifestações em que seu autor tiver a intenção de causar uma ação ilegal iminente e se a apologia tiver alguma possibilidade de efetivamente levar à ação.

Naquele caso, o indivíduo, líder da Ku Klux Klan, organizou um evento da entidade, o qual foi transmitido ao público pela televisão por um repórter convidado por ele, no qual viam-se pessoas encapuzadas e queimando cruces, proferindo palavras de ordem contra negros e judeus. Ali, o orador ainda disse: “Pessoalmente, acredito que os pretos deveriam ser devolvidos à África, e os judeus devolvidos a Israel”. A Suprema Corte anulou por unanimidade a condenação porque não havia nenhuma prova de que o orador estivesse incitando uma ação ilegal iminente ou que essa ação tivesse alguma probabilidade de ocorrer. Considerou, ainda, inconstitucional a lei do estado de Ohio por entender que ela punia a defesa de uma ideia e não a incitação de práticas violentas.

Ainda merece destaque o caso da cidade de Skokie. Skokie é uma pequena cidade perto de Chicago que, segundo Daniel Sarmiento (2006, p. 08), em 1977 possuía 70.000 habitantes, dos quais 40.000 eram judeus e 5.000 sobreviventes do Holocausto. Um grupo de nazistas americano anunciou que faria uma passeata com pessoas usando uniformes militares nazistas e bandeiras com a suástica. As autoridades da cidade decretaram normas e ainda tentaram conseguir um mandado de injunção tentando de todas as formas impedir que tal manifestação ocorresse na cidade. A ação foi julgada improcedente pela Corte de Illinois e as normas julgadas inconstitucionais pela Corte Federal de Apelações do Sétimo Circuito por violação à liberdade de expressão. Apesar de terem obtido a permissão, o grupo acabou por fazer a manifestação na cidade de Chicago e ainda contaram com a proteção da polícia para não serem atacados pelo público.

O entendimento que se firmou, portanto, ao longo do tempo, foi o de que não importa o conteúdo das ideias, as restrições ao discurso político são, em regra, inconstitucionais. Como exceções teríamos apenas aquelas que pudessem provocar uma imediata reação violenta do receptor, o que seria chamado pelos norte-americanos de *fighting words*. Assim, somente em razão de um perigo real e imediato à paz pública é que a liberdade de expressão poderia ser relativizada. De acordo com as palavras de Ronald Dworkin (2005, p. 327)

É muito importante que a Suprema Corte confirme que a Primeira Emenda protege até mesmo essas formas de expressão; que ela protege, como disse Holmes, até mesmo as expressões que odiamos. Isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificação constitutiva da liberdade de expressão: porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e nenhuma censura de conteúdo é compatível com esse compromisso.

Vale ainda mencionar um caso decidido em 1992 em que a Suprema Corte relativizou até mesmo o critério das *fighting words* (palavras de incitação à luta) em favor da proteção às manifestações de racismo. No caso *R.A.V. vs City of St. Paul*, um grupo de jovens foi preso por ter invadido o quintal de uma família de negros e lá colocado fogo numa cruz. Eles foram condenados com base na legislação estadual, mas a Suprema Corte americana invalidou a condenação, por entender a lei inconstitucional, uma vez que a norma visava atingir apenas as manifestações de intolerância racial, religiosa e de gênero, violando, com isso, a exigência de neutralidade quanto ao conteúdo do discurso.

Contudo, em 2003, no caso *Virginia vs Black et al*, a Suprema Corte considerou constitucional uma lei que criminalizou a queima de cruzeis realizada com o intuito de intimidação de qualquer pessoa ou grupo. Na ocasião, o ministro O'Connor afirmou que, muito embora a discussão de ideias racistas não possa ser punida, os atos de ameaça são, sim, suscetíveis de repressão. Assim, fortalece a ideia de que o discurso punível é aquele que representa um perigo claro, presente e iminente à paz pública, não sendo lícito no ordenamento americano a avaliação do conteúdo político do discurso.

No entanto, apesar de os Estados Unidos terem construído a mais ampla proteção jurídica à liberdade de expressão que há no mundo, a discussão sobre os limites ao discurso de ódio está se acirrando novamente. Nas Universidades, regulamentos têm sido criados para garantir espaços de segurança para minorias. Depois da eleição de Trump, a própria esquerda passou a ser criticada pela virulência com que ataca o presidente, com uma retórica que, para muitos, extrapola todos os limites.

Catharine Mackinnon, ao analisar a pornografia como discurso, afirma que os discursos pornográficos não são só palavras. Ela caracteriza a pornografia como uma prática discursiva complexa que produz efeitos na realidade, produz ações. Para a autora, a pornografia é perigosa na medida em que suas palavras e imagens produzem danos na forma de ações. Palavras funcionam no sentido de providenciar atitudes, ações e comportamentos (MACKINNON, 1996, p.25).

Com efeito, o que a autora quer dizer e não se pode negar, é que esse tipo de discurso pornográfico acaba por criar efetivamente uma cultura pornográfica, em que os padrões estabelecidos no discurso acabam por ser repetidos nos lares dos indivíduos em sociedade, repetindo-se, conseqüentemente, as situações de violência e subjugação da mulher em relação ao homem. Essa forma de discurso seria, portanto, uma prática política de manutenção de desigualdades, pautada no primado da dominação masculina, uma vez que realiza a padronização dos comportamentos sexuais dos gêneros, ditando como os homens e mulheres devem exercer sua sexualidade e interagirem sexualmente. Para a autora não se justifica que, no conflito entre dois princípios fundamentais, sempre seja privilegiado o da liberdade em detrimento da igualdade.

Owen M. Fiss dedica um capítulo de seu livro para falar do que se chama de “efeito silenciador do discurso”. Afirma assim que, o discurso de incitação ao ódio tende a diminuir a autoestima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem (FISS, 2005, p. 47).

Dessa forma, ele defende que a promoção do debate aberto e integral, o fim último da Primeira Emenda à Constituição americana, é um fim legítimo a justificar a intervenção do Estado. O Estado estaria apenas exercendo seu poder de polícia para promover um fim público legítimo. Não se trata de arbitrar entre os interesses discursivos de vários grupos, mas sim de estabelecer condições essenciais para a autogovernança global. Nas palavras do autor, algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros. (FISS, 2005, P. 49). Há que se destacar, portanto, que, enquanto Mackinnon justifica a regulação da liberdade de expressão pelo princípio da igualdade, Owen M. Fiss vai além, afirmando que o contravalor a justificar a intervenção seria a própria democracia. Para ele o princípio da neutralidade do conteúdo não deve ser estendido a situações como discurso de incitação ao ódio, pornografia e gastos em política, nos quais partes privadas estão restringindo o debate e a regulação estatal promoveria o debate livre e aberto.

Jeremy Waldron, um inglês que emigrou para lecionar direito nos Estados Unidos escreveu (LEWIS, 2005, p. 193)

Os custos do discurso de ódio (...) não se disseminam por igual na comunidade que se supõe que deva tolerá-lo. Os racistas do mundo podem não causar danos às pessoas que dizem que eles devem ser tolerados, mas poucas delas são retratadas como animais em cartazes colocados nas ruas de Lemington Spa (uma cidade inglesa). Antes de concluirmos que tolerar esse tipo de discurso ajuda a construir o caráter, devemos falar com aqueles que são retratados desse modo, ou com aqueles cujo sofrimento, ou o sofrimento de seus pais, é ridicularizado pelos neonazistas de skokie.

Ademais, deve ser levado em consideração que o conflito sobre como lidar com o discurso de ódio ficou ainda mais intenso com a ascensão do extremismo islâmico e os atos terroristas por eles praticados durante o século 21. Até mesmo Antony Lewis afirmou na última edição de seu livro que em uma época em que palavras inspiraram atos de assassinato em massa e de terrorismo, não é fácil para mim como era antes acreditar que o único remédio para maus conselhos, como disse Brandeis, devem ser os bons conselhos (...) penso que devemos ter a capacidade de punir o discurso que incite à violência terrorista uma audiência que tenha entre seus membros alguns que estejam dispostos a agir com base nessa incitação. Isso é iminência suficiente (LEWIS, 2011, p. 197).

Observa-se, portanto, que a discussão sobre os limites do discurso de ódio nos Estados Unidos, sobretudo com os últimos acontecimentos - os atos terroristas e as discussões fervorosas no campo da política - está se acirrando novamente, com o que parece ser uma tendência a que seja posta em xeque essa proteção quase absoluta da liberdade de expressão.

4. O DISCURSO DE ÓDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com um histórico de aberta censura política e artística após o regime militar, a Constituição Federal de 1988 demonstra uma grande preocupação em assegurar as bases para uma sociedade mais livre e democrática, colocando a liberdade de expressão em uma posição de extremo destaque no sistema constitucional brasileiro. O artigo 5º prevê, em seu inciso IV – liberdade de manifestação e pensamento; inciso X – liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença; inciso XIV – direito à informação e garantia do sigilo da fonte jornalística; art. 220 caput – garantia da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo; art. 220, §1º - liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de

comunicação social; art. 220, §2º - proibição de qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica.

Por outro lado, a sociedade brasileira tem como um de seus principais pilares a dignidade do ser humano e sua pacífica convivência no meio social. Assim, a Constituição Federal, em diversos dispositivos, estabelece a necessidade de se coibir qualquer forma de discriminação, estabelecendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV). A Constituição de 88 tem, portanto, um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito.

Este mesmo compromisso constitucional igualitário, ainda se revela no artigo 5º, em que o princípio da igualdade se apresenta logo no *caput*, afirmando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Já no inciso I, o princípio da igualdade é reafirmado, mas dessa vez em relação ao gênero, ao prever que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Mais à frente, o constituinte foi expresso ao determinar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais” (inciso XLI) e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (inciso XLII).

Tais dispositivos constituem verdadeiros mandados constitucionais de criminalização, vez que o próprio texto constitucional determina de forma expressa a proteção desses bens jurídicos pelo direito penal. Segundo Cleber Masson (2010), os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. É preciso, portanto, atenção do legislador para atender fielmente os mandamentos constitucionais, protegendo de forma eficaz e proporcional os direitos fundamentais do ser humano, seja mediante a não incriminação de determinadas condutas irrelevantes, seja com a tipificação dos comportamentos constitucionalmente considerados inaceitáveis para os indivíduos e para a sociedade.

Ademais, os direitos fundamentais contidos na Constituição da República constituem um sistema, cuja unidade de sentido repousa no princípio da dignidade humana. Ou seja, a

dignidade humana se faz presente não somente como limite para as ações do Estado, mas também como fonte das relações privadas, fundamentando obrigações negativas e positivas para os indivíduos em suas relações em sociedade, no que se chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais é, portanto, a aplicação das liberdades públicas nas relações travadas somente entre particulares (BULOS, 2010, p. 530). Isso significa que, em caso de colisões de direitos fundamentais, a ponderação de interesses deve ser realizada sempre em atenção à dignidade humana. Justamente por isso, entende-se que o discurso de ódio em conflito com a liberdade de expressão deve ser criminalizado, uma vez que, na ponderação de interesses, a dignidade humana deve sempre prevalecer.

A Constituição federal, no inciso XLI do art. 5º, ainda impõe aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no caso Ellwanger (STF, HC 82.424/RS), no sentido da constitucionalidade da punição de manifestações de antissemitismo. Tratava-se de ação penal por crime de discriminação racial proposta contra Siegfried Ellwanger, o qual publicou livros com conteúdo antissemita e que negavam a ocorrência do Holocausto. Na ocasião, o STF afirmou que o conceito de raça deve ser cultural, inclusive porque, do ponto de vista estritamente biológico, sequer é possível falar-se em diversas raças humanas, em razão da desprezível diferença genética existente entre os indivíduos integrantes de diversos grupos étnicos.

Levantou-se ainda, na hipótese, a questão da possibilidade de incidência do tipo penal do racismo em contraposição à garantia penal da liberdade de expressão. Neste ponto, entendeu a Corte que deveriam prevalecer a igualdade e a dignidade humana das vítimas da manifestação racista, nesse caso, o povo judeu, sendo a condenação adequada para a “salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância”.

O Brasil, portanto, optou por não dar à liberdade de expressão o tratamento dados pelos Estados Unidos, adotando o critério da ponderação e o princípio da proporcionalidade, quando este princípio estiver em conflito com o da igualdade e, principalmente o da dignidade humana.

Quanto à legislação infraconstitucional, a Lei 7.716/89 é intitulada como aquela que “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Especificamente quanto ao discurso expresso de ódio, está previsto no artigo 20 da lei 7.716/89, que prevê três verbos nucleares – praticar, induzir e incitar – a discriminação e/ou preconceito, sendo a raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

O artigo 140, §3º do Código Penal, traz a figura da injúria qualificada pela conotação preconceituosa, prevendo como crime injuriar alguém ofendendo-lhe a dignidade ou decoro e qualificando a conduta caso a injúria consista na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

A Lei 7.437/85 traz formas de discriminação em razão de raça, cor, sexo ou estado civil, que constituem contravenções penais. Muitos tipos penais previstos nesta lei são idênticos ou quase idênticos aos previstos na lei 7.716/89. No que toca à discriminação de raça e cor, os tipos penais desta lei se encontram derogados em razão do critério cronológico, uma vez que a Lei 7.716 é posterior à lei ora comentada. Entretanto, os tipos penais permanecem em vigor quando se tratar de discriminação em razão do sexo ou estado civil.

O Código Penal traz, ainda, em seu artigo 286, o tipo de incitação ao crime — “Incitar, publicamente, a prática de crime” — e, em seu artigo 287, o crime de apologia ao crime ou a fato criminoso — “fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime”. Esses dispositivos ganharam fama no país quando, entre 2008 e 2011, o Ministério Público Federal passou a acionar a Justiça para impedir a realização de “Marchas da Maconha” nas capitais brasileiras. O argumento era incisivo: as marchas faziam apologia de um crime. No entanto, a nossa Constituição, como a norte-americana, também protege a liberdade de expressão, conforme exposto acima.

Em 2011, o STF decidiu, por unanimidade, que a realização das “marchas da maconha” estava protegida pela liberdade de expressão e de reunião e que não tipificam os crimes previstos no artigo 287 do Código Penal e no artigo 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 (ADPF 187 e ADI 4.274). O relator do caso, ministro Celso de Mello, argumentou que “o debate sobre abolição penal de determinadas condutas puníveis pode ser realizado de forma racional, com respeito entre interlocutores, ainda que a ideia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada estranha, extravagante, inaceitável ou perigosa”.

No Brasil há um movimento forte, especialmente encabeçado por militares e líderes cristãos (católicos e evangélicos) que prega um “combate à homossexualidade”. Schafer, Leivas e Santos (2015, p. 150), em seu trabalho sobre o discurso de ódio na esfera parlamentar, demonstram clara situação em que o discurso de ódio proferido e disseminado em rede social pelo pastor e deputado Marcos Feliciano restou em absolvição. Tratava-se de uma publicação no twitter que dizia: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (SIC) ao ódio, ao crime, a (SIC) rejeição”.

O STF, na ocasião, considerou o fato criminalmente atípico, apesar de ter identificado a presença do discurso de ódio, denominado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso como *hate speech*. No entanto, o Ministro considerou que seria “razoável que o princípio da dignidade humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio (...) mas a verdade é que essa lei não existe” (Brasil, 2014).

Sendo assim, há de se fazer um parêntesis para que seja ressaltado que deve-se temer mais a restrição do que a liberdade das expressões, ou seja, as limitações devem ser excepcionais e limitadas a seu turno. Em cada caso, as vantagens e os riscos devem ser sopesados, pois existe uma linha muito tênue entre uma restrição que promova a igualdade e uma restrição que na verdade a vulnere.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essa breve análise, pode-se afirmar que o discurso de ódio é uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior/inferior, através do qual o emissor manifesta discriminação, ou seja, o desprezo por pessoas que compartilham de alguma característica que as torna componentes de um grupo politicamente minoritário.

Dessa manifestação pública preconceituosa advêm graves danos e, por conseguinte, a necessidade de intervenção de instâncias com poder de controle. Contudo, a valoração e a proscricção de mensagens sob a argumentação de que seja discurso de ódio não pode ser banalizada, sob pena de grave violação ao princípio constitucional da liberdade de expressão, assim, somente as manifestações explícitas e que tenham aptidão para ocasionar atitudes e práticas discriminatórias estariam fora do âmbito de proteção desse direito.

Portanto, defende-se a regulação estatal de determinadas manifestações discursivas, sobretudo o discurso de ódio, mas que seja feita de forma equilibrada e como forma de garantir o acesso de todos os cidadãos ao debate público em igualdade de condições.

Em suma, no conflito entre o direito de expressão e outros direitos fundamentais (a imagem, a honra, o sentimento religioso e, sobretudo, a igualdade de pessoas e grupos vulneráveis), a convicção é de que é preciso uma atuação positiva para assegurar a todos os grupos o acesso aos meios de comunicação para fazerem ecoar as mais diversas ideias e convicções na esfera de discussão pública. Por outro lado, há de se permitir restrições mais intensas para as expressões que tenham forte conteúdo preconceituoso e intenção de discriminar, por meio de mensagens de intolerância e de menosprezo, e que aludem à violência em face de grupos e indivíduos em prol da proteção da dignidade humana e da igualdade.

É importante que se enxergue que as consequências práticas do posicionamento norte-americano não se circunscrevem somente ao seu território. A ampla proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos e, por consequência, a não punição do discurso de ódio, tornou o país a maior sede de sites racistas existentes no mundo. Com o advento da internet que praticamente acabou com as limitações geográficas em termos de comunicação, é de suma importância que seja levado em conta que a existência deste tipo de conteúdo na rede alimenta o preconceito e fomenta a intolerância em todo o planeta.

O Direito, ao balizar a atuação estatal nessa seara, deve estar atento não somente aos excessos que restringem a liberdade da expressão, mas também à timidez excessiva do Estado, como no direito norte-americano, que acaba conferindo a grupos majoritários a possibilidade de limitar a diversidade na esfera pública. A busca desse equilíbrio é o grande desafio que se coloca em face dos juristas brasileiros e do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.590, Brasília, DF, DJ 206 do dia 31 de outubro de 2008. DJ 177 do dia 12 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS, Brasília, DF, DJ do dia 19 de março de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187, Brasília, DF, DJ 116 do dia 17 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.274, Brasília, DF, DJe do dia 02 de maio de 2012.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Direito Público. Porto Alegre, ano 4 n.15, p.117-136, jan/mar.2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Dicionário do Aurélio. Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/discurso>>. Acesso em: 07 Jul. 2017

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

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

HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais Volume Único*. 9 Ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. Pp. 741-770.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. São Paulo: Aracati, 2011.

MACKINNON, Chatarine A. *Only Words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

MASSON, CLEBER. *Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização*. Jornal carta Forense. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>

MELO, Iran Ferreira de. *Análise do discurso e análise crítica do discurso: desdobramentos e intersecções*. Letra Magna, 2009. Disponível em: <http://www.letramagna.com/adeacd.pdf>. Acesso em 07/07/2017.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Volume 1*. 7. ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. Pp. 251-283.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª. ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. Pp. 130-141.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

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

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Discurso de ódio e o massacre das minorias: o que Orlando nos disse sobre o Brasil*. Empório do Direito, 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/discurso-de-odio/>. Acesso em 18/07/2017.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 07/07/2017.

SCHÄFER, Gilberto, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. *Discurso de ódio : da abordagem conceitual ao discurso parlamentar*. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/515193>

SILVA, Rosane Leal da et al. *Discurso do ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira*. Rev. direito GV, São Paulo, v.7, n. 2, p. 445-467, jul./dez. 2011.