XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-118-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalyna Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papeis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelatto e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifieo, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisa Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO HC 84.424/RS E SEUS REFLEXOS

HATE SPEECH IN BRAZIL: ANALYSIS ABOUT THE HC 84.424/RS AND ITS REFLECTIONS

Rodrigo De Souza Costa
Raisa Duarte Da Silva Ribeiro

Resumo

O presente trabalho possui o objetivo de analisar o tratamento da liberdade de expressão veiculadora do discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, analisa-se o conceito e a extensão do discurso de ódio e do diferente tratamento que vem lhe sendo destinado. Observa-se, também, a legislação brasileira sobre a liberdade de expressão, a sua restrição em casos de abuso e a criminalização do racismo. Em sequência, analisa-se os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424/RS e observa-se os reflexos causados por este julgado na construção do entendimento constitucional

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Discurso de ódio, Teses revisionistas, Racismo, Hc 84.424/rs

Abstract/Resumen/Résumé

This paper has the objective of analyzing the treatment of the conflict between freedom of expression and hate speech in the Brazilian legal system. It analyzes the concept and extent of hate speech and the different treatment that its been done to it. It also observes the Brazilian legislation on freedom of expression, its restriction in cases of abuse and criminalization of racism. In sequence, it analyzes the votes cast by the Ministers of the Supreme Court into the trial of HC 82 424 / RS and observes the reflections of this trial in the construction of constitutional comprehension.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of speech, Hate speech, Revisionism, Racism, Hc 84.424/rs

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão consiste em um direito fundamental dentro dos Estados Democráticos de Direito. Antídoto da censura, a liberdade de expressão é vista como elemento basilar dentro dos regimes democráticos.

Tradicionalmente consagrado como direito de primeira geração, a liberdade de expressão exigia a não-intervenção estatal e, com a afirmação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dos particulares no âmbito da sua execução. Posteriormente, a doutrina observou que a liberdade de expressão também exigia uma dimensão protetiva, onde o Estado deveria atuar no sentido de promover a sua realização.

Inegavelmente, a liberdade de expressão possui grande relevância dentro dos ordenamentos jurídicos constitucionais democráticos. No entanto, a sua tutela não é ilimitada, podendo a livre manifestação de pensamentos e emoções ser limitada quando houver abuso em seu exercício. Sobre este tema, assume especial importância o discurso de ódio e as teses revisionistas.

O ordenamento jurídico brasileiro não determinou de forma explícita a restrição deste direito fundamental quando veicular ideias odiosas. Todavia, afirmou compromissos com a igualdade, com a vedação à discriminação e com a criminalização do racismo. Instado a se manifestar em um caso que envolvia a liberdade de expressão de ideias antissemitas, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no HC 84.424/RS.

O presente trabalho possui o objetivo de aprimorar as discussões sobre a restrição da liberdade de expressão que veicule o discurso de ódio, analisando o mérito do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84.424/RS. Desta forma, em um primeiro momento, analisa-se, brevemente, o conceito do discurso de ódio, a sua incidência e extensão bem como as formas de tratamento que vem sendo utilizadas pelos ordenamentos jurídicos à nível de direito comparado. Em um segundo momento, observa-se a legislação brasileira existente acerca da proteção da liberdade de expressão, do comprometimento com a luta contra o preconceito e a discriminação bem como da criminalização do racismo. Em um terceiro momento, adentra-se na análise do HC 84.424/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, realizando-se um estudo sobre o caso e observando os votos proferidos dos Ministros neste julgamento. Por fim, observa-se os reflexos que este julgamento vem causando até hoje na construção do entendimento brasileiro sobre o tema.

2. UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO DE ÓDIO

O discurso do ódio constituiu uma modalidade de discurso e, nos Estados Liberais, protege-se, em geral, a sua liberdade [BRUGGER, 2002, p. 01]. No entanto, trata-se de uma modalidade de discurso de espectro negativo, que tem por escopo exteriorizar ou incitar a raiva, de forma a incitar ou encorajar à violência, à humilhação, à hostilização, à discriminação de uma pessoa ou um grupo de pessoas, devido a sua raça, gênero, idade, etnia, religião, orientação sexual, classe socioeconômica, capacidade mental ou outras disfunções [WEBER, 2009, p. 03].

O conceito de discurso do ódio, no entanto, não é um conceito universal [WEBER, 2009, p. 03], coexistindo diversos entendimentos sobre o tema. Cada ordenamento jurídico tem um posicionamento diferenciado sobre a definição e a extensão do discurso de ódio, o que vem dificultado a sua categorização teórica.

O discurso de ódio pode ser conceituado, de forma genérica, como "*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"* [SARMENTO, 2012, p. 02].

De acordo com Meyer-Pflug [2009, pp. 97-98], o discurso do ódio consiste *"na manifestação de idéias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias*", podendo ser considerado como:

> (...) apologia abstrata ao ódio, pois representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas que possuem 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 [MEYER-PFLUG, 2009, p. 98].

Desta forma, em apertada e controvertida síntese, o discurso de ódio pode ser definido como uma modalidade de discurso de espectro negativo, que tem por escopo exteriorizar ou incitar a raiva, de forma a incitar ou encorajar à violência, à humilhação, à hostilização, à discriminação, à opressão de uma pessoa ou um grupo de pessoas, devido a sua raça, gênero, idade, etnia, religião, orientação sexual, classe socioeconômica, capacidade mental ou outras disfunções.

Os destinatários do discurso ofensivo podem ser pessoa individual ou pessoas coletivas [MACHADO, 2002, p. 838; WEBER, 2009, p. 03]. A apologia ao ódio pode se destinar aos nacionais de determinados Estados, à determinada raça, cor ou etnia, ou, ainda, a determinados grupos religiosos.

A regulação do discurso do ódio tem sido realizada com vistas em três campos filosóficos distintos: um que defende a restrição da liberdade de expressão nos casos do discurso do ódio, de forma a proteger a dignidade de determinadas pessoas ou grupos minoritários tradicionalmente desfavorecidos; outro que defende a proteção do indivíduo livremente falar, exteriorizando o ódio, em face da proteção do grupo discriminado; e por fim correntes ponderadas que defendem que o discurso do ódio deve ser restringido em determinados casos e situações, tendo em vista critérios específicos.

3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil, preocupada com as diversas violações de direitos fundamentais ocorridas no regime anterior e visando erradicar a censura, assegura e tutela a liberdade de expressão nas suas mais diversas acepções.

O constituinte brasileiro, ao mesmo tempo em que afirma no artigo 220 que não haverá restrição a liberdade de expressão, também determina no artigo 5º que este direito deve se coadunar com outros direitos e valores fundametais. Senão vejamos:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
> (...)
>
> Art. 5° (...)
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> [...]
> XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Pela leitura dos dispositivos, nota-se que a liberdade de expressão possui uma dupla dimensão: defensiva e positiva. Em sua dimensão defensiva, a liberdade de expressão não

pode ser maculada por agentes Estados, não sendo passível de intervenções externas por parte do Estado e de particulares. Em sua dimensão positiva, este direito deve ser promovido pelo Estado, de forma que seja possível o seu exercício.

Neste sentido, cumpre verificar as explanações de Bindenbojn [2003, p. 13]:

> [...]as liberdades de expressão e de imprensa possuem uma dimensão dúplice, pois que se apresentam, simultaneamente, como garantias liberais defensivas (liberdades negativas protegidas contra intervenções externas) e como garantias democráticas positivas (liberdades positivas de participação nos processos coletivos de deliberação pública). O Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria da qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de idéias.

Conforme salienta José Afonso da Silva[2004, pp. 267-268], as normas veiculadoras de direitos fundamentais possuem, em regra, eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. Por possuírem normatividade suficiente aos interesses e matérias que tutelam, não é necessária nenhuma norma reguladora do seu exercício, de forma que as liberdades são aplicadas direta e imediatamente sobre as matérias que pretendem tutelar.

Note que alguns dos incisos supramencionados da CRFB/88, no que tange a possibilidade de restrição dos direitos, mencionam uma lei limitadora, o que os tornam de eficácia contida. De acordo com o entendimento proferido por José Afonso da Silva, os dispositivos de eficácia contida *"incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas as circunstâncias"* [DA SILVA, 1998, pp82-83] , tendo eficácia imediata e direta, mas não integral, justamente por estarem sujeitos as restrições previstas dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

Apesar da garantia da liberdade de expressão, o constituinte brasileiro concedeu o mesmo patamar de relevância a outros direitos e garantias fundamentais, de modo que a sua utilização deve ser realizada com concordância prática deste outros direitos [BINENBOJM, 2003, p. 13].

Assim, no Brasil, percebe-se que somente poderão ocorrer restrições à liberdade de expressão quando estiverem previstas pela própria Carta Maior e pelas leis que as regulamentam. Neste contexto, cabe salientar, em especial a lei de vedação ao racismo.

3.1. A Lei 7716/89 como exemplo de vedação ao discurso de ódio.

Os trabalhos realizados na Assembleia Nacional Constituinte que redundaram na elaboração da Constituição de 1988 tiveram como preocupação central a proteção de Direitos Fundamentais e findaram por realizar a formatação de um programa de Direito Penal por parte do legislador constituinte.

Diz-se isso porque a Constituição demonstra uma inegável preocupação com as potenciais violações realizadas pelo Direito Penal em face dos Direitos e garantias fundamentais, que podem ser verificadas quando o constituinte estabelece a intranscendência da pena[1], individualização da pena[2], as penas proscritas do nosso ordenamento jurídico[3], regras básicas de execução penal[4], a legalidade penal[5], dentre outras normas dispostas com esse fim. Ocorre que, além disso, é visível que a Constituição também aposta no Direito Penal como instrumento de proteção de direitos ao dispor os mandados constitucionais de criminalização, por exemplo, do terrorismo, tortura[6], racismo[7].

Especialmente no caso do racismo, percebe-se que a Constituição de 1988 finda por absorver um debate bem maior, gerador do Programa Nacional do Centenário da Abolição da Escravatura (PIRES: 2014, p. 299) e que gera pelo menos duas expressas menções no texto constitucional: o repúdio ao racismo como princípio fundamental das relações internacionais da República Federativa do Brasil[8] e a determinação de que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei[9].

Para dar cumprimento a esse mandado de criminalização o legislador ordinário aprovou a Lei n.º 7.716/89, conhecida como Lei CAÓ, que trazia inicialmente os crimes resultantes de preconceito de raça e cor e hoje, pela redação dada pela Lei n.º 9.459/97, traz os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Para chegar à redação que tem hoje a Lei n.º 7.716/89 sofreu modificações realizadas pelos seguintes diplomas legais: Lei n.º 8.081/90, Lei n.º 8.882/94, Lei n.º 9.459/97, Lei n.º 12.288/10 (Estatuto da Igualdade Racial) e Lei n.º 12.735/12, resultando num amplo diploma

---

[1] Art. 5º, XLV, Constituição Federal.
[2] Art. 5º, XLVI, Constituição Federal.
[3] Art. 5º, XLVII, Constituição Federal.
[4] Art. 5º, XLVIII, XLIX e L, Constituição Federal.
[5] Art. 5º, XXXIX, Constituição Federal.
[6] Art. 5º, XLIII, Constituição Federal.
[7] Art. 5º, XLII, Constituição Federal.
[8] Art. 4º, VIII, Constituição Federal.
[9] Art. 5º, XLII, Constituição Federal.

que tenta, de variadas formas, impedir a manifestação de discursos de ódio baseados em algumas espécies de preconceitos[10].

Apesar de proibir diversas condutas baseadas em preconceito, que vão desde iecusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador[11] até impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social[12], e de possuir peculiar e contraditória figura no seu artigo 10[13], no tocante especificamente aos discursos de ódio e a consequente vedação da liberdade de expressão, a Lei 7.716/89 traz o seu artigo 20 que conta com a seguinte redação:

> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
>
> Pena: reclusão de um a três anos e multa.
>
> § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.
>
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
>
> § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:
>
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
>
> § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência
>
> I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;
>
> II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;
>
> III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.
>
> § 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido

Percebe-se pela descrição típica que qualquer manifestação genérica capaz de promover um discurso de ódio em face de preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja tal manifestação propalada por qualquer meio, é capaz de configurar-se o crime previsto no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89.

---

[10] A título de exemplo, nem o preconceito de gênero nem o preconceito decorrente de orientação sexual são abarcados pela Lei n.º 7.716/89.

[11] Artigo 5º da Lei n.º 7.716/89.

[12] Artigo 14 da Lei n.º 7.716/89.

[13] O artigo 10 da lei traz como crime a conduta de impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades, trazendo a previsão das casas de prostituição, a princípio proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, .

É de se ressaltar que esse não é o único diploma legal disposto com esse objetivo. O próprio Código Penal, no capítulo dos Crimes contra a Honra, traz dispositivo complementar quando trata da injúria preconceituosa, ou injúria racista.

O art. 140, §3ºdo Código Penal diz que

> Art. 140.
> [...]
> § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
> Pena - reclusão de um a três anos e multa

Percebe-se que tal conduta difere-se daquela disposta no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 por se tratar de ofensa diretamente dirigida a um indivíduo, e por este motivo atingindo a sua honra, e não um discurso genérico em que todo um grupo acaba por ser atingido.

Nota-se também que não são os mesmos tipos de preconceito que são abarcados pelos dois dispositivos legais, uma vez que se a ofensa é dirigida a pessoa idosa ou portadora de deficiência é possível a configuração do crime do art. 140, §3º do CP; se o mesmo ocorre de maneira genérica, um discurso que, por exemplo incite ou induza a discriminação ou preconceito contra idosos, o fato é atípico.

Desta forma, fica óbvio que a limitação à liberdade de expressão poderá ocorrer sempre que o seu conteúdo for discriminatório e racista, tendo em vista que a Carta Constitucional elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, a vedação à discriminação como um de seus objetivos e o combate ao racismo como um dos princípios regentes das relações internacionais[14].

É forçoso reconhecer também a necessidade da ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos e princípios fundamentais. Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há nenhum princípio na CRFB que seja absoluto, estando, todos eles, sujeitos a ponderação de interesses. Tendo em vista a teoria dos princípios, todo princípio possui um núcleo essencial, que não pode ser descumprido, sob pena de desconfigurá-lo. Esta área nuclear é denominada *reserva de ponderação,* a qual, após o teste de proporcionalidade ou de razoabilidade, não pode ser abolido nem restringido.

Nestes termos, a aplicação da liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio deve respeitar o núcleo central dos demais princípios constitucionais e direitos fundamentais

[14] Art. 1º, III; Art. 3º, IV e art. 4º, VIII da Constituição Federal.

estampados na Carta Maior, assim como todo o ordenamento jurídico deve respeitar o núcleo central da liberdade de expressão, sob pena de desconfigurá-la.

Desta forma, propõe-se agora a discussão em torno do habeas corpus 82.424-2/RS, caso paradigmático para a discussão que ora se leva a cabo.

4. O HABEAS CORPUS 82.424-2/RS

4.1 Resumo do Caso e dos Votos

O HC 82.424-2/ consiste em um julgado do Supremo Tribunal Federal de grande relevo para a discussão sobre o discurso de ódio e racismo em nosso ordenamento jurídico brasileiro. O HC 82.424-2/RS, de relatoria do Ministro Moreira Alves, trata-se da confirmação do indeferimento de *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça impetrado pelo paciente Siegfried Ellwanger em razão da prática de comercialização de livros racistas, anti-semitas, com apologia a ideias discriminatórias e de incitação de ódio ao povo judeu.

O Relator do *habeas corpus* em menção, Ministro Moreira Alves, em voto vencido, partindo do pressuposto de que o racismo é espécie da qual a discriminação é gênero, realizou uma interpretação restritiva da Constituição, entendendo como imprescritível apenas os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, conforme previsto no art. 5°, XLII e XLIV do texto constitucional.

Através de uma análise histórica da Constituinte, entendeu que racismo não abrange os povos judeus, por esta categoria não ser considerada raça. Nesse sentido, sustentou que o racismo, conceituado pela Carta Maior, era atrelado a raça como comumente entendida, ou seja, a branca, negra, amarela e vermelha. Assim, posicionou-se pela prescritibilidade do discurso do ódio proferido em face dos judeus.

Em sentido contrário, o Ministro Maurício Corrêa salientou, em divergência, a inexistência da divisão da espécie humana em raças, em razão do mapeamento científico do genoma humano ter demonstrado que não existem distinções entre os seres humanos, seja em razão da cor da pele, do formato dos olhos, a altura, pêlos ou qualquer característica física, não havendo diferenças biológicas entre os homens.

Desta forma, o Ministro em menção acolheu a célebre tese de que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo político-social que se origina no racismo e que

gera, consequentemente, a discriminação e o preconceito segregacionista. Salientou, também, que:

> [...]esse preconceito de raça em relação a eles judeus [...] persistiu na memória da língua portuguesa, criando-se o peculiar substantivo judiação como sinônimo de maus-tratos, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Tais palavras, aliás, bem demonstram que na visão popular essa discriminação soa indubitavelmente como racismo [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MAURÍCIO CORREA, p. 36].

Neste mesmo sentido, o Ministro Celso de Melo, em antecipação de voto, salientou o claro propósito do Supremo Tribunal Federal de "*afirmar os compromissos do Estado brasileiro e de manifestar a preocupação desta Corte com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos"* [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CELSO DE MELO, p 08].

O Ministro Celso de Melo ressaltou a dimensão subjetiva da pessoa humana, sendo reconhecida a sua essencial dignididade como "*valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados Nacionais"* [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CELSO DE MELO, p 10].

Neste ponto, cumpre mencionar que a dignidade da pessoa humana está estampada no art. 1°, III da CRFB como fundamento da República Federativa do Brasil, núcleo central de toda principiologia constitucional, que deve ser firmemente protegida em face de arbitrariedades. Sustentou que as:

> [...]publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignididade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão e de pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CELSO DE MELO, p 17].

Este entendimento realiza a vedação do discurso do ódio e possui a tendência da repulsa a estes pronunciamentos que são, em sua essência, intolerantes e discriminatórios, revestidos, no ordenamento jurídico brasileiro, como salientado, de ilicitude penal.

O Ilustre Ministro entendeu que a liberdade de manifestação e expressão, por mais abrangente que seja, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente no que tange as expressões que veiculem o discurso de ódio racial, transgrindindo, de modo inaceitável, os valores tutelados pela ordem constitucional [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CELSO DE MELO, p 18].

Assim, a ponderação de interesses demonstra que, através do teste da proporcionalidade, a liberdade de expressão dos discursos que veiculam o ódio é restringida de forma a garantir o núcleo central de outros princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, que estariam flagrantemente desconfigurados com a prolação do discurso discriminatório.

No entanto, o supramencionado Ministro entende que mais do que conflituosidade entre os direitos fundamentais, trata-se de caso de concretização de:

> [...]norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamento abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CELSO DE MELO, p 19-20].

Neste mesmo sentido, salientou também que;

> [...]os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público[STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CELSO DE MELO, p 19-20].

Em confirmação de voto, o Ministro Celso de Mello reiterou todos os termos da sua antecipação de voto, ressaltando que a liberdade de expressão deve ser protegida pelo Estado, livre de censuras, sendo que, no entanto, o seu abuso não deve ser tolerado, em razão das consequências sociais que dele pode advir. Ressaltou que não há direitos e garantias fundamentais que sejam absolutos, sendo possível a sua restrição, desde que atendidos os mandamentos constitucionais. E salientou que pela ponderação dos valores da dignidade da pessoa humana, igualdade e tolerância prevalecem sobre a liberdade de expressão de caráter nitidamente discriminatório.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em voto vista, abordou a coalisão entre a liberdade de expressão e o racismo, entendendo que discriminação racial pelo exercício da livre manifestação de opiniões, compromete pilares do sistema democrático, entre eles o princípio da igualidade e a dignidade da pessoa humana.

Sobre o racismo, consignou que sua noção:

> [...] não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social [...] (STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. GILMAR FERREIRA MENDES, p. 10).

Analisando os níveis da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes proferiu o seu voto não concedendo a ordem de habeas corpus, por entender que a decisão judicial impugnada atende os requisitos da adequação, necessidade e razoabilidade.

O Ministro, ademais, faz aditamento ao voto proferido no sentido de frisar que a restrição da liberdade de expressão no presente caso depende do teste da proporcionalidade; que o racismo é um conceito ultrapassado, mas que manifestações racistas ainda permanecem existindo; que o revisionismo é uma das principais formas de discriminação contra o povo judeu; além de salientar diversas decisões de tribunais europeus no sentido de condenar o antissemitismo.

O Ministro Carlos Velloso, em antecipação de voto, retorna a discussão de que não há em que se falar em raça em termos biológicos, sendo só uma espécie humana, defendendo que o racismo reside nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas, na discriminação que culmina na desigualdade racial e não no conceito de raça, por não existir essa divisão.

Cabe colacionar o seguinte entendimento proferido pelo Ministro:

> Racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião. Bem acentua Celso Lafer, os judeus não são uma raça. Como não são uma raça os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos humanos. O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características "raciais" para instaurar a desiguldade e a descriminação [STF, HC 84.424/RS, VOTO MINISTRO CARLOS VELLOSO, p. 10].

Indeferiu, por fim, o *writ*, por entender que a publicação não tem caráter científico, mas panfletário, estimulando a intolerância e que neste conflito aparente de direitos

constitucionais deve ser resolvido pela predominância do preceito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos fundamentais inscrito na CRFB/88. Reiterou estes termos na confirmação de seu voto.

Por sua vez, o Ministro Nelson Jobim realizou uma recuperação sumária do judaísmo, concluindo pela inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime de racismo em face dos judeus, indeferindo também o habeas corpus. Em sua confirmação de voto, ressalta que o racismo não se restringe aos negros, mas também a toda e qualquer pessoa ou grupo que venha a sofrer discriminação, sendo eles conhecidos na época do Constituinte ou apenas posteriormente.

Em antecipação de voto, a Ministra Ellen Gracie reafirmou os argumentos de que o racismo existe como fenômeno social, afirmando "*ser impossível aceitar a argumentação segundo a qual, se não há raças, não é possível o delito de racismo*" [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. ELLEN GRACIE, p. 05],denegando a ordem.

O Ministro César Peluzo, no mesmo sentido, em antecipação de voto, entendeu que o autor-paciente tornou-se especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica, não sendo um fato isolado, mas sim configurando um comportamento reiterado de incitação ao ódio, reforço do preconceito e propagação do antissemitismo, motivo pelo qual denegou o *writ* [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CÉSAR PELUZO, p. 05].

Em voto vista, o Ministro Carlos Britto, ressaltou que a colisão de princípios constitucionais, entre os quais o da dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e pluralismo político bem como os valores emanados do preâmbulo, os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Salientou que, ao que parece, trata-se de inter-referência, por oposição, na medida em que, no caso concreto, a incidência de um princípio acarreta na exclusão de outro em confronto [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN CARLOS BRITTO, p. 08].

Como questão de ordem, mencionada que o art. 5°, LVII da CR assegura a presunção de inocência, entendendo pela atipicidade da conduta do paciente à época dos fatos noticiados na denúncia, em razão das leis que tratam da imprescritibilidade do racismo serem posteriores à data do fato, antecipando o seu posicionamento de conceder a ordem [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CARLOS BRITTO, p. 20].

Sobre o mérito, o Ilustre Ministro abordou a criminalização do racismo, salientando que a prática de racismo consiste num atuar, agir, sendo um comportamento ambivalente, concreto e abstrato. Esclareceu que o racismo pode ser exercido de modos direto e indireto,

sendo desdobramento deste a incitação – como instigação sem meios termos, escancaradamente – e induzimento – instigação sorrateira ou por meios subliminares [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CARLOS BRITTO, p. 51]. Ressaltou que todas estas modalidades são, no fundo, racistas, sendo repudiadas pela Constituição Federal.

Em sequência, o referido Ministro diferenciou o uso e o abuso da liberdade de expressão, ressaltando que este está expressamente previsto na Carta Magna, nas suas vedações ao exercício deste direito. Ponderou a liberdade de expressão e o direito de não sofrer descriminação. Salientou que como excludentes constitucionais do abuso de liberdade de expressão estão a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política.

A seguir, reafirmou que o significado do racismo tem raízes histórico-culturais e conceitua-o como discriminar ou preconceitualizar a atribuição de uma dada pessoa um tratamento humilhantemente desigual, de forma que o padecido sofre um imenso *déficit* de dignidade, infringindo-o de uma padente dor moral [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CARLOS BRITTO, p. 44-45].

Depois, afirmou o preconceito como desigualdade civil-moral, ressaltando que a desigualdade, em última espécie, consiste numa intolerância para o fato de que a sociedade é plural. Consignou que quando se aceita a pluralidade da sociedade, o preconceito tende a sumir e a fraternidade assume seu lugar.

Após estas abordagens preliminares, o Ministro em menção afirmou que a obra ora impugnada tratava de uma pesquisa histórica, numa perspectiva revisionista, ainda que pouco atraente, de demonstrar que a história contada acerca do holocausto foi feita pelos vencedores [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. CARLOS BRITTO, p. 55 e ss.], concedendo o *writ.*

Em voto vista, o Ministro Marco Aurélio fez uma análise histórica acerca da censura, relembrando acontecimentos como a determinação de Rui Barbosa, através do Decreto de 14 de dezembro de 1890, para a destruição de todos os documentos referentes à escravidão, com o intuito de esconder os horrores da escravidão negra do Brasil [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MARCO AURÉLIO, p. 12], e a Congregação do Índex, criada em 1543, época da Inquisição, que proibia a veiculação de livros contrários à doutrina católica [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MARCO AURÉLIO, p. 14]. Afirmou veementemente que:

> A censura, em suas diversas formas – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial -, tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MARCO AURÉLIO, p. 10].

Em análise, demonstrou a importância da garantia da liberdade de expressão para um Estado de Direito, fazendo uma abordagem acerca de suas finalidades e salientando que a intolerância às opiniões divergentes é caminho para o totalitarismo.

Ao abordar a ponderação dos interesses envolvidos no caso, afirmou e indagou que:

> [...] não é correto se fazer um exame entre a liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa diggnidade, entre outras questões [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MARCO AURÉLIO, p. 30].

Sobre este aspecto, entendeu que não haviam dados concretos e seguros que demonstrassem que o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo. Afirmou que apesar da ideologia do autor ser repudiada por muitos, deve ser garantida. Ressaltou que:

> [...]a limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida com caráter de máxima excepcionalidade e há de ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve grave abuso no exercício [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MARCO AURÉLIO, p. 31].

O Ministro profereu o entendimento de que o livro publicado não tem o cóndão de causar um dano real ao povo judeu, aborda que a publicação de um livro é um ato de democracia, pois somente irá ter acesso às suas informações quem o procura, de forma que sua leitura não é imposta à ninguém. Salienta que, em nossa realidade histórica, o povo brasileiro não discrimina a cultura judaica. Cabe transcrever:

> Não encontrei, na análise dos Anais da Constituinte, qualquer menção, única que fosse, ao povo judeu quando fora discutido o racismo. A explicação, para mim, é evidente. É que a Constituição de 1988 é uma Constituição do povo brasileiro, para ser aplicada ao povo brasileiro e tendente a resolver os nossos próprios problemas [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MARCO AURÉLIO, p. 32].

Ao aplicar o princípio da proporcionalidade no caso concreto, o Ministro entende que não se configuraria as suas vertentes [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MARCO AURÉLIO, p. 31]. Assim, não haveria adequação, na medida em que a condenação do paciente e a proibição das obras não são meios aptos para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. A exigibilidade ou necessidade não estaria configurada porque a restrição do direito à expressão não garantiria a conservação da dignidade do povo judeu. E não seria razoável a medida, já que a restrição da manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa, não incita a violência, já que não há indícios mínimos que o livro causará uma revolução na sociedade brasileira e, ainda, que a proibição da publicação dos livros pelo paciente não alcançará a finalidade de não divulgação das ideias, pois há maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas da população ter acesso a tais pensamentos, como, por exemplo, através da internet.

Após fazer um apanhado da jurisprudência comparada, o Ministro Marco Aurélio realizou uma análise do racismo nas Constituições Brasileiras, demonstrando que, apenas com a Constituição de 1934, o ordenamento passa a prever o fator racial de forma explícita, somente tornando o crime do racismo imprescritível com a Constituição de 1988.

Ademais, ressaltou que o julgamento do presente caso pode se configurar como uma jurisprudência simbólica, através da qual o Supremo Tribunal Federal exprime uma posição politicamente correta perante a sociedade, demonstrando a defesa do pensamento antinazista. No entanto, explicita que o que está em jogo no presente *habeas corpus* é a liberdade do autor expressar o seu ponto de vista através de um livro, ainda que de forma não condizente com o que se espera de um homem médio e não os fatos ocorridos no campo de concentração.

Ainda, salientou que o julgamento pode se constituir em uma jurisprudência-álibe, na medida em que o Supremo Tribunal Federal demonstrará uma posição de indignação aos pensamentos anti-semitas, mantendo, assim, a confiança dos cidadãos.

O Ministro concluiu seu voto dizendo que a Constituição de 1988, ao determinar a imprescritibilidade do crime do racismo, o fez dirigido contra os negros, em razão de ser esta a discriminação enraizada na vida dos brasileiros [STF, HC 84.424/RS, VOTO MIN. MARCO AURÉLIO, p. 67].[15] Concedeu a ordem de habeas corpus, por entender pela prescritibilidade da pretensão punitiva e inexistência do crime de racismo.

Por último, o Ministro Sepúlveda Pertence proferiu o seu voto, no sentido de denegar a ordem de habeas corpus. O referido Ministro adotou um conceito socio-cultural de raça e

[15] É de se ressaltar que a interpretação histórica do texto constitucional nem sempre é a mais recomendada por engessar o processo de interpretação da norma impedindo que ela se adapte a eventuais mudanças sociais.

salientou que o livro pode ser um instrumento de prática do racismo, como ocorre no presente caso, que, inclusive, não se trata de uma tentativa séria de revisão histórica do holocausto.

Após todas estas colocações, o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu o seguinte acórdão:

> Ementa
>
> HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs 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. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da

Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto,consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.
(HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 17/09/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

4.2 Reflexos e Críticas ao Julgamento

O julgamento do HC 84.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal trouxe diversos reflexos sobre o discurso de ódio e racismo no ordenamento jurídico brasileiro, construindo uma jurisprudência sobre estas temáticas.

Em primeiro lugar, no julgamento em menção ficou consolidado que o racismo não existe em um sentido biológico, mas histórico-cultural, sendo o desenvolvimento da diferenciação feita pelos homens de determinadas características, de forma a discriminá-las. Desta forma, a lei do racismo ganhou contornos, de forma a se aplicar não apenas aos negros, mas também a todos aqueles segmentos sociais que são vistos como integrantes de divisões político-sociais segregadas, como foi nesse julgamento o caso dos judeus. A lei do racismo passa a destinar a sua proteção a todas as minorias que são entendidas socialmente constituídas em termos raciais.

Em segundo lugar, pela primeira vez, a Suprema Corte Brasileira se posicionou acerca do tema do discurso de ódio, firmando um posicionamento de restrição à liberdade de expressão veiculadora do ódio. Ficou consignado a prevalência de outros princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, sobre a liberdade de expressão que veicule o discurso do ódio.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no julgado em menção, reijeitou expressamente a proteção ao discurso do ódio em seu ordenamento jurídico, com base na proteção da dignidade da pessoa humana e na afirmação do compromisso constitucional de busca de uma sociedade solidária, justa e democrática, sem discriminações e com vedação ao racismo.

Em terceiro lugar, o referido julgado abriu discussões sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade. Realmente, a crítica realizada pelo Ministro Marco Aurélio acerca da possibilidade do julgamento em comento acabar se transformando em uma jurisprudência simbólica parece ser procedente.

Nota-se que o julgamento analisado tratou de forma abstrata a poderação de valores, dando primazia à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade em face da liberdade de expressão que veicule o discurso do ódio.

Pode-se notar pela leitura dos votos que as decisões foram feitas com base em valores abstratos, sendo que em nosso ordenamento jurídico todos os princípios possuem o mesmo patamar hierarquico de importância.

Cabe ressaltar que para aplicação do princípio da proporcionalidade na restrição do discurso de ódio, Daniel Sarmento [2012, p. 55-58] sugere a observância do meio empregado

para a divulgação das mensagens raivosas para que se proceda a restrição da liberdade de expressão. Neste sentido, discursos de ódio praticados por meios de comunicação expressivos devem receber tratamento diferenciado do discurso de ódio veiculado através de livros. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em nenhum momento, diferenciaram o tratamento do discurso de ódio exteriorizado pelos diferentes meios de comunicação, de forma que parece implícito que o tratamento para todo e qualquer tipo de discurso de ódio seria a sua restrição.

Além disto, observa-se que não foi objeto de análise a possibilidade de que o trabalho tenha sido fruto de pesquisa histórica, situação na qual deveria ser objeto de ponderação a liberdade acadêmica. Em alguns momentos do julgamento, alguns Ministros ressaltaram que a obra do paciente veiculava tese revisionista, devendo ser restringida. Mas não foi abordado, com rigor, se a tese revisionista seria legítima ou ilegítima. Sobre as teses revisionistas legítimas, cabe salientar que:

> [...] há casos em que as correntes revisionistas não são ilegítimas, ou seja, não são marginalizadas, não possuem como finalidade precípua a discriminação, nem ignoram a racionalidade ou o valor dos dados históricos, mas têm como escopo a realização de um debate aberto sobre o acontecimento histórico [RIBEIRO; COSTA, 2015, pp. 13-14]

Cumpre observar que o julgamento não verificou se a tese revisionista estava fundada na liberdade acadêmica, de forma a realizar e divulgar estudos sérios e comprometidos de revisão e compreensão do fenômeno histórico, o que, pela leitura dos votos, não é possível afirmar.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, observa-se que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro tutela e assegura a liberdade de expressão, comprometendo-se na luta contra a censura, mas permite também a sua restrição nos casos de abuso. Um paradigmático caso de restrição deste direito fundamental ocorre quando a expressão exteriorizada veicula o discurso de ódio.

Nem texto constitucional brasileiro nem a legislação pátria tratam expressamente da restrição da liberdade de expressão veiculadora do ódio, apesar de mencionarem a necessidade de tutela em face de práticas preconceituosas como o racismo. No entanto, existem diplomas normativos que vedam a externalização de posicionamentos discriminatórios e racistas. A própria Lei Maior impõe a vedação de exteriorização e

manifestação de pensamentos discriminatórios, considerando como imprescritível o crime de racismo.

De forma a contribuir para as discussões acerca da restrição da liberdade de expressão veiculadora do discurso de ódio, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84.424/RS encontra grande relevo. O mencionado julgado denegou a ordem de concessão de *habeas corpus* em face do paciente, entendendo que a obra publicada pelo mesmo possuia nítido caráter racista, caracterizando crime imprescritível.

O referido julgado trouxe reflexos importantes para o aprimoramento da discussão brasileira sobre a significação do discurso de ódio: definiu-se o racismo como uma divisão sócio-política, de forma a englobar segmentos sociais minoritários como os judeus no termo raça; vedou-se a proteção pelo ordenamento jurídico pátrio das expressões raivosas; e realizou-se a aplicação do princípio da proporcionalidade.

No entato, em que pese as contribuições construtivas trazidas pelo presente julgado, sobre o mesmo incidem algumas críticas. Em primeiro lugar, a primazia da igualdade e da dignidade da pessoa humana em face da liberdade de expressão feita de forma abstrata enfraquece o entendimento de que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais. Em segundo lugar, não foram observados parâmetros para a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em menção, como a análise do meio de divulgação da ideia odiosa. Em terceiro lugar, não se discutiu se a tese revisionista na qual o paciente estava veiculando era realmente ilegítima ou se guardava relação com a liberdade acadêmica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988*. Ago/2001. Disponível em: http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_142.pdf Acesso em 14 de julho de 2015.

BRASIL. *HABEAS CORPUS* 82.424/RS, 17/09/2003, STF Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052 Acesso em: 12 de junho de 2015.

BINENBOJM, GUSTAVO. *Meios de Comunicação de massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Set/2003. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15895-15896-1-PB.pdf Acesso em 10 de julho de 2015.

BRUGGER, WINFRIED. The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I). V.4, n. 1, dez/2002 Disponível em: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF_Vol_04_No_01_01-44_Public_Brugger.pdf Acesso em 20 de abril de 2015.

BRUGGER, WINFRIED. The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II). V.4, n. 1, jan/2003 . Disponível em: http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=225 Acesso em 20 de abril de 2015.

CANOTILHO, JOAQUIM JOSÉ GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPALDI, NICHOLAS. *Da liberdade de expressão – uma antologia de Stuart Mill a Marcuse.* Tradução de Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Documentação, Serviço de Publicações, 1974.

COSTA e RIBEIRO. Rodrigo de Souza & Raisa Duarte da Silva. Teses revisionistas e a restrição da liberdade de expressão. Trabalho apresentado ao XXIV Encontro Nacional do CONPEDI. In mimeo

DA SILVA, JOSÉ AFONSO. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DA SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 2004.

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

KNECHTLE, JOHN C. Holocaust Denial and The Concept of Dignity in The European Union. Washington & Lee Law School, Current Law Journal Content, v. 36, n. 1, p. 41-65, 2008b.

MACHADO, JONÁTAS E. M. *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002.

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

PIRES, Thula Rafaela Oliveira. O direito brasileiro e a luta antirracismo: uma experiência a ser considerada para definição dos rumos da Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024). In: BERNER, Vanessa B.; BOITEUX, Luciana. (Org.). A ONU e as Questões Internacionais Contemporâneas. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, v. , p. 278-320.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech".* 2012. Disponível em: http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-liberade-expressao-e-o-problema-do-hate-speech.pdf Acesso em 16 de julho de 2015.

WEBB, THOMAS J. Verbal Poison – Criminalizing Hate Speech: A Comparative Analysis and Proposal for the American System. *Washburn Law Journal*, Vol. 50, 2010-2011.

WEBER, ANNE. Manual *On Hate Speech*. França: Council of Europe Publishing, 2009. Disponível em: http://book.coe.int/ftp/3342.pdf Acesso em 04 de agosto de 2015.