

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

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 Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

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 - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

D597

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

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-145-6

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 21 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o princípio da dignidade da pessoa humana como força motriz do ordenamento jurídico brasileiro ;a dignidade da pessoa e a necessidade da proteção das minorias; a relativização do direito fundamental à vida e o aborto sentimental: as influências dos setores sociais diante do conflito de direitos fundamentais; cyberbullying: o conceito e a família no processo de prevenção; a proteção de dados pessoais no processo judicial eletrônico como garantia fundamental à privacidade; a liberdade de expressão e o discurso de ódio no brasil; a disciplina legal do direito à privacidade no atual contexto do meio ambiente digital; os direitos da personalidade em colisão com a liberdade de expressão e de imprensa: estudo de caso de remoção de reportagens em prol da honra de ministro do STF; a aplicação do regulamento 2016/679/CE no âmbito da união europeia e Portugal: breve análise sobre o direito a ser esquecido em tempos virtuais; a medida provisória de acesso de dados em tempos de pandemia: o big brother brasileiro; transformação digital e o acesso a internet como direito fundamental; garantia de acesso à informação em casos de tragédias ambientais; capacitismo e reconhecimento em tempos de pandemia: uma análise do biopoder em face dos direitos fundamentais; análise criminal e a reincidência criminal: reflexões para a diminuição da criminalidade; esporte como forma de minimização à violência e a pandemia do covid 19;

direitos fundamentais e a nova lei de abuso de autoridade no âmbito dos policiais militares; direitos fundamentais, teoria e prática: uma análise a partir da forma política estatal do capitalismo; índice de desenvolvimento humano (idh): análise dos direitos fundamentais na seara tributária; a análise econômica do direito aplicada à tributação como forma de concretização dos direitos fundamentais; ativismo judicial e o requisito da incapacidade financeira: análise do tema repetitivo 106 do superior tribunal de justiça; a efetivação do direito fundamental à saúde por meio de decisões do poder judiciário no estado contemporâneo.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2020.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>),

conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH IN BRAZIL

Alessandra Abrahão Costa ¹

Resumo

Por meio do método hipotético-dedutivo, o presente artigo buscar analisar, de forma crítica, algumas decisões paradigmáticas no Supremo Tribunal Federal envolvendo o paradoxo existente entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, principalmente os aspectos em relação ao discurso de ódio. A pesquisa utiliza o julgamento do Habeas Corpus 82.424, do Rio Grande do Sul, conhecido como Caso Ellwanger, com o intuito de formar um parâmetro para solucionar o conflito entre a livre manifestação e o discurso de ódio, sem que para isso seja preciso nova regulamentação legal que proíba os discursos odiosos.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Caso ellwanger, Habeas corpus 82.424, Livre manifestação do pensamento, Discurso de ódio

Abstract/Resumen/Résumé

Through the hypothetical-deductive method, this article seeks to critically analyze some paradigmatic decisions in the Supreme Federal Court involving the paradox that exists between freedom of expression and the dignity of the human person, especially aspects related to hate speech . The research uses the judgment of Habeas Corpus 82.424, from Rio Grande do Sul, known as the Ellwanger Case, in order to form a parameter to resolve the conflict between free speech and hate speech, without requiring new regulations legal that prohibits hateful speeches.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Ellwanger case, Habeas corpus 82.424, Free expression of thought, Hate speech

¹ Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia, pela Universidade FUMEC. Advogada e Jornalista.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal se mostra oscilante, sem conseguir delimitar um parâmetro a ser seguido para estabelecer quais são os limites do direito à liberdade de expressão.

Não é raro encontrar decisões casuísticas no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Posturas bipolares dos onze ministros e malabarismos jurídicos ao decidir. Existe clara falta de coerência na jurisprudência da Corte Suprema, no Brasil.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal foi o grande protagonista da crise política. Foi possível observar, de 2008 para os tempos atuais, a construção de uma “supremocracia”. Em momentos críticos, o poder foi exercido individualmente por ministros do STF, sem a participação ou o debate dos temas pelo Plenário. Na prática, decisões que deveriam ter caráter liminar e provisório sequer são votadas pelo órgão colegiado (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14).

A jurisprudência oscilante do Supremo não é novidade. Há mudanças abruptas de posições de ministros do STF sobre as mesmas questões em curto espaço de tempo. Em razão disso, o presente artigo busca analisar, de forma crítica, algumas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, com destaque para os casos relacionados aos discursos odiosos.

Diante da dificuldade de se encontrar uma definição unânime e uniforme do que seriam os discursos odiosos, o objetivo é analisar as argumentações dos ministros da Corte Suprema com o intuito de formar um parâmetro para solucionar o conflito entre a livre manifestação e o discurso de ódio.

Para isso, a pesquisa utiliza como marco teórico o julgamento do Habeas Corpus 82.424, no Rio Grande do Sul, conhecido como Caso Ellwanger. Nesse julgamento, as bases teóricas do conceito de racismo foram definidas, o que acendeu o debate acerca dos limites da liberdade de expressão e publicação de livros com ideias antissemitas (BRASIL, 2004).

No Brasil, inexistente (ainda) lei que regulamente ou proíba os discursos de ódio. É certo que a Constituição da República de 1988 põe a salvo a liberdade de expressão (art. 5º, IX, CR/1988) e, ao mesmo tempo, veda a discriminação (art. 5º, XLI, CR/1988) e o racismo (art. 5º, XLII, CR/1988), além de ter como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/1988).

Devido à inexistência legal regulamentando o discurso de ódio e os constantes conflitos entre direitos fundamentais, fica a cargo da interpretação jurídica “conceituar” o

direito, de acordo com as características sociais, os valores morais, os costumes e as particularidades do caso concreto. A pesquisa se baseia numa abordagem crítica-reflexiva quanto ao tema.

2 A JURISPRUDÊNCIA OSCILANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Certa vez, o Ministro Marco Aurélio afirmou dispensar cobranças de coerência, pois não teria compromisso com seus próprios erros. As contradições decisórias da Corte Suprema estampam capas de jornais há mais de um século, desde a criação pela primeira Constituição Republicana, de 1891 (CANTISANO, 2016, p. 107).

O polêmico pensamento, que chegou a ser noticiado pelo jornal espanhol *El País*, foi externado durante votação no Supremo Tribunal Federal, quando pelo placar de 6 a 5, os magistrados concluíram que ao Judiciário é possível conceder medidas cautelares contra os congressistas, desde que não impliquem em afastamento das funções públicas. O julgamento ocorreu em 2017, após um ano e cinco meses, o STF ter afastado, de maneira unânime, o então deputado federal Eduardo Cunha (PMDB – RJ) (BENITEZ, 2017)¹.

Um dos motivos dessa jurisprudência oscilante e contraditória talvez seja o acúmulo de competências do Supremo Tribunal Federal, que nunca foi uma corte exclusivamente constitucional. As inúmeras competências jurisdicionais da Suprema Corte fazem com que o STF se comporte como três cortes distintas fundidas em apenas uma instituição (MUZZI FILHO; MURTA, 2016, p. 331).

No Brasil, o que se vê é a aplicação de dois pesos e duas medidas. Enquanto a “Marcha da Maconha” é evento realizado em diversas cidades, a favor da descriminalização da *cannabis* e de mudanças legislativas, a exibição de um artista nu, no Museu de Arte Moderna (MAM), em São Paulo, gerou revolta. Reportagens sobre o assunto foram veiculadas em diversos portais de notícia, como “G1”; “Estadão”; “Uol”; “Veja”; “Isto é”. Em 2017, o Ministério Público de São Paulo abriu investigação para apurar possíveis violações ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (SÃO PAULO, 2017)².

¹ O Ministro Marco Aurélio também revelou não ter compromisso com os próprios erros em 2009. No julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.071, do Distrito Federal (BRASIL, 2009, p. 104).

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>. Acesso em: 27 jul. 2020.

² O Ministério Público Federal, de São Paulo, estava atuando de forma coordenada com o Ministério Público Estadual para apurações do fato ocorrido. Sendo assim, em janeiro de 2018, o MPF promoveu o arquivamento

Sobre a “Marcha da Maconha”, cabe destacar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Em decisão unânime, por oito votos, o STF liberou a realização desses eventos, sob o fundamento de garantia dos direitos à liberdade de reunião e à livre expressão (BRASIL, 2011).

Na ocasião, o voto do Ministro Celso de Mello, foi seguido integralmente pelos colegas. Ao votar, o Ministro Celso de Mello, citou o voto do *justice* Oliver Holmes, no caso *Abrams vs. United States*³, consagrando o argumento do livre mercado de ideias (*marketplace of ideas*). Segundo o Ministro, “a colisão de opiniões conflitantes, sob o prisma jus-filosófico, reclama como premissa o denominado *free speech*, que amplia o esclarecimento público e as chances de atingir a verdade decorrente da ideia no livre mercado do pensamento” (BRASIL, 2011, p. 3):

Coube ao Juiz OLIVER WENDELL HOLMES, da Suprema Corte dos EUA, no voto dissidente proferido no célebre caso *Abrams v. United States* (250 US 616), afirmar que “o melhor teste de veracidade é o poder de uma ideia de obter aceitação na competição do mercado” (tradução livre do inglês); não caberia ao Estado, mas à livre circulação (*free trade*) ou ao **livre mercado de ideias (marketplace of ideas)** estabelecer qual ideia deveria prevalecer (BRASIL, 2015, p.15)

No acórdão, ficou estabelecido que o fato de uma ideia considerada errada, ou mesmo pernicioso, pelas autoridades públicas não serve como fundamento para justificar a proibição

do inquérito. Uma das fundamentações para a promoção de arquivamento foi o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), firmado entre o Museu de Arte Moderna e o MPSP, “visando, dentre outros, evitar a exposição desnecessária de crianças e adolescentes através da restrição do uso de aparelhos digitais em instalações que envolvam interação com artistas, além de fomentar a liberdade de expressão artística entre crianças e adolescentes, com a realização de eventos para o público infante-juvenil, incluindo debates sobre liberdade de expressão, e promoção de doações ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente voltadas a “Projetos que ofereçam para crianças processos de iniciação artística” (SÃO PAULO, 2018).

Informações disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/arquivamento-civel-la-bete-mam/view>. Acesso em: 16 set. 2020.

³ “Em 1918, os Estados Unidos participaram de uma operação militar em solo russo contra a Alemanha depois que a Revolução Russa derrubou o regime czarista. Os imigrantes russos nos EUA divulgaram literatura pedindo uma greve geral nas fábricas de munição para minar o esforço de guerra dos EUA. Os réus foram condenados por dois folhetos lançados de uma janela da cidade de Nova York. Um denunciou o envio de tropas americanas para a Rússia, e o segundo denunciou a guerra e defendeu a cessação da produção de armas a serem usadas contra a Rússia soviética. Eles foram condenados a 20 anos de prisão.”

“A Corte considerou que, ao apelar para uma greve geral e a redução da produção de munições, os folhetos violavam a Lei de Espionagem. A determinação do Congresso de que toda essa propaganda representava um perigo para o esforço de guerra foi suficiente para atender ao padrão estabelecido em *Schenck v. Estados Unidos* para processar tentativas de crimes. Como em *Schenck*, o Tribunal enfatizou que as proteções à fala são mais baixas durante a guerra.

Em uma opinião divergente, o juiz Oliver Wendell Holmes argumentou que a Primeira Emenda protege o direito de discordar dos pontos de vista e objetivos do governo. As proteções à fala, continuou ele, não devem ser restringidas, a menos que haja um perigo atual de mal imediato, ou o réu pretenda criar esse perigo. As evidências nesse caso consistiam em dois folhetos, que ele concluiu não atenderem ao teste de “perigo claro e presente”. (OYEZ,2020) Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/250us616. Acesso em: 22 de jun. 2020.

da sua veiculação. Estão amparadas pela liberdade de expressão não só as ideias aceitas pela maioria, como também aquelas consideradas absurdas e perigosas. Segundo a Corte, “trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas” (BRASIL, 2011, p.5).

Em 2020, as ruas do Brasil foram tomadas por pessoas que pediam a volta do Ato Institucional nº 5 e intervenção militar. Ministros do Supremo Tribunal Federal repudiaram a passeata⁴. Inclusive, a Procuradoria Geral da República solicitou a abertura de um inquérito⁵ para apurar as responsabilidades dos organizadores do evento, devido a suspeita de que deputados federais estariam envolvidos (BRASIL, 2020).

Diferentemente do discurso de ódio, os crimes de ódio são penalizados. O crime de ódio pode ser entendido como forma de violência motivada por preconceitos ou maus julgamentos. No entanto, há dificuldade para definir com precisão o que seria o discurso de ódio, no Brasil, pois tais manifestações não configuram uma ação. Também não se deve confundir o discurso de ódio com o politicamente (in)correto.

A ideia do “politicamente correto” parte da premissa de que seria possível que ninguém ofendesse ninguém. O termo não é uma novidade do século XXI, embora tenha se popularizado com o advento das redes e mídias sociais.

Luiz Felipe Pondé é um crítico da cultura do politicamente correto. Ao escrever o “Guia do Politicamente Incorreto na Filosofia”, Pondé definiu o politicamente correto como “um movimento que busca moldar comportamentos, hábitos, gestos, e linguagem para gerar a inclusão social desses grupos e, por tabela, combater comportamentos, hábitos, gestos e linguagem que indiquem uma recusa dessa inclusão” (PONDÉ, 2012, p. 16).

O ser humano é o animal mais amedrontado do mundo. Para Pondé, os politicamente corretos mentem a esse respeito, “a fim de aliviar a agonia que temos porque sabemos que somos todos no fundo covardes e dispostos a colaborar com nazistas (ou seus similares) se para nós for melhor em termos de sobrevivência” (PONDÉ, 2012, p. 15).

⁴ MOURA, Rafael Moraes. Ministros do Supremo repudiam ato a favor de intervenção militar visitado por Bolsonaro. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 19 abr. 2020. Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-assustador-ver-manifestacoes-pela-volta-do-regime-militar-diz-barroso,70003276434>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁵ Inquérito 4.828 instaurado a pedido da Procuradoria-Geral da República, com relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que tramita sob sigilo de justiça, para apurar os fatos ocorridos em 19 de abril de 2020, nos termos da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) (BRASIL, 2020). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em: 22 jun. 2020

As discussões sobre as barreiras legais daquilo considerado politicamente incorreto são perenes. Não é fácil defender a liberdade para as ideias odiosas. Há moralistas de ambos os lados, direita e esquerda. Giuliano Fernandes ilustra bem esse cenário: “interessante é que ambos os lados defendem a liberdade de dizer tudo, exceto aquilo que pode vir a os incomodar” (FERNANDES, 2018, p. 63).

Discutir os limites ao direito de se expressar livremente remete à dicotomia entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. O debate é acrescido da possível regulamentação do discurso de ódio, e, assim, valores como a igualdade e a dignidade da pessoa humana entram em cena.

É preciso compreender a complexidade de se formular uma teoria do direito e compreender a formação do constitucionalismo nos dois países.

Após duas grandes guerras e escombros deixados por governos ditatoriais e totalitários, um novo panorama global surgiu, no século XX. As Guerras Mundiais ensinaram que o desprezo pelos direitos do homem resulta em atrocidades inimagináveis. Essas atrocidades exigiram que as nações repensassem o direito. Era o momento certo de revisionismo jurídico, que ocorreu tanto em pactos e tratado internacionais, como das diversas constituições construídas no pós-guerra (DA COSTA; FREITAS, 2014, p. 893).

No Brasil, a independência atendeu às injunções da monarquia portuguesa. Não foi possível a formação de uma identidade nacional, que pudesse resultar no modelo de comunidade que comungue da mesma base moral (MUZZI FILHO, 2013, p.88).

As peculiaridades de cada sociedade formam as especialidades do direito de cada país. Daí, a dificuldade de se criar ou se imaginar uma teoria do direito que pudesse solucionar de maneira equânime e uniforme as questões e conflitos entre direitos fundamentais.

“A generalização da Teoria do Direito haveria de presumir a generalização de um modelo de sociedade” (MUZZI FILHO, 2013, p. 85).

O pós-positivismo traduziu a ideia de que a observância da lei, por si só, não é suficiente para a garantia da democracia. “A doutrina pós-positivista propõe a reformulação da abordagem legalista das fontes do direito” (NOVELINO, 2020, p. 62). A força normativa da constituição transforma os dispositivos constitucionais em limites materiais, retirando do legislador a discricionariedade política, principalmente em relação aos direitos fundamentais (NOVELINO, 2020, p. 62).

A escravidão e o Holocausto ocorreram com respaldo legal. O terror vivido pela Segunda Guerra Mundial foi legitimado pela lei. É necessário observar todo o conjunto de

princípios que compõem o ordenamento jurídico para tornar possível a proteção da dignidade da pessoa humana. Aponta Daniel Sarmento:

[...] eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozes barbaridades, sendo portanto necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção dos seus abusos. Neste contexto, o culto à lei como forma, à qual pode ser atribuído qualquer conteúdo, desde que ditado pelas autoridades competentes, dá lugar a um desencanto geral com o Positivismo Jurídico (SARMENTO, 2006, p. 171/172).

Ao escrever sobre o neoconstitucionalismo teórico, como teoria explicativa do direito, Marcelo Novelino anota que o neoconstitucionalismo procura “descrever os traços característicos dos sistemas jurídicos contemporâneos, tendo como foco central a análise da estrutura do papel assumido pela constituição no interior desses sistemas” (NOVELINO, 2020, p. 64).

O neoconstitucionalismo originou o reconhecimento da força normativa de todos os dispositivos contidos na constituição, e do papel da constituição como mecanismo de resolução de conflitos nas áreas jurídicas (NOVELINO, 2020, p. 64).

O princípio tem força de norma, ainda que sem previsão expressa. Princípios não se excluem, se ponderam, dando prevalência a algum deles no caso concreto:

Em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato (BARROSO, 2004, p.4).

Pelo modelo “tradicional”, e já superado, o juiz não possui papel de criador na norma jurídica. Essa é uma função a cargo dos congressistas, ou melhor, é uma função típica do Legislativo. Ao juiz, é dado o dever de interpretar a norma. Interpretar, portanto, “é descobrir essa solução previamente concebida pelo legislador” (BARROSO, 2004, p.2). É um papel estritamente técnico, pelo menos essa era tese clássica.

O modelo tradicional descrito acima está superado, segundo Luís Roberto Barroso. Em 2017, o Ministro Barroso, ao tratar sobre a ascensão política e institucional do judiciário, demonstrou que as Supremas Cortes e as Cortes Constitucionais desempenham três papéis diversos:

Contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório (BARROSO, 2017, p. 2173).

Quando os princípios começam a ganhar *status* de norma jurídica, os juízes começam a exercer também um papel de valoração da norma. Contribui para isso a utilização de cláusulas abertas e conceitos indeterminados. Enquanto as regras simplesmente prevalecem ou não no caso concreto, os princípios “vivem” em constante conflito. É caso, por exemplo, do direito à liberdade de expressão, direito à informação, livre manifestação do pensamento e os direitos de personalidade, tais como o direito à honra, à imagem, à intimidade e à privacidade. “O que caracteriza esse tipo de situação jurídica é a ausência de uma solução em tese para o conflito, fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis” (BARROSO, 2004, p.4).

Ao legislador cabe a tarefa de estabelecer parâmetros gerais, vez que os princípios contidos na Constituição não possuem uma hierarquia. O Legislativo não pode estabelecer uma regra com preferência abstrata de um direito fundamental em detrimento do outro, em respeito ao princípio da unidade da constituição.

A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito de forma abstrata permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. O legislador não está impedido de tentar proceder esse arbitramento, mas suas decisões estarão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo em conta apenas enunciados normativos envolvidos, e, em seguida, a um outro, desenvolvido diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese (BARROSO, 2004, p. 8).

Diante da impossibilidade de se criar uma Teoria Geral do Direito, isto é, “extensível a qualquer sistema jurídico, não importando a sociedade em que esteja alojado esse sistema jurídico” (MUZZI FILHO, 2013, p. 84), não é imaginável se criar um modelo de sociedade ideal.

A Teoria do Direito, para ser geral, como propõe Hart, igualmente parece presumir determinado “modelo de comunidade” no qual sejam compartilhadas certas compreensões sobre a “convivência em sociedade”. Daí por que me é difícil aceitar uma teoria geral que consiga abranger todos os sistemas jurídicos existentes, visto que tais sistemas existem em modelos de comunidade que guardam pouca uniformidade sobre os fundamentos de convivência social (MUZZI FILHO, 2013, p. 86).

Alguns parâmetros jurídicos podem até serem traçados nos ordenamentos, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, mas os fundamentos de convivência social certamente são diferentes em cada lugar do mundo. A compreensão do Direito deve considerar as peculiaridades locais, o desenvolvimento histórico de cada país e até mesmo a formação do Estado.

2.1 O DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL: O CASO SIEGFRIED ELLWANGER E SEUS DESOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Conhecer o “Caso Ellwanger” é avaliar a gênese da discussão acerca do discurso de ódio no Brasil. Trata-se do julgamento do Habeas Corpus 82.424, do Rio Grande do Sul, no dia 17 de setembro de 2003. Os próprios membros da Corte, à época, qualificaram o julgamento como “o mais relevante julgado da história daquele tribunal em matéria de direitos humanos” (SARMENTO, 2006, p.55).

Siegfried Ellwanger foi um escritor brasileiro, que ficou conhecido por negar o Holocausto. Em 1996, ele foi condenado, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), pela prática do crime de racismo, previsto no artigo 20, da Lei 7.716/89, em virtude da publicação de livros com conteúdo antissemitas, que negavam a história do genocídio dos judeus (BRASIL, 2004).

O escritor, e também sócio da empresa “Revisão Editora LTDA.”, nasceu em setembro de 1928, era descendente de alemães e tinha teses revisionistas sobre a Segunda Guerra Mundial, publicando livros sobre o holocausto judeu, como por exemplo, “Holocausto Judeu ou Alemão: nos bastidores da mentira do século”, e vendendo obras com o mesmo teor de autores nacionais e estrangeiros, como “Hitler: culpado ou inocente”, de Sérgio de Oliveira (BRASIL, 2004).

Ellwanger foi denunciado em novembro de 1991, e chegou a ser absolvido em primeira instância. No entanto, em outubro de 1996, foi condenado a dois anos de reclusão, por unanimidade, pelos desembargadores do TJRS. Em sede de *Habeas Corpus*, perante o Supremo Tribunal Federal, a defesa buscava “quebrar” a imprescritibilidade do crime de racismo, sob a alegação de que sendo os judeus uma etnia, e não uma raça, o antissemitismo seria um crime de discriminação ou preconceito, que já estaria prescrito (BRASIL, 2004).

Com a maioria formada, o recurso foi negado e a condenação mantida. Vencidos os ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto e o relator, Moreira Alves. O histórico julgamento demorou nove meses para ser concluído e trouxe profundas mudanças para as concepções constitucionais brasileira, além da definição jurídico-constitucional do crime de racismo.

Fabrizio de Almeida Reis, ao discorrer sobre a função (contra)majoritária do Supremo Tribunal Federal, reconhece que “o *Habeas Corpus* não se enquadra, verdadeiramente, numa das hipóteses de proteção das minorias. Isto, considerando que o Supremo Tribunal Federal,

atuou substancialmente para definir a limitação e o alcance do direito à liberdade de expressão” (REIS, 2020, p.87):

Não estava presente no caso em tela, uma prática de uma política discriminatória em relação ao povo judeu, mas, sim, uma discussão a respeito da possibilidade do direito constitucional à liberdade de expressão, encobrir ou não, manifestações de cunho ultrajosos, injuriosos, preconceituoso e/ou caluniosos. Apesar de processar-se, sob o argumento principal da ação penal ser o cunho racista, o objeto de discussão no caso em estudo foi outro, qual seja, a amplitude e os limites do direito constitucional à liberdade de expressão (REIS, 2020, p.88).

De acordo com o texto constitucional, o legislador definiu como imprescritível e inafiançável apenas o crime de racismo (art. 5º, XLII, CR/1988). Por essa razão, a grande questão do *Habeas Corpus* foi determinar o sentido e o alcance da expressão “racismo”. Embora no julgamento do *writ* a discussão central tenha sido a definição do crime de racismo, e não o conflito entre direitos fundamentais, alguns ministros discutiram o direito à liberdade de expressão.

O Ministro Marco Aurélio, em mais de 70 laudas de voto, entendeu que o livreiro quis fazer uma revisão histórica dos acontecimentos. Marco Aurélio fez uma defesa pela liberdade de manifestação individual do pensamento:

A questão de fundo neste *Habeas Corpus* diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele ideias preconceituosas e antisemitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa (BRASIL, 2004, p. 37).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio defendeu que crime de racismo somente estaria configurado se, ao invés de publicar um livro, Ellwanger distribuísse panfletos, nas ruas de Porto Alegre, com dizeres do tipo “morte aos judeus”. Mas, ao contrário disso, Ellwanger tão somente expos suas convicções acerca da relação entre judeus e alemães na Segunda Guerra Mundial, foi uma versão da história vista com seus próprios olhos. “É assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações” (BRASIL, 2004, p. 32).

Na mesma linha, o Ministro Ayres Britto afirmou que não é crime tecer uma ideologia, ainda que seja lastimável que alguém se deixe enganar pelo falso brilho de certas ideologias. Acrescentou que essa modalidade de convicção tem respaldo na própria Constituição: “Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por

motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º)” (BRASIL, 2004, p. 61).

Poético, Carlos Ayres Britto aproveitou a votação e nas suas argumentações no voto, trocadilhou: “a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade” (BRASIL, 2004, p. 26). Segundo o Ministro (2004, p. 27), a Constituição da República prevê mecanismos para combater o abuso ao exercício da liberdade de expressão. São eles: o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material ou à imagem (art. 5º, V) e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurado o direito à indenização decorrente de sua violação (art. 5º, X).

Mas a premissa da Constituição é uma só: **não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão** (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontrolabilidade da sua apriorística manifestação). Sendo que esse fraseado em si – “liberdade de expressão” – alcança as duas tipologias da liberdade: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de ação no *quadripartite* domínio intelectual, científico, artístico e de comunicação (BRASIL, 2004, p. 28).

Além de verbalizar a contraposição de conflitos dos princípios fundamentais, o Ministro Ayres Britto absolveu o réu, por atipicidade do crime, vez que a lei que tipificou a infração penal de racismo por meio de comunicação ou publicação de qualquer natureza foi promulgada após o cometimento do delito (BRASIL, 2004, p. 20)⁶.

Do outro lado, a corrente majoritária, que negou o *Habeas Corpus*, firmou o entendimento de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, como qualquer outro direito individual. Sendo assim, pode ser afastada quando ultrapassar os limites morais e éticos⁷.

No caso concreto, a garantia da liberdade de expressão foi afastada, em decorrência da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Vencida a tese que pretendia reconhecer a

⁶ Outro voto vencido foi o do Relator Moreira Alves, que entendeu que os judeus não podem ser considerados raças, mas sim religião (BRASIL, 2003, p. 18). Para sustentar seu voto, o Ministro utilizou o elemento histórico de interpretação da Constituição, e demonstrou que, por mais amplo que seja o sentido de “racismo”, a previsão não abarca toda e qualquer forma de preconceito e discriminação, como por exemplo, as discriminações relativas ao sexo ou à idade. Além disso, a expressão deve ser interpretada de forma restritiva, não abrangendo as discriminações feitas a determinados grupos religiosos, como são os judeus (BRASIL, 2004, p. 9).

⁷ O Ministro, e então Presidente da Corte, Ministro Maurício Côrrea divergiu do Relator, denegando a ordem do *Habeas Corpus*. Rememorou fatos históricos ligados ao povo judeu e fez uma análise teleológica da expressão racismo, em harmonia com outros preceitos constitucionais. Indo além do sentido meramente vernacular, considerando também aspectos antropológicos e sociológicos (BRASIL, 2004, p. 3).

“A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrentes de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra” (BRASIL, 2003, p. 15). Deste modo, não haveria dúvidas de que o antissemitismo propagado pelos nazistas constituiria uma forma de racismo, vez que se opõe a determinada raça. O paciente teria propagado o “racismo”, ainda que sob a égide do revisionismo (BRASIL, 2004, p. 15).

prescrição da pretensão punitiva e também a tese que absolvía o Réu por atipicidade da conduta (BRASIL, 2004). Na ementa do acórdão:

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observado 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 se constituir 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 (BRASIL, 2004, p. 3).

Quanto ao argumento de possível violação ao direito fundamental à livre manifestação do pensamento e à liberdade de expressão, o Ministro Maurício Côrrea afirmou que tais garantias, assim como todas as outras, não são incondicionais. Atos discriminatórios de qualquer natureza devem ser expressamente vedados. A solução para esse aparente conflito de normas estaria na própria Constituição. “A previsão de liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra” (BRASIL, 2004, p. 30).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello entendeu que as publicações de Ellwanger ultrapassavam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica. Não sendo dignas, portanto, da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão, que não tutela manifestações revestidas de ilicitude penal, que estimulem à intolerância e ódio público aos judeus (BRASIL, 2004, p. 17).

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio racial – veiculadas com **evidente superação** da crítica política **ou** da opinião histórica – **transgridem**, de modo inaceitável, os valores tutelados **pela própria ordem constitucional** (BRASIL, 2004, p. 18).

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, afirmou que se a discriminação racial for levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão, comprometeria o ideal de igualdade, que é um dos pilares do sistema democrático. Para ele, o exercício da liberdade de expressão consistente da incitação à discriminação racial levou ao desenvolvimento da doutrina do *hate speech* (BRASIL, 2004, p. 14).

Utilizando-se do direito comparado, o Ministro aplicou o juízo da proporcionalidade, para analisar que, em tese, o livro pode ser um instrumento de crime de discriminação racial, e que a história confirma os efeitos deletérios que os discursos intolerantes podem produzir, por meio dos mais diversos instrumentos (BRASIL, 2004, p. 19).

Para o Ministro Gilmar Mendes, a liberdade de expressão encontra limites dentro do próprio texto constitucional. É uma exigência da democracia, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os povos, e tem como fundamento o pluralismo político (BRASIL, 2004, p. 21). Segundo ele, o princípio da proporcionalidade “constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um limite do limite ou uma proibição de excesso na restrição de tais direitos” (BRASIL, 2004, p. 21).

Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas, que ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos (BRASIL, 2004, p. 22).

O *Habeas Corpus* também foi indeferido pelo Ministro Carlos Velloso. Segundo ele, a conduta de Ellwanger foi criminosa e não encontra amparo na liberdade constitucional do direito à livre manifestação do pensamento e no direito à liberdade de expressão. Ainda para ele, desde o sequenciamento do genoma humano não há que se falar em raça, em termos antropológicos e biológicos. Porém, culturalmente e sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados, e o racismo não tolerado pela Constituição da República é justamente este (BRASIL, 2004, p. 6).

As publicações não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância. Não podem, portanto, ser consideradas obras que contribuem para o aperfeiçoamento do conhecimento humano. Ao contrário, porque tem caráter panfletário, ideológico, em termos de raça, degradam esse conhecimento, preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica. As duas, porque, se tem conflito aparente de normas de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscritos na Lei Maior (BRASIL, 2004, p. 13).

O Ministro Nelson Jobim não acompanhou a ala dissidente. Para ele, embora a questão do racismo seja pragmática, devendo ser analisada caso a caso, o escritor quis reproduzir o antisemitismo, e não simplesmente editar livros por motivos históricos, o que fomenta o racismo. Tais ideias não contribuem para um debate democrático de ideias (BRASIL, 2004, p. 2 e 3):

Não é a edição do livro *stricto sensu* que seja a prática do racismo, mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode se produzir o racismo. Pode-se produzir essa forma de edições, pode-se editar por motivos históricos, mas pode-se manejar, manipular e mexer esses instrumentos para, com eles, produzir o resultado desejado, que é exatamente difamar e praticar o racismo (BRASIL, 2004, p. 6).

O voto da Ministra Ellen Gracie também foi denegando a ordem. Para ela, mesmo que o racismo não possa ser justificado por razões científicas e biológicas, ele persiste como

fenômeno social. E é este fenômeno social o destinatário jurídico repreendido pela Constituição. Está evidente a irracionalidade da manifestação antissemita do paciente. “A ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda sua extensão, a sua grande irracionalidade” (BRASIL, 2004, p. 5-7).

Seguiu a maioria o Ministro Cezar Peluso. Ele entendeu que a Constituição não adotou nenhum conceito puro e extrajurídico para definir o que seria racismo, e sim um conceito normativo. Deve o intérprete lidar com cuidado diante da hipótese excepcional de crime imprescritível, pois, com isso, o ordenamento demonstra o seu repúdio à crença política-ideológica na inata superioridade de alguns homens sobre outros, sem que racismo tenha um sentido estrito. O fato de o paciente ter não só escrito livros com conteúdos ofensivos à comunidade judaica, mas se dedicado a editar e publicar uma série de obras, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos, isso contraria a tutela constitucional da liberdade de expressão (BRASIL, 2004, p. 1-5).

Em onze páginas, de modo sucinto, o Ministro Sepúlveda Pertence votou quando a maioria estava formada. Enquanto o Ministro Moreira Alves partiu de um conceito antropológico de raça para fundamentar suas razões, o Ministro Sepúlveda estava convencido de que “um livro, pode sim, ser instrumento de prática de racismo” (BRASIL, 2004, p. 7).

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, em 2019, mais uma vez, colocou em pauta o conflito entre racismo e liberdade, agora envolvendo a liberdade religiosa, que, como visto no capítulo 2 deste trabalho, pode ser considerada espécie de liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento.

O STF enquadrou, por unanimidade, a homofobia e a transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa do Congresso Nacional, pois não previsão da lei de racismo sobre essas condutas específicas (BRASIL, 2019). De acordo com a Constituição, “a lei deve punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI, CR/1988), ou seja, há um dever legal, e, ao mesmo tempo, também prevê que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLL, CR/1988), isto significa, impõe ao legislador que adote determinada conduta (BRASIL, 1988).

Duas ações tramitavam no STF tratando da suposta omissão do Congresso Nacional em votar projeto de lei que efetivasse a criminalização da homofobia e transfobia, são elas: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e o Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo Ministro Edson Fachin.

Um dos pontos formulados na tese, aprovada por maioria pelo Plenário do STF, é de que a repressão penal à prática de homotransfobia não alcança, nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discursos de ódio (BRASIL, 2019, p.7). Veja trecho do acórdão:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, **desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero** (BRASIL, 2019, p. 7, grifos da autora).

O aspecto da liberdade de expressão também não foi diretamente debatido nesse julgamento. No entanto, o entendimento firmado foi de que até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, sejam elas reais ou supostas, serão definidas nos crimes previstos pela Lei 7.716, de 1989 (BRASIL, 1989). Outro ponto é que, no caso de homicídio doloso, será qualificado por motivo torpe (BRASIL, 2019, p. 5).

Do mesmo modo que no julgamento do Caso Ellwanger, a Suprema Corte reafirmou o conceito de racismo ultrapassando aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos Considerou que o racismo também deve ser compreendido em sua dimensão social, que resulta de uma manifestação de poder que busca justificar a desigualdade e destina-se ao controle ideológico, à negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis (BRASIL, 2019, p. 6). Em diversos momentos, o Relator Celso de Mello lembrou o julgamento do Caso Ellwanger para nortear o seu voto:

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do **HC 82.424/RS (caso Ellwanger)**, que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – **não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito**

contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 80, grifos da autora).

Ao votar, acompanhando o Relator, o Ministro Alexandre de Moraes exaltou que a liberdade de expressão é fundamento essencial de uma sociedade democrática. Está amparada pelo direito à livre expressão não somente as informações inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência e inquietação. A democracia resiste no pluralismo de ideias e pensamentos, na tolerância de opiniões pessoais, filosóficas, políticas ou religiosas (BRASIL, 2019, p. 43). Contudo, para o Ministro, nem a liberdade de expressão, nem a liberdade religiosa, abarca o discurso de ódio:

Obviamente, a proteção constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários (BRASIL, 2019, p. 47).

Novamente, ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, o único a julgador que considerou não haver omissão legislativa por parte do Congresso Nacional. O entendimento do Ministro é de que os delitos previstos na Lei de Racismo são taxativos e não poderiam ser ampliados. Considerou, ainda, que a indicação do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, colabora para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, guardados os limites da separação dos poderes e da reserva legal em termos penais (BRASIL, 2019).

Sem pensar de forma ideológica, o que o STF fez, ao reconhecer o crime de homofobia e transfobia como racismo, foi a prática da *analogia in malam partem*, ou seja, criou um tipo penal por meio de analogia em prejuízo do réu. Foi verdadeiro abandono dos princípios estruturantes do Direito Penal. Destaca-se que a Lei de racismo não menciona orientação sexual e identidade de gênero. A Constituição outorgou ao Legislativo a função de criar leis e cominar penas. É esse o princípio da reserva legal. É indubitável que a prática de homofobia e transfobia deveriam ser penalizadas, mas não se deve conquistar um direito e aniquilar outro.

A liberdade de expressão é tratada com maior restrição. O discurso de ódio é considerado manifestação do pensamento com perspectivas de calar grupos minoritários, passa a ser repudiado pelo ordenamento jurídico, como forma de garantir a expressão das minorias e do exercício da cidadania (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 329).

Em verdade, trata-se o discurso do ódio de uma variável da Liberdade do Pensamento e, como tal, como apenas sentimento de rejeição ou ódio não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Entretanto, quando manifesto, o discurso do ódio repercute como expressão do pensamento e, de acordo com Jeremy Waldron (2010), passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar no tempo de acordo com o veículo de transmissão utilizado (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 344).

No Brasil, definir os limites da liberdade de expressão em contraposição com outros direitos de igual hierarquia jurídica é questão constitucional de grande relevância. Como já ressaltado, a liberdade de expressão não é absoluta e nem possui um maior grau de importância frente aos outros direitos.

O direito de se expressar é um dos pilares da democracia. A troca de ideias, o direito à informação, a livre imprensa e a liberdade de manifestação do pensamento são primordiais para que a sociedade avance e para que não haja abusos do Estado. Em governos totalitários e autoritários há ausência da liberdade de se manifestar e as informações são limitadas, ao critério e interesse dos governantes.

É um paradoxo: para que haja direitos, é preciso que sejam limitados, mas essas limitações não podem ser ilimitadas.

4 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais não só podem como devem ser restringidos em virtude da manutenção do Estado Democrático de Direito. É incontroverso que os direitos fundamentais não são absolutos. A decisão do “Caso Ellwanger” confirmou essa premissa, e também reforçou outro axioma: não existem subdivisões biológicas da espécie humana.

Por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, o STF estabeleceu uma definição jurídico-constitucional do termo “racismo”, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais. A distinção entre judeus e arianos foi o núcleo do pensamento nacional-socialista. Estigmas que evidenciam o crime de racismo e violam a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Firmou-se o entendimento de que o crime de racismo é evidenciado pela mera utilização desses estigmas. A sociedade humana se baseia na respeitabilidade e dignidade do ser humano, e também na pacífica convivência no meio social. Não devendo, portanto, aceitar tais crenças pessoais que vão de encontro com as normas.

Todavia, o ponto enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal que merece destaque, neste trabalho, foi o conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, ou seja, no caso concreto, dos judeus. É sabido que princípios não se excluem, e sim se ponderam, e que, como qualquer outra garantia constitucional, a liberdade de expressão não é um direito absoluto.

A conclusão de que um livro não seja capaz de incitar condutas discriminatórias vai ao encontro das argumentações colocadas em voto pelo Ministro Marco Aurélio. O Ministro esclareceu que considerou deturpada, incorreta e ideológica, a visão histórica de Ellwanger, mas questionou como seria possível um livro, que expõe a versão de um fato histórico, se transformar em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente no Brasil, país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo.

É perigoso para a própria sociedade que somente a opinião oficial possa ser divulgada ou defendida. Proteger o direito individual de se expressar de forma livre, mesmo que as ideias e opiniões pareçam absurdas, é também defender o direito de manifestar o pensamento, ainda.

Promover e fomentar os valores democráticos não é tarefa exclusiva do poder público. É urgente e necessário que a sociedade concorde em aprender a ser democrática em seu seio, convivendo com as diferenças, com opiniões contrárias. Más ideias se combatem com mais ideias.

REFERÊNCIAS:

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. In: **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo: Cebrap. vol. 110, jan/dez 2018, p. 13-32.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 09 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e esclarecido: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, outubro de 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em 22 de junho de 2020. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>.

BENITEZ, Afonso. **Supremo ameniza crise com Senado e abre caminho para ‘perdão’ a Aécio**. El País, 11 de outubro de 2017. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/11/politica/1507740544_240494.html. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: ADO 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DJ: 28/06/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 187**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 24/06/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 82.424**. Paciente: Sigfried Ellwanger. Relator: Moreira Alves. Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. DJ: 19/03/2004. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4828**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em: 18 jul. 2020

CANTISANO, Pedro. Supremo Oscilante. *In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe.; Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte (MG), 2017, p. 107-109. *E-book*.

DA COSTA, Carla Regina Clark; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A proteção dos direitos fundamentais pelo processo constitucional no estado democrático de direito. **Pistis Prax**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 891-207, set./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/7115>. Acesso em: 24 ago. 2020.

FERNANDES, Giuliano. **A liberdade de expressão mesmo para os discursos que odiamos**: Um estudo a partir do debate entre liberais e comunitários e a defesa da concepção dworkiana de objetividade do valor moral. Orientador: Marcelo Campos Galuppo. 2018. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Seqüência** (Florianópolis), n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. Limites do direito e o pós-escrito de Hart: impressões de um advogado. **Meritum**, Belo Horizonte, v.8, p. 77-89, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1781>. Acesso em: 11 maio 2020.

MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as Reformas do Século XXI. **Conpedi Law Review**, v. 2, p. 315-334, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3638>. Acesso em: 01 maio 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

OYEZ. Abrams v. Estados Unidos. Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/250us616. Acesso em: 22 jun. 2020.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Guia politicamente incorreto da Filosofia**. São Paulo: Leya, 2012. *E-book*.

REIS, Fabrício de Almeida Silva. **A atuação do supremo tribunal federal e a proteção constitucional das minorias, sob duas hipóteses: Função contramajoritária ou majoritária?** Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho. 2020. 112 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Sociais, Humanas e da Saúde, da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2020.

SÃO PAULO. Ministério Público Federal. **Arquivamento cível La Bete MAM**. Procuradora Regional da República: Marcela Moraes Peixoto. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/arquivamento-civel-la-bete-mam/view>. Acesso em: 16 set. 2020.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.