

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

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

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

**O HABEAS CORPUS 82.424-2 E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL SOBRE O TEMA DO DISCURSO DE ÓDIO**

**THE HABEAS CORPUS #82.424-2 AND THE SUPREME FEDERAL COURT'S
OPINION ABOUT HATE SPEECH**

Priscilla Regina da Silva

Resumo

O presente artigo tem como objetivo principal analisar o conteúdo daquilo que o Supremo Tribunal Federal entende por “discurso de ódio”. Para tanto, esta pesquisa parte do caso dito como mais emblemático sobre o tema julgado pelo Tribunal: o Habeas Corpus 82.424-2. A intenção é analisar criticamente a metodologia de julgamento usada pelos Ministros, perpassando sobre questões como conteúdo de racismo e conflito entre princípios da liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana para, posteriormente, analisar as possíveis repercussões desses entendimentos em casos futuros.

Palavras-chave: Habeas corpus, Discurso de ódio, Liberdade de expressão, Dignidade da pessoa humana, Precedentes

Abstract/Resumen/Résumé

This essay aims to analyze the content of what the Supreme Court of Brazil meant by "hate speech". To this end, this survey will explore the Habeas Corpus #82.424-2, which is considered a leading case. The intention is to critically analyze the methodology used by the Justices, passing on such issues as racism content and conflict between principles of freedom of speech and human dignity to then analyze the possible implications of these understandings in future cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Habeas corpus, Hate speech, Freedom of speech, Human dignity, Precedents

Introdução

O discurso de ódio - definido por Rosenfeld (2001, p. 2) como qualquer ato de fala ou símbolo proferido com intenção de promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade - é uma questão amplamente discutida em muitos países, como Estados Unidos, Canadá e países europeus, que se preocupam com o valor da liberdade de expressão para a sociedade democrática e seus eventuais abusos passíveis de restrição.

No Brasil, no entanto, a discussão ainda está muito aquém do panorama internacional ideal, uma vez que o conceito de liberdade de expressão e seus limites não são bem delimitados pela legislação, doutrina ou jurisprudência,¹ resultando, muitas vezes, em decisões análogas contraditórias e com fundamento altamente genérico.²

Diante de tais questões, surge uma inquietação de averiguar qual seria o modelo ideal para tratarmos da liberdade de expressão, considerando a realidade democrática brasileira e as peculiaridades sociais e históricas que lhe são inerentes. Contudo, antes de nos aprofundarmos na discussão sobre quais seriam as medidas ideais para combater o discurso de ódio e questionar o papel do Direito nessa atuação, é preciso averiguar de antemão qual a posição dos tribunais superiores até o momento sobre a questão.

Considerando que em 2003 o STF julgou um caso de discurso de ódio que foi amplamente divulgado pela mídia nacional como um dos casos mais emblemáticos do Brasil, intitulado como um *leading case*, urge a necessidade de analisar minuciosamente o julgado como ponto de partida para futuros aprofundamentos no tema da regulação do discurso de ódio. Trata-se do HC 82.424-2, cujos votos serão analisados ao longo do artigo.

¹ Ainda que Schauer (2009, chapter 10) aponte os problemas decorrentes do formalismo, próprio da delimitação precisa de regras e *standards*, o autor deixa claro que o particularismo apresenta problemas semelhantes em proporções maiores, por não indicar o caminho adequado ao julgador e carecer de segurança jurídica. O autor defende que o ideal é que ao menos o Judiciário e a doutrina se debrucem sobre temas polêmicos para indicar o caminho metodológico da decisão.

² Ver mais em:

http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Paula%20Chueke%20Rabacov.pdf (acesso em 6 jan. 2016).

http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Luisa%20Soares%20Ferreira%20Lobo.pdf (acesso em 6 jan. 2016).

O presente trabalho será dividido de acordo com os assuntos mais relevantes tratados no acórdão. Primeiramente, após a apresentação do caso, serão analisadas as fundamentações a respeito do conceito de racismo, considerando as peculiaridades do caso concreto, pois se trata do julgamento de um ato antissemita. No segundo tópico serão analisados os métodos de resolução de conflito entre os valores constitucionais da liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana.

A análise dos argumentos que fundamentam os votos dos Ministros será realizada de forma crítica para, por fim, apresentar a real importância do julgado para a sociedade brasileira, considerando o surgimento de futuros casos análogos e questões como manutenção da coerência do Tribunal e vinculação dos fundamentos em julgados tidos como *leading cases*.

1. O HC 82.424-2 e o conceito de racismo

O caso ora analisado, conhecido como “caso Ellwanger” foi julgado em 2003 pelo STF. Nessa oportunidade, a Corte manteve a condenação do editor da empresa “Revisão Editora Ltda.”, Siegfried Ellwanger, por racismo contra judeus em decorrência de editar, distribuir e vender livros nacionais – alguns de autoria própria – e estrangeiros de conteúdo antissemita e de negação do Holocausto.

Ellwanger foi denunciado em novembro de 1991 pelo crime de racismo, tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89 com redação dada pela lei 8.081/90.³ Em primeira instância o acusado foi absolvido, sob a fundamentação de que teria atuado dentro dos limites do exercício da liberdade de expressão e que apenas havia reportado sua opinião sobre fatos históricos, sob uma perspectiva diferente daquela reproduzida majoritariamente.

Em segunda instância, Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). Em 2000, os advogados de Ellwanger impetraram HC perante o Superior Tribunal de Justiça, que confirmou a condenação do acusado. Por fim, em dezembro de 2002, o caso chegou ao STF através do HC 82.424-2 e o julgamento foi finalizado no dia 17 de setembro de 2003. Por maioria de sete a três o Plenário negou o pedido de HC. Foram

³ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

Posteriormente, a lei 9.459/97 alterou o caput do artigo para 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.”

vencidos os Ministros Moreira Alves (relator-originário), Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto.

O que se pretende discutir aqui, não é o resultado em si da decisão, mas o caminho escolhido pelo STF para que tal resultado fosse alcançado. Pelo resultado do HC, é possível separar os Ministros em três grupos: o primeiro, composto pelos Ministros que votaram pelo indeferimento; o segundo, composto pelos votos dos Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves, ambos concedendo o HC; e, terceiro, o voto *sui generis* do Ministro Carlos Ayres de Britto, que absolveu Siegfried Ellwanger por atipicidade de conduta, ou seja, entendeu que a conduta do paciente não teria sido criminosa.

A primeira crítica ao acórdão é a falha na apreciação da matéria suscitada pela defesa que, embora reconhecesse o caráter discriminatório das publicações de Ellwanger, foi baseada no argumento de que os judeus constituem um povo, e não uma raça, motivo pelo qual o paciente não teria incidido em crime de racismo - inafiançável e imprescritível, de acordo com o inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal - ao propagar teses antissemitas. Caso o argumento fosse acolhido, a pretensão executória da pena estaria prescrita. *In verbis*, a defesa argumentou:

A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória (Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 11).

Constata-se, porém, que a decisão não apresentou nenhum consenso entre os votos dos Ministros. Cada qual deu prevalência aos direitos da personalidade por motivos inteiramente diferentes entre si e, a respeito do argumento levantado pela defesa, sequer foram todos os Ministros que analisaram se a discriminação religiosa descrita no art. 20 da Lei 7.716/89 estaria abarcada ou não pelo crime de racismo disposto no inciso XLII do art. 5º da CF. Foram poucos argumentos jurídicos e mais argumentos históricos. Essa situação confere pouca relevância ao contraditório e até põe em risco a legitimidade do julgado.

Dentre os Ministros que votaram pelo deferimento do HC, o Ministro Moreira Alves, relator do processo, afirmou que a discriminação é gênero, sendo o racismo uma espécie agravada de discriminação. O Ministro complementa que o art. 20 Lei 7.716/89 descreve as discriminações puníveis, entre elas estaria a discriminação religiosa e o racismo, sendo a última se referiria à discriminação do negro. Nesse sentido, como se trata de um crime grave,

o Ministro utilizou-se do raciocínio penal para afirmar que o conceito de racismo deve ser entendido restritivamente e não ampliado no sentido de abarcar todas as discriminações descritas na lei. Entretanto, como antes apresentado, não foi este o entendimento que prevaleceu.

O Ministro Marco Aurélio também foi um dos poucos que enfrentou o argumento da defesa, acompanhando, nesse aspecto, o relator, afirmando que a imprescritibilidade, como grave instituto que é, e de acordo com a segurança jurídica, deverá ser interpretada da maneira mais restrita possível, sendo aplicável somente em casos de discriminação contra o negro. Já Carlos Ayres Britto, o terceiro Ministro que votou a favor do réu, defendeu seu argumento apenas afirmando que as condutas descritas na denúncia são anteriores à Lei 7.716/89, não adentrando no debate do conceito de racismo. O Ministro complementou sua fundamentação dizendo que as condutas seriam atípicas em razão de as publicações apresentarem caráter científico revisionista.

Ambos os pareceristas, o Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles e o *amicus curiae* Celso Lafer enfrentaram a questão posta pela defesa, argumentando que antes o racismo apenas contemplava raça de acordo com a cor, conforme o art. 20 da Lei 7.716/89, mas, com a nova redação, dada pela Lei 8.081/90, a discriminação religiosa também passaria a ser racismo e, por esse motivo, todas as condutas do art. 20 da lei de racismo seriam imprescritíveis. Entretanto, nenhum dos pareceristas se manifestou quanto ao fato de os atos do paciente terem sido praticados antes da modificação da lei.

Quanto aos Ministros que votaram pela denegação do HC, Maurício Correa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence não exploraram a questão legal levantada pela defesa. Esses Ministros trataram do racismo apenas sob o viés histórico, resumidamente argumentando que, embora não existam subdivisões da raça humana biologicamente falando, o racismo existe por uma questão social, decorrente de uma discriminação histórica.

Tais Ministros entenderam que o judaísmo estaria enquadrado no conceito histórico de raça, por ser um grupo social homogêneo identificável e isso bastaria para entender o antissemitismo como sinônimo de crime racial. Não foi rebatida, portanto, a questão jurídica quanto à amplitude interpretativa da lei. O Ministro Nelson Jobim acrescentou que a discriminação contra os judeus estaria enquadrada nos termos da Constituição Federal como racismo e, por isso, imprescritível, sendo assim, o Ministro demonstrou entender que a discriminação religiosa estaria abrangida pelo crime de racismo.

Como pôde ser percebido, os Ministros não foram claros em seus votos se entendem

que a discriminação religiosa é inafiançável e imprescritível, por ser uma forma de racismo, em uma interpretação mais abrangente do art. 5º, XLII, CF. Apenas se preocuparam com a explicação histórica para determinar se judaísmo seria uma raça ou não. Entretanto, não restou claro, para futuros casos, se atos de discriminação contra outras religiões seriam encarados como racismo e, portanto, também imprescritíveis e inafiançáveis. Tampouco restou claro qual seria a forma de discurso que se enquadraria nessa situação, considerando que há diferença entre ofensa e discurso de ódio.

Não sabemos, pela leitura do acórdão, se a condenação ocorreu desta forma exclusivamente em razão da negativa do Holocausto – e, por isso, devemos interpretar que esse tipo de manifestação é terminantemente proibida no Brasil⁴ –, e se a condenação por racismo ocorreu em razão da forma do discurso, ou seja, não se sabe, a partir do julgado, se o discurso de ódio ocorre com a publicação de um livro, com sua edição, ou pelo fato de o dono de uma editora realizar esse tipo de publicação. Devemos nos atentar, quanto à última questão, que pela descrição dos autos, havia outros autores dos livros objeto de prova e, a despeito disso, somente o dono da editora – Ellwanger, ora paciente do *writ* – foi processado e respondeu pelo crime de racismo.

Restaria a dúvida, ainda, se caso houvesse um ato discriminatório contra religiões de origem africana, por exemplo, se tal fato corresponderia a um crime inafiançável e imprescritível, em razão de discriminações religiosas estarem compreendidas pelo art. 5º, XLII, CF, em uma interpretação mais abrangente; ou se poderíamos dizer que religiões de origem africana preenchem o requisito de raça, em razão de ser passível a identificação do grupo por origem, tipo de manifestação religiosa ou etnia. Não está claro, portanto, se o gênero “raça” abrange qualquer grupo social passível de ser identificado e subjugado por razões históricas e sociais ou se tal entendimento estaria restrito ao judaísmo por algum motivo específico.

No mesmo sentido, tampouco restou claro se uma discriminação contra ateus teria o condão de encadear o mesmo tipo de condenação. Diante de tal questionamento, Nucci se manifestou no seguinte sentido (2008, pp. 272 - 273):

Ora, se o STF considerou racismo, para efeito de se considerar imprescritível, mesmo se considerando

⁴Devemos considerar que a maioria dos países que criminalizam o Holocausto – dentre eles, Alemanha, Áustria, França, Bélgica, República Tcheca, Lituânia, Países Baixos, Polônia, Romênia, Espanha, Suíça – possui um grau de condenação diferenciado de negação do Holocausto. Normalmente o grau de condenação está diretamente relacionado com o grau de envolvimento do país com o Holocausto e consideram o grau de revisionismo sustentado pela pessoa que profere o discurso (Ribeiro, 2012, p. 22). Entretanto, apesar da oportunidade, o STF sequer discutiu a questão.

que o judeu é adepto da religião denominada judaísmo, podendo ser qualquer pessoa, inclusive o que nasceu e se formou católico, mas posteriormente converteu-se. Dessa forma, parece-nos possível, igualmente, considerar racismo a busca da exclusão de outros grupos sociais homogêneos, exteriormente identificados por qualquer razão. E mais, podemos incluir nessa possibilidade a discriminação do ateu – aquele que não acredita em Deus em nenhuma força sobrenatural, regente do Universo ou das relações humanas.

Não acredito, contudo, que a real intenção do STF seja a de considerar qualquer grupo social homogêneo como raça, mas, é de se considerar que a explicação puramente histórica ou social e identificação dos grupos, sem explorar a argumentação a respeito da abrangência da lei não é suficiente para que a fundamentação desse caso seja aproveitada de maneira satisfatória para direcionar a decisão de outros casos análogos.

Vale refletir também sobre como seria a decisão do STF caso o ato discriminatório fosse proferido por um religioso – invocando o argumento da liberdade religiosa – contra homossexuais. Há de se considerar, nesse caso, que houve um Projeto de Lei – PL 122/06, atualmente arquivado em razão do encerramento da legislatura –, cuja proposta era justamente ampliar o conteúdo da lei de racismo, que passaria a prever a homofobia. Caso o projeto seja aprovado, em caso de nova proposta, uma situação análoga ao HC 82.424-2, porém, voltada para o tratamento de homossexuais, poderia ser levada a juízo.

Assim, embora a abrangência da concepção de racismo fosse a matéria suscitada pela defesa, a análise realizada pelos Ministros não foi satisfatória e o julgamento se enveredou por outro caminho. Após os debates sobre racismo, o Ministro Sepúlveda Pertence indagou acerca da possibilidade de “colisão” entre os “direitos” de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. A partir daí, praticamente todos os Ministros trataram diretamente do tema, como veremos a seguir.

2. Conflito entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana

Alguns Ministros reconheceram que a decisão do caso tinha como pressuposto fundamental a dirimção do conflito entre os princípios da liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa.

Os Ministros que votaram a favor do HC demonstraram grande preocupação com o princípio da liberdade de expressão. Marco Aurélio afirma que a única restrição possível à liberdade de expressão de modo justificado é quanto à forma do discurso, ou seja, a maneira como esse pensamento é difundido. Como exemplo, diz que estaria configurado crime de racismo se, ao invés de publicar um livro no qual foram expostas suas ideias acerca da relação entre judeus e alemães na Segunda Guerra Mundial, o paciente tivesse distribuído panfletos

nas ruas com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do país”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”.

Esse tipo de pensamento revela um raciocínio próximo ao dominante nos Estados Unidos que utiliza o critério de real incitação à violência como elemento diferenciador de um discurso de ódio e um discurso ofensivo ou de discriminação. Entretanto, notemos que o Ministro chama aquilo que é visto como “discurso de ódio” nos Estados Unidos de racismo, terminando por se contradizer na afirmação que fez no sentido de que o racismo somente poderia ocorrer contra negro, uma vez que “discurso de ódio” seria mais abrangente. Sendo assim, é possível perceber uma confusão entre o conceito de racismo, discurso de ódio e se esses apenas dependem da forma do discurso para ocorrer, ou dependem da identidade da vítima.

Apenas Moreira Alves, dentre os Ministros da categoria dos que deferiram o HC, que não comentou especificamente sobre o princípio da liberdade de expressão no seu voto, por entender que o conflito entre princípios não é objeto do HC, sendo a decisão passível de ser realizada pela análise do racismo. Entretanto, o Ministro deixa transparecer a existência do conflito ao trazer um raciocínio que, assim, como o de Marco Aurélio, está de acordo com a jurisprudência norte-americana. O Ministro traz à tona decisões proferidas pela corte norte-americana nas quais foi levantada a análise sobre discurso de ódio e acabou prevalecendo a liberdade de expressão por não haver incitação à violência explícita.

Há certo consenso entre os Ministros que votaram a favor do HC, no sentido de que para ter liberdade e expressão, há o pressuposto de existência de tolerância. Quando se defende a liberdade de expressão se está defendendo o direito de afrontar o pensamento oficial ou majoritário, o que contribui para o amadurecimento do país, através do controle do poder público.

Carlos Ayres Britto chega a dizer que a liberdade de expressão adquire caráter absoluto em si mesma, ratificando a posição de que esta liberdade deve ser interpretada em sua maior abrangência, de modo a acomodar interesses através do debate público de temas controversos e viabilizar transformações sociais e políticas de forma pacífica.⁵ Complementa dizendo que não são abrangidas pela liberdade de expressão, contudo, declarações exageradamente agressivas, fisicamente contundentes ou que exponham pessoas a riscos iminentes. Não estariam abarcadas pela liberdade de expressão a panfletagem, a injúria, difamação, bem como, provocações, incitações e induzimentos, porque esses atos transpassariam o campo do

⁵ Esse tipo de raciocínio transparece um pensamento de valoração *prima facie* da liberdade de expressão, sustentada por Cláudio Chequer (2011).

pensamento para se tornar ação.

Também aqui é possível perceber a influência do debate norte-americano, exceto quanto à delimitação do discurso com base na injúria, que é prevista como crime no Brasil, mas gera certos problemas quanto à sua abrangência; muitas vezes aquilo que é classificado como injúria pelo magistrado está longe de ser, de fato, uma ação ou violência iminente.

Quanto ao princípio da dignidade humana, os Ministros que votaram pelo deferimento do HC e reconhecem o conflito entre os princípios entendem a dignidade como mega princípio. É um princípio tão intrínseco ao ser humano a ponto de poder ser considerado um bem de personalidade. Os Ministros usam a Declaração Universal de Direitos Humanos para enfatizar a proteção ao referido princípio.

Para os Ministros que votaram pelo indeferimento do HC, a liberdade de expressão não é incondicionada, devendo ser exercida de forma harmônica com os limites traçados na própria CF. Afirmam genericamente que o princípio da liberdade de expressão deve ser o mais abrangente possível, mas que não há direitos ou garantias absolutos. A liberdade de expressão não pode incorporar declarações de conteúdo discriminatórios, racistas, ou preconceituosos, incitações ao ódio público, publicações que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa ou opinião histórica. Por isso, não estão abrangidos pela proteção da liberdade de expressão insultos, ofensas, estímulos à intolerância racial ou tratamento hostil.

Os Ministros dessa categoria enfatizam o valor do princípio dignidade da pessoa humana, ressaltando-o como postulado universal. Além disso, argumentam que deve-se extrair a máxima eficácia desse princípio, que deverá ser usado como limite externo a outros direitos fundamentais. A dignidade, portanto, seria o limite da liberdade de expressão, não se admitindo qualquer discriminação por motivos de nascimento, raça ou crença.

O Ministro Gilmar Mendes ressalta que a dirimção do conflito deverá ocorrer através do princípio da proporcionalidade, já que estariam presentes no caso seus requisitos essenciais, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Cezar Pelluso profere um argumento diferente, levando em conta o comportamento sistemático do agente e não a conduta em si, ou seja, segundo o Ministro, caso as publicações ocorressem de forma mais casual, não haveria crime. Além de nenhum outro Ministro ter acompanhado tal entendimento, esse tipo de raciocínio desconsidera a premissa de que não se deve coibir previamente futuras condutas. Não é, ou ao menos não deveria ser, a habitualidade da manifestação do agente que constitui crime, mas o eventual excesso que venha a cometer em sua manifestação. O agente deve responder posteriormente somente pelo abuso que cometeu na forma ou conteúdo do discurso e não em razão exclusiva de sua manifestação

reiterada.

Celso de Mello é um dos Ministros que não reconhece o conflito entre princípios, mas deixa claro que nenhum direito ou garantia é absoluto e diz que deve ser usado o método da ponderação de bens e valores, conceituando a dignidade como limite à liberdade de expressão. Com isso, termina resolvendo o conflito que nega existir. A Ministra Ellen Gracie e o Ministro Sepúlveda da Pertence não mencionam o conflito entre tais princípios explicitamente.

Sepúlveda da Pertence sustenta, entretanto, que a garantia da liberdade de expressão é no sentido de proibir censura prévia e ressalta que a responsabilidade apenas deverá ocorrer posteriormente; ou seja, uma vez proferido o discurso, o autor está sujeito a responder civil e criminalmente por esta manifestação. O Ministro, porém, não considera a importância de se construir jurisprudência uniforme que indique os limites da liberdade de expressão de forma coerente num determinado sentido para que se possa garantir a segurança jurídica. E caso isso não ocorra, haverá problemas semelhantes ao da censura prévia, uma vez que qualquer tipo de discurso poderá ser restringido segundo o entendimento particular de cada juiz.⁶

O Ministro Carlos Velloso, apesar de dizer que não há, no caso, conflito aparente entre os dois princípios fundamentais, argumenta que a dignidade é o princípio que mais reflete os interesses da CF, devendo funcionar como limite externo à liberdade de expressão.

Como é possível perceber, apesar de decidirem em sentidos opostos, os Ministros que denegaram o HC tem um argumento parecido com o dos Ministros que votaram a favor do HC – que, por sua vez, se assemelha ao pensamento difundido por Stuart Mill⁷ –, no sentido de que a liberdade de expressão possui um fim em si mesma, independentemente de quem se utilize dela. Dizem que caso seja utilizada para difundir uma ideia errada, o tempo se encarregará de demonstrar o vício. A diferença no raciocínio entre os dois grupos de Ministros com votos opostos está no fato de que os Ministros que denegaram o HC se atêm à questão de “ódios históricos” e utilizam o antissemitismo como exemplo para restrição do princípio. É claro que os Ministros poderiam ter aproveitado a situação para discutir o grau e tipo de denegação do Holocausto para averiguar se qualquer tipo de negação é proibida;⁸ mas, isso não foi feito.

⁶ Fernando Toller (2010, 43-84) demonstra que a diferença entre censura prévia e responsabilidade ulterior não é tão grande quanto se pensa quando não há uma previsão mínima do entendimento das Cortes. Isso porque o risco imprevisível de ser condenado e responder de forma severa a uma determinada expressão gera o efeito silenciador do discurso – *chilling effect* –, fazendo com que o discurso não seja, muitas vezes, lançado no mercado de ideias.

⁷ Dentre os principais defensores do livre mercado de ideias está Stuart Mill, na doutrina e o Juiz Oliver Wendell Holmes, na jurisprudência norte-americana (1974, p. 32).

⁸ Sobre a discussão do grau de revisionismo das teorias ver:

<http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/RaisaDuarteSilvaRibeiro.pdf> (acesso em 29 dez. 2015).

Os Ministros que votaram pelo indeferimento do HC citam a dignidade da pessoa humana como postulado universal e argumentam que se deve extrair a máxima eficácia desse princípio. Esse princípio deve ser usado como limite externo a outros direitos fundamentais. A dignidade, então, seria o limite da liberdade de expressão, não se admitindo qualquer discriminação por motivos de nascimento, raça ou crença.

Conforme demonstrado, a maioria dos Ministros fala da liberdade negativa, de que o mercado de ideias deverá receber as manifestações de liberdade e se autoajustar, eliminando as manifestações prejudiciais, de modo que a interferência do Estado ocorra em *ultima ratio*, somente quando extremamente necessário. Esse é o pensamento difundido pela Suprema Corte Americana (Luna; Santos, 2014, p. 234).

Contudo, os Ministros que votaram pela denegação do HC usam o raciocínio do mercado de ideias de maneira equivocada, ou com a extensão de conteúdo totalmente diferente daquele sustentado pela Corte americana. O problema está em se apropriar de um tipo de raciocínio que, a princípio, não indica o resultado que tais Ministros conferiram.

No momento em que a Suprema Corte indica o livre mercado, o faz no sentido de que a liberdade de expressão não sofrerá limitações, a não ser que um discurso de ódio, realmente capaz que gerar violência, seja proferido. A interferência, dessa forma, é a mínima possível. Isso, contudo, não é o que esses Ministros sustentam. Os Ministros que votaram pela denegação do HC não se preocupam em explicitar a diferença entre discurso de ódio e ofensa, não se preocupam em demonstrar o porquê da negação do Holocausto representar uma incitação à violência, apenas se valem de argumentos históricos para afirmar que judaísmo é uma raça e a discriminação não poderia ocorrer. Trata-se de um resultado completamente diferente do que a Suprema Corte conferiria.⁹

Ressalta-se, novamente, que o problema não está em os Ministros entenderem pela restrição do discurso, mas na carência de fundamentação adequada. Há, de certo, uma manipulação do entendimento sustentado nos Estados Unidos para indicar uma decisão totalmente oposta.

Apesar de se utilizarem do argumento norte-americano, o método da ponderação para dirimir o conflito, tal qual citado por Gilmar Mendes, indica uma influência mais próxima da desenvolvida na Alemanha. O modelo alemão sustenta justamente a liberdade positiva e a intangibilidade da dignidade humana. No caso germânico, certamente a construção desse

⁹ Casos em que a Suprema Corte Americana decidiu pela liberdade de expressão, em desfavor dos judeus, usando o método de diferenciar ofensa e discurso de ódio: Caso Brandenburg (1969), caso Stokie (1977), caso RAV Vs. City of St. Paul (1992).

pensamento ocorreu por conta das atrocidades vivenciadas na ditadura de Adolf Hitler e, por isso, a liberdade de expressão deixa de figurar como princípio de maior importância, dando lugar à dignidade da pessoa humana (Luna; Santos, 2014, p. 238).

No caso, a mistura de métodos de decisão usada pelos Ministros acaba sendo uma forma de encaminhar o resultado no sentido da maior conveniência pessoal, segundo a ideologia de cada um. Não se pode negar que o dispositivo constitucional que criminaliza o racismo comporta mais de uma interpretação. Entretanto, quando o Ministro Gilmar Mendes invoca o princípio da ponderação como método de resolução do conflito e assim seguiram outros Ministros, acaba prevalecendo um desacordo de preferências, aonde vence o resultado mais votado, sem que as fundamentações precisem estar alinhadas. Os mecanismos que estabelecem preferências, como o princípio da proporcionalidade não é ideal para definir ou tipificar crimes, sem que haja um alinhamento ou uma discussão mais profunda para assumir o método e o princípio de maior valor para a Corte.

A análise de uma conduta como criminosa ou não, no caso, acabou sendo reduzida a um conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, a ser resolvido através do método da ponderação, tal qual sustentado pela corrente do Direito Civil Constitucional. Tal situação gera um problema metodológico no sentido de que o conteúdo da Constituição passa a ser definido casuisticamente, depositando-se muita confiança nos magistrados que, como demonstrado no caso do HC, podem ter referências de direitos prevalentes totalmente diferentes. Tal situação aumenta consideravelmente o particularismo decisório, ressaltado como problemático por Schauer (2009, chapter 10).

Cláudio Chequer também critica o pensamento simplista da ponderação da liberdade de expressão quando conflitante com direitos da personalidade, pois o Judiciário quase sempre termina por esvaziar um valor que momentos antes ressaltam ser um dos mais importantes da Constituição:

Pensar que a liberdade de expressão, quando violar os direitos da personalidade (...) deve gerar indenização (pois ocorreu ofensa a direito alheio), na verdade, é dar preferência, em tese, aos direitos da personalidade e considerar a liberdade de expressão, nesse conflito posterior com a intimidade, letra morta. (...) Aceitar outra premissa é o mesmo que disséssemos: a liberdade de expressão pode ser exercida sempre, desde que não atinja os direitos da personalidade. (2011, pp. 206-207).

Além dos problemas do particularismo, em alguns momentos do acórdão do HC 82.424-2, após suscitado o conflito entre princípios, os Ministros deixam transparecer certo receio em decidir a favor da liberdade de expressão, já que tal decisão poderia significar para

a população um favorecimento do discurso de ódio contra a dignidade da pessoa. Em algumas passagens foram destacadas as preocupações com o clamor público e opinião política. A influência e pressão social pode ser um fator de risco para a tomada de decisões que não se atenham à questão jurídica e à guarda da Constituição. Entretanto, essa é uma constatação apenas supositiva.

3. A implicação do julgado para casos futuros

Apesar das críticas realizadas até o momento neste artigo, no sentido de que o método acolhido pela Corte não seria o mais adequado, por conta do grande caráter particularista apresentado na fundamentação, foi possível extrair do resultado uma grande preocupação em coibir a incitação à discriminação e o racismo. Há também, sem dúvidas, uma preferência pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Diante de tais resultados obtidos, é interessante analisar de que forma a decisão do HC 82.424-2 tem servido como guia no Brasil.

Em 2007 foi proposto um Projeto de Lei – o PL 987 –, que pretende uma nova modificação na redação do art. 20 da Lei 7.716/89, antes citado. O referido projeto pretende a inserção do § 2º nos seguintes termos:

“§ 2º. Incorre na mesma pena do § 1º deste artigo, **quem negar ocorrência do Holocausto** ou de outros crimes contra a humanidade, com a finalidade de incentivar ou induzir à prática de atos discriminatórios ou segregação racial” (grifei).

A proposta, se aprovada, tornará crime o discurso de ódio no tocante à teoria revisionista. Certamente a motivação para apresentação desse projeto tem como inspiração o julgamento do HC 82.424-2 (Meyer-Pflug, 2009, p. 217).

Entretanto, apesar de o HC 82.424-2 ter servido de inspiração para o Projeto de Lei, de modo a incorporar na legislação o entendimento do STF, e este ter sido visto como um *leading case* nacionalmente, é preciso destacar algumas questões quanto ao uso de precedentes pelo Judiciário brasileiro. Adriana Vojvodic destaca que há uma tendência do Judiciário de citar como precedentes casos cujos resultados – aquilo que foi apresentado como decisão final no dispositivo – estão de acordo com o sentido que se pretende votar, sem que seja considerada a fundamentação do precedente. Trata-se de uma postura menos interpretativa dos precedentes nos casos difíceis (Vojvodic, 2012, p. 206).

A autora ainda observa que ao longo do HC foram trazidas pelos Ministros decisões internacionais como precedentes, a fim de fundamentar seus votos. Um caso particular –

conhecido como Lebach –, decidido pelo Tribunal Constitucional em 1973, foi citado no HC. Nesse caso, se discutiu se uma rede de televisão poderia ser proibida de incluir em sua programação um documentário sobre a história de um criminoso que estava prestes a ter liberdade. O Tribunal acabou entendendo pela restrição da liberdade de expressão, uma vez que essa já havia sido garantida quando da realização do documentário, mas sua exibição, nesse contexto, prejudicaria a reinserção social do sujeito.

O caso Lebach foi citado no HC por Gilmar Mendes para justificar a restrição à liberdade de expressão. Tempos mais tarde, quando do julgamento da lei da imprensa pelo STF – ADPF 130 –, o caso Lebach foi novamente citado como precedente para argumentar pela restrição da liberdade de expressão, mas, em momento algum o HC 82.424-2 foi citado, apesar de haver apreciação de questões diretamente relacionadas ao caso. Joaquim Barbosa, inclusive, questiona-se se a Constituição protege o discurso que vise a fazer apologia de preconceitos de raça ou classe. O Ministro decide pelo não afastamento das regras que proíbem a divulgação de material que estejam presentes preconceitos de raça ou de classe, sem, no entanto, fazer qualquer menção ao caso Ellwanger (Vojvodic, 2012, pp. 212-213).

Não parece adequado que um caso tido como *leading case* e que ainda trate de questões extremamente parecidas com aquelas levantadas ao longo da ADPF 130 não seja citado. Passamos a compreender o motivo, no entanto, quando verificamos que, para decidir pela não recepção da lei de imprensa, os Ministros sustentaram uma liberdade quase que absoluta, que não converge com o explorado no HC, em que a liberdade de expressão estaria restrita ao princípio da dignidade humana. O STF, Tribunal que jugou ambos os casos, não determina a relação entre os casos que apresentam os limites das restrições à liberdade de expressão.

Outro caso emblemático que ocorreu após o julgamento do HC foi o da escola de samba Unidos do Viradouro – Processo 2008.001.024498-5. Os fatos ocorreram em 2008, quando a escola adotou o samba enredo “É de arrepiar”, fazendo referência a situações que causam arrepio. Um dos carros alegóricos a ser apresentado tinha como tema o Holocausto, com esculturas de cadáveres nus empilhados e uma pessoa caracterizada de Hitler sobre os corpos.

Ao tomar ciência da situação, o presidente da Federação Israelita do Rio de Janeiro (FIERL) entrou com um pedido liminar que foi concedido pela Justiça do Rio de Janeiro, determinando uma multa de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), caso a escola desfilasse com o carro alegórico em questão, e mais R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), caso alguém estivesse caracterizado de Hitler durante o desfile.

A concessão da liminar nesses termos revelou que os parâmetros de decisão do caso Ellwanger geraram interpretações erradas a respeito daquilo que é considerado discurso de ódio. Além de se tratar de uma apresentação de caráter artístico,¹⁰ a apresentação havia sido pensada em tom de crítica e não de incitação ao ódio e à violência, tanto é assim, que o tema do samba enredo remete a situações classificadas como ruins. Nesse caso, o ideal seria o prevalecimento da liberdade de expressão, já que nitidamente não havia a intenção de banalizar o sofrimento dos judeus.

Conclusão

Diante das críticas aqui realizadas percebemos que o Brasil ainda está muito atrás dos países de referência quanto aos debates dos limites da liberdade de expressão. Existem claras dúvidas sobre a aplicação do princípio e a jurisprudência pouco tem contribuído para a progressão dessa situação.

Um problema anterior a esse, entretanto, é sobre o método de decisões. Acredito que enquanto os desembargadores e Ministros dos Tribunais não estiverem motivados em discutir previamente seus votos e conferirem a pauta de assuntos imprescindíveis para a resolução do caso, não haverá progresso.

A inspiração estrangeira é interessante; entretanto, o Direito Comparado também não nos auxilia quando não é aplicado de maneira cuidadosa, com atenção aos detalhes. É preferível até que, ao invés de nos apropriarmos de argumentos estrangeiros isolados para sustentar um argumento, nos debruçemos no esforço de demonstrar o raciocínio de maneira lógica, completa nos principais pontos e com metodologia eficaz.

Verifica-se, portanto, a necessidade de os Tribunais Superiores fixarem entendimentos mais precisos e fazê-lo de forma bem fundamentada, de forma a manter uma decisão em todo coerente. Dessa forma, além de ser garantida a segurança jurídica, evita-se que os Tribunais de hierarquia inferior apliquem de maneira inadequada aquilo que, em tese, teria sido previamente fixado pelo Supremo.

¹⁰ Dimitri Dimoulis (2009) trata do tema da liberdade de expressão artística defendendo que a arte tem formas e justificativas diferentes das demais manifestações de pensamento e, por isso, reivindica-se uma liberdade quase absoluta.

Referências Bibliográficas

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de Expressão como direito fundamental preferencial prima facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. *O direito de ofender: Sobre os limites da liberdade e expressão artística*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, pp. 49-65. Abr/Jun, 2009.

LOBO, Luisa Soares Ferreira. *Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Uma Análise Argumentativa no Âmbito do STJ*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:

http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Luisa%20Soares%20Ferreira%20Lobo.pdf

LUNA, Nevita Maria P. de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil*. Revista de Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 16, n 3, p. 227-255, set/dez, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: RT, 2009.

MILL, John Stuart. *Liberdade de Pensamento e Discussão*. In.: CAPALDI, Nicholas. *Da Liberdade de Expressão: Uma Antologia de Stuart Mill a Marcuse*. Tradução: Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PROJETO DE LEI DA CÂMARA nº 122, de 2006. Disponível em:
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>

PROJETO DE LEI DA CÂMARA nº 987, de 2007. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=350660>

RABACOV, Paula Chueke. *Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade na Jurisprudência do STF*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:

http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Paula%20Chueke%20Rabacov.pdf

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. *O Discurso de Incitamento ao Ódio e a Negação do Holocausto: Restrições à Liberdade de Expressão?* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. Disponível em:

<http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/RaisaDuarteSilvaRibeiro.pdf>

ROSENFELD, Michel. *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*. Cardozo Law Review. New York: Working Paper Series No. 41, 2001. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to legal Reasoning*. London: Harvard University Press, 2009.

Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 30/04/2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>

Supremo Tribunal Federal. HC 82.424-2/RS. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em 17/09/2003. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>

TOLLER, Fernando M. *O Formalismo na Liberdade de Expressão*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: Entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado. Orientador Virgílio Afonso da Silva. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2012.