

## **1 INTRODUÇÃO**

O Estado Democrático de Direito tem como uma das principais bases o direito fundamental à liberdade de expressão, o qual consta expressamente no Art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, sendo considerado pela doutrina um direito de defesa, que em tese, não pode sofrer “limitações” ou “intervenções” do Estado.

Contrariamente ao direito de liberdade de expressão, o discurso de ódio não possui regulamentação no Brasil, deixando em aberto diversas situações de inferiorização das minorias, possuindo regulação apenas nos casos de racismo.

Desta feita, considerando que o Brasil tem fincado em suas raízes pós Constituição de 1988 o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a garantia constitucional da igualdade, é de se questionar se o discurso de ódio viola essas garantias, bem como, se uma vez regulamentado, este discurso macularia o direito à liberdade de expressão (direito de defesa). Sendo esta a problemática proposta neste trabalho.

No primeiro momento desta pesquisa, será feito um estudo histórico-bibliográfico acerca do surgimento do direito à liberdade de expressão no Brasil e sobre sua consolidação como direito fundamental de defesa.

Em seguida, será explorado, também de forma bibliográfica, através do método hipotético-dedutivo, os possíveis conceitos e interpretações para “discurso de ódio”.

Na seção seguinte, será explicado como se dá a regulamentação do discurso de ódio na doutrina estadunidense, através da apresentação dos *cases* paradigmas, para que, em seguida, seja realizado uma análise de conteúdo, através do estudo de caso do julgamento do HC 84.242-4 feito pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Sob essa perspectiva, desenvolver-se-á, na sequência, uma análise acerca da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância assinada pelo Brasil como norte de *lege ferenda* para regulamentação do discurso de ódio neste país. Para que se possa, então, responder a pergunta de se com a regulamentação do discurso de ódio no Brasil haveria afronta à garantia constitucional da liberdade de expressão.

## **2. O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão**

Na atual Constituição Brasileira (1988), o direito à liberdade de expressão é considerado direito fundamental, ou seja, encontra-se positivado no rol de direitos do homem que, pela sua essencialidade, foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional (SARLET, p. 29, 2015).

Os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 foram classificados, pelos doutrinadores brasileiros, em quatro dimensões. Sendo que o direito fundamental ora estudado se encontra na primeira dimensão, a qual trata dos direitos de defesa, da pessoa individualizada face ao Estado.

Os direitos fundamentais de defesa seriam aqueles que garantem ao cidadão a não interferência abusiva do Estado na sua liberdade individual e propriedade, ao menos aprioristicamente. Funciona como um “escudo” dado ao cidadão contra as práticas injustas que todo poder público está passível de cometer. Assim, o direito fundamental de defesa deve acarretar na abstenção do agir estatal em face da esfera de autonomia pessoal dos cidadãos. São, portanto, direitos e liberdades negativas.

Para o doutrinador José Afonso da Silva, além de defender os cidadãos contra as ingerências do Estado, os direitos fundamentais de primeira dimensão também garantem autonomia, iniciativa e independência dos indivíduos em face da própria sociedade.

Destarte, pode-se afirmar que os direitos de defesa de primeira dimensão se contrapõem aos direitos fundamentais coletivos e sociais, uma vez que, os primeiros demandam uma obrigação negativa do Estado em intervir na esfera individual do ser humano. Enquanto que os segundos ensejam uma conduta positiva por parte daquele, ou, em outros dizeres, exigem uma prestação do Poder Público para que possam ser efetivados.

Por sua vez, a liberdade de expressão é um dos principais direitos que caracterizam um Estado como sendo Democrático e de Direito, já que tem por escopo permitir que os cidadãos se posicionem, expressamente, mediante todo (ou quase todo) tipo de situação.

Esse direito, por ser inerente à democracia, consta expressamente do catálogo de direitos fundamentais, esculpido no artigo 5º, inciso IX, da Magna Carta, o qual versa que “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”.

Contuso, antes de aparecer na Carta Magna brasileira, a liberdade de expressão percorreu um curso não tão longínquo, vindo a ter sua primeira aparição no ano de 1776, na Declaração de Direitos da Virgínia, a qual enunciou “que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

Uma década depois, em 1787, a liberdade de expressão apresentou-se na Primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos, que restringiu a atividade legislativa do Estado, impossibilitando o Congresso de “estabelecer uma religião, proibindo o livre exercício dos

cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para reparação de seus agravos”.

Dois anos depois, em 1789, fora promulgada na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em que a liberdade de expressão também foi contemplada, no 11º artigo, cuja redação foi a seguinte: “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

Posteriormente, no ano de 1948 a Organização das Nações Unidas – ONU assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dando uma dimensão internacional aos ditos direitos, dentre os quais também fora observada a liberdade de expressão, que foi colocada em dois artigos, o 18º e 19º, cujas redações dizem respectivamente:

#### Artigo 18

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

#### Artigo 19

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Mais recentemente, em 1969, os Estados Americanos assinaram a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, na qual as liberdades de religião e de expressão foram consolidadas nos artigos 12 e 13, *in verbis*:

#### Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
  - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
  - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Da análise dos instrumentos mencionados nas linhas antecedentes, percebe-se que, na maioria das vezes, as liberdades de expressão e de religião apareceram de forma ilimitada, ou seja, sem qualquer censura ou indicação de possibilidades de contenção ou de relativização, com exceção do Pacto de San José da Costa Rica, que se preocupou em determinar que as leis poderão proibir toda propaganda a favor da guerra, toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso.

As condutas que ensejaram a preocupação na elaboração do referido Pacto integram o conceito de *hate speech*, traduzido para o português como “discurso de ódio”, o qual é considerado em alguns países como limitador da liberdade de expressão e, portanto, proibido. Por sua vez, nos chamados estados liberais, como é o exemplo dos Estados Unidos, o discurso de ódio é permitido com fundamento na máxima da liberdade de expressão, na proteção da busca individual de bem e na teoria do mercado das ideias.<sup>1</sup>

Diante disso, surge a seguinte problemática: se a liberdade de expressão e a liberdade de religião são espécies do gênero direitos fundamentais de defesa, que têm por escopo proteger os indivíduos da intervenção do Estado na sua esfera individual, então o *hate speech* poder ser censurado? Ou a liberdade de expressão, em casos como este pode sofrer relativização pela intervenção estatal?

Para que seja possível responder o questionamento-premissa objeto deste trabalho, é imprescindível abordar o conceito, o surgimento e o tratamento dado ao *hate speech* comparativamente. O que será feito na seção seguinte.

### **3. O Discurso do ódio e a liberdade de expressão**

Mundialmente conhecido como “*hate speech*”, o discurso que é capaz de incitar o ódio contra indivíduos, grupos e minorias, diminuindo-lhes o valor e promovendo o preconceito em razão de motivos religiosos, étnicos, de gênero, orientação sexual, condição física ou mental, bem como qualquer outro fundamento discriminatório, ainda é um tema pouco consolidado no direito brasileiro.

Winfried Brugger conceitua o “*hate speech*” como aquele discurso cuja seleção de palavras “tendem a insultar, intimidar, ou assediar pessoas em virtude de raça, cor, etnicidade,

---

<sup>1</sup> A teoria do mercado das ideias, segundo leciona Gustavo Ferreira Santos, teve sua primeira aparição a partir do voto divergente do Juiz Oliver Wendell, no caso *Abram vs United States of America* (SANTOS, p. 127, 2015).

nacionalidade, sexo ou religião”, que possui pela própria natureza a “capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas” (BRUGGER, Winfried. 2007).

Note-se que para caracterizar o discurso de ódio não é necessária a mera demonstração verbal de antipatia ou reprovação contra indivíduos ou grupos, mas, através da definição trazida por Winfried Brugger, pode-se identificar elementos mediatos e imediatos à aferição de seus efeitos.

Ou seja, os efeitos imediatos da prática do *hate speech* são aqueles primeiramente identificados através do conteúdo do próprio discurso, como o insulto, a intimidação e o assédio verbal. Por sua vez, os efeitos mediatos seriam as consequências que tais conteúdos tendem a causar a longo e a curto prazo na sociedade, sendo eles a instigação à violência, à discriminação e ao próprio ódio (SCHÄFER, Gilberto. 2015, p. 147). Sob esse preceito, o discurso de ódio pode ser identificado como uma das várias formas de opressão.

De um lado, existe a liberdade de expressão como um direito fundamental essencial à manutenção da democracia, protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil no Art. 5º, IV, ao dispor que “é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato”. O mesmo princípio é ressaltado no Art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica e possui enorme importância na construção do Estado Democrático Brasileiro após o período da Ditadura Militar, como uma alternativa de cura às cicatrizes de uma época de repressão e censura.

Doutra banda, há no Art. 3º, IV, da Carta Magna, o dever fundamental de “prover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Nesse mesmo sentido, estipula o inciso XLI, do Art. 5º da Constituição, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Dessa forma, para a ponderação dos valores contidos no pleno exercício da liberdade de expressão e da proteção das minorias ou grupos contra discursos que promovam a sua inferiorização à determinada classe, é necessário atentar aos princípios da democracia.

Um dos primeiros princípios trazidos pela Constituição Federal é o democrático. Desde o preâmbulo, bem como no Art. 1º, observa-se o termo “Estado Democrático” como uma máxima para a concretização de todos os outros princípios e direitos fundamentais que o Estado se compromete a tutelar

. A democracia, entre tantas coisas, pressupõe a isonomia. Em outras palavras, quer significar que em uma sociedade democrática, não se pode institucionalizar meios capazes de permitir que o ódio, a intolerância e o preconceito sejam semeados.

Pelo contrário, é dever fundamental do Estado e dos indivíduos que o compõe, a busca pelo tratamento isonômico e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, em

equilíbrio com as liberdades individuais. A busca individual pelo bem, a liberdade de expressão e autodeterminação do indivíduo devem ser balanceadas em função da busca pela harmonia social.

#### **4. Liberalismo e liberdades negativas**

“Nada é sagrado. Toda pessoa tem o direito de exprimir e de professar, a título pessoal, qualquer opinião, qualquer ideologia, qualquer religião. Nenhuma idéia é inadmissível, até mesmo a mais aberrante, até mesmo a mais odiosa” (VANEIGEM, p. 22, 2004).

Inicialmente, imagina-se que o discurso de ódio seja proferido contra um grupo de minorias, suscetíveis à exclusão e anulação social. O que, por conseguinte, levanta o questionamento de se o *hate speech* só o é assim considerado se for proferido contra um grupo minoritário ou se também pode ser caracterizado quando uma minoria proclama suas verdades em detrimento de outro grupo, no caso, considerado maioria.

Para um melhor entendimento do parágrafo anterior se faz necessário trazer à baila alguns casos marcantes (precedentes) ocorridos nos Estados Unidos da América, considerando toda a filosofia política liberalista que prevê a liberdade de expressão como a máxima de seu ordenamento.

A doutrina norte-americana é marcada pelo modelo de liberdade negativa e primazia ao “mercado das ideias”, premissa elaborada pelo entendimento da Suprema Corte Americana com base na Primeira Emenda Constitucional (1791) que prevê em seu texto: “O Congresso não fará nenhuma lei que restrinja a liberdade de expressão, ou da imprensa”. Em sua primeira aparição, a doutrina do “mercado das ideias” surgiu no voto divergente do Juiz Oliver Wendell, no caso *Abram vs United States of America*. (SANTOS, 2015, p. 127).

Em uma das obras mais reconhecidas da doutrina americana sobre a liberdade de expressão, Thomas Emerson aduz que o papel afirmativo do Estado deverá ser realizado apenas para maximizar a liberdade, devendo “proteger pessoas e grupos que tentem exercer este direito de interferências privadas e não governamentais, seja através da força, seja por outros métodos.”. Nessa perspectiva, é também dever positivo do Estado “adotar medidas positivas para promover e encorajar a liberdade de expressão” (EMERSON, 1970, p. 04).

A teoria norte americana do “mercado das ideias” visa a primazia da pluralidade de informações e de concepções individuais de bem, conforme é próprio do modelo democracia liberal. Ou seja, em vez de invocar uma atuação do Estado, no sentido de filtrar as informações propagadas pelos particulares, o mercado das ideias sugere que as informações consideradas

conflituosas sejam combatidas pelos próprios receptores do discurso, para garantir a autodeterminação individual e particular. (CITTADINO, p. 163, 2009)

Essa ideologia liberal é corretamente ilustrada na doutrina da Stuart Mill, que influenciou diretamente a concepção norte-americana. Em sua obra “Sobre a Liberdade”, Stuart (1991) alerta sobre os riscos de se proibir qualquer manifestação de opinião, aduzindo que se determinada declaração for censurada e nela houver verdade, a sociedade estará impedida de conhecê-la. Caso essa mesma opinião não seja de toda verdadeira, mas nela haja a verdade em partes, essa parte ficará oculta. Por fim, mesmo que a declaração esteja completamente equivocada, será enfrentando o que nela está errado que se poderá conhecer a verdade plena (SANTOS, 2015, p. 128)

Para demonstrar a incorporação da filosofia liberalista, que interfere diretamente no posicionamento norte-americano acerca do *hate speech*, fora extraído dos julgados da Suprema Corte Norte-Americana, os principais precedentes relacionados ao discurso de ódio, que correspondem aos casos de (i) *Cantwell Vs. Connecticut*; (ii) *Brandenburg Vs. Ohio* e; (iii) *National Socialist Party Vs. Skokie* (SANTOS, p. 129, 2015).

No primeiro caso, Jesse Cantwell foi preso e condenado, sob o fundamento de estar violando a paz, vez que estava andando pelas ruas e tocando em seu fonógrafo mensagens ofensivas aos católicos.

Contudo, a Suprema Corte Americana entendeu que a prisão e a condenação foram ilegais, uma vez que Jesse não tinha cometido atos violentos e que a condenação violava o direito à liberdade de expressão previsto na Primeira Emenda Americana.

Já no segundo *case*, em 1969, Clarence Brandenburg, cidadão estadunidense e líder a seita da Ku Klux Klan (KKK) no Estado de Ohio, resolveu expor suas ideias relacionadas à discriminação de raças, afirmando a supremacia da raça ariana em transmissão de rede televisiva nacional (SANTOS, p. 129, 2015).

Nessa situação, a Suprema Corte Americana, por entender que as ideias do cidadão não seriam passíveis de causar um mal real, ante a ausência de “violência intencional, provável e iminente”, reconhecendo a absolvição de Brandenburg (SANTOS, p. 129, 2015).

No último dos casos ilustrados, em 1977, um Partido Neonazista solicitou à justiça americana que permitisse a ele realizar uma marcha em defesa do nazismo na cidade de Chicago, em um bairro predominantemente judeu, onde havia um grande número de sobreviventes do Holocausto (SANTOS, p. 129, 2015)

Diante do pleito do grupo, a Suprema Corte Americana permitiu a realização da marcha, sob o argumento de que o sentimento de determinado grupo não era suficiente para

impedir que outro grupo se manifestasse em decisão que, segundo Samantha Meyer-Pflug, “consolidou o princípio da neutralidade do conteúdo na jurisprudência americana” (TEBAR, p. 12, 2015).

Na interpretação das Cortes americanas, embora a liberdade de expressão maximizada pela Primeira Emenda, permitindo que os discursos de ódio sejam proferidos, quando não verificado nenhum perigo iminente, existe também a reparação dos danos que possam ser causados em razão da proclamação de *hate speech*.

Ainda assim, o conceito de “perigo iminente” da doutrina norte-americana, segundo entende o presente estudo, merece ser questionado ante a capacidade de criação da sociedade que possui o discurso, uma vez que a linguagem é um mecanismo humano de construção da realidade.

Ademais, ao conferir a primazia absoluta à liberdade de expressão em face do conteúdo do discurso, a jurisprudência norte-americana acaba fechando os olhos para outras questões sociais que são uma verdadeira mácula de sua sociedade, como a desigualdade social e o racismo (SARMENTO, p. 11, 2006).

Por fim, ao interpretar irrestritamente a Primeira Emenda norte-americana, a Suprema Corte parece ignorar completamente o conteúdo previsto na 14ª Emenda, que prevê a promoção da igualdade (SARMENTO, p. 11, 2006). Ressalva-se, a interpretação é dada independentemente da previsão de hierarquia entre as Emendas Constitucionais.

## **5. O *hate speech* e o Supremo Tribunal Federal: o julgamento do HC 84.242-4**

Contrariamente ao que ocorre nos Estados Unidos, em que o *hate speech* é regulamentado, de forma que, enquanto não houver risco ou perigo iminente, ele pode ser proferido, no Brasil, o tratamento do discurso do ódio se dá de forma diferente, considerando que não existe qualquer legislação que regule o instituto.

Em novembro de 1991, o Ministério Público ofereceu uma denúncia contra *Siegfried Ellwanger*, em razão do suposto conteúdo racista presente em sua obra literária “Holocausto: judeu ou alemão?”, com base no Art. 20 da Lei n.º 7.716/89 e Art. 5º, XLII da Constituição Federal.

A denúncia fora acolhida pelo Judiciário e, em Outubro de 1996 – 4 anos, 11 meses e 17 dias após a instauração da ação penal -, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou o réu à pena de dois anos de reclusão, com benefício do *sursis* (Supremo Tribunal Federal, 2003.).



Caso o delito praticado por *Ellwanger* constituísse crime comum, a lei penal preveria a sua prescrição em função do decurso de tempo entre a instauração da ação penal e data da condenação. Todavia, o Art. 5º, XLII, da Carta Magna estipula que o crime de racismo é imprescritível.

Sob esse preceito, a defesa de *Siegfried Ellwanger* impetrou o *Habeas Corpus* nº 84.242-4 ao Supremo Tribunal Federal, sustentando a tese de que o ato praticado pelo paciente não poderia ser inserido nas hipóteses normativas supracitadas e, conseqüentemente, tipificado como crime de racismo, uma vez que os judeus não são uma raça. Dessa forma, descaracterizando o crime de racismo pela inexistência de uma raça judaica, o suposto delito estaria prescrito, nos termos da lei penal.

O relator, Min. Moreira Alves, com base no conceito científico de raça, entendeu estar correta a tese levantada pelo paciente, dando provimento ao *habeas corpus*. Posteriormente, o Ministro Maurício Corrêa pediu vistas ao processo, dando início ao julgamento curioso do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito fundamentais.

O memorável voto do Ministro Maurício Corrêa faz uma verdadeira abordagem histórica do povo judeu, dos preceitos normativos estabelecidos na Constituição, da intenção do legislador originário ao estipular a proibição ao racismo, bem como aos tratados internacionais sobre Direitos Humanos aos quais o Brasil é signatário. O Ministro conclui que o conceito de raça não pode ser observado do ponto de vista estritamente biológico ou através da cor da pele, mas segundo os seus aspectos sociais.

O voto do Ministro Maurício Corrêa também faz considerações sobre o aparente conflito entre a liberdade de expressão e o discurso racista:

A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura “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, p. 259, 2003).

Após a exposição do Ministro Maurício Corrêa, concluindo pelo indeferimento do *habeas corpus*, solicitou a antecipação do voto, o Ministro Celso de Mello. Em 24 páginas, o douto julgador expôs os motivos necessários para acompanhar o voto do Ministro Maurício Corrêa, indeferindo o remédio constitucional, ressaltando a importância do debate sobre matéria de direitos humanos ao qual o julgamento versa.

O ministro Celso de Mello afirmou que é papel do julgador da Suprema Corte a busca pela máxima eficácia dos direitos humanos, ponderando não apenas o ordenamento jurídico pátrio, mas os tratados e acordos internacionais que versem sobre a matéria. Em seu voto, o Ministro aborda com mais ênfase o discurso de ódio como uma prática perigosa para a construção social.

Cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos **constituem limitações externas** à liberdade de expressão, que não pode, e **não deve**, ser exercida **como propósito subalterno** de veicular práticas criminosas, **tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público** (BRASIL, p. 306, 2003).

Logo em seguida, foi vez o Ministro Gilmar Mendes solicitar a antecipação do voto, adentrando, igualmente, na questão do “*hate speech*”, da liberdade de expressão e do princípio da proporcionalidade. O Ministro também trouxe ao caso questões de tribunais estrangeiros que, ao julgarem o aparente conflito entre a garantia da liberdade de expressão e o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana e isonomia, utilizaram o princípio da proporcionalidade como forma de ponderação ao maior interesse do Estado Democrático.

Nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do “**hate speech**”. Ressalte-se, porém, que o “**hate speech**” não tem como objetivo exclusivo a questão racial(...) como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade (BRASIL, p. 325, 2003).

Após a exposição de motivos, o ministro Gilmar Ferreira Mendes também votou por indeferir o *habeas corpus*. Posteriormente, fora a vez do Ministro Carlos Veloso, que acompanhou o entendimento dos Ministros anteriores, indeferindo o pedido. O julgador também adentrou na questão da liberdade de expressão e dos ideais protegidos pela democracia.

A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos – C.F., art. 1º, III – ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada (STF, 2003, p. 364).

Por fim, acompanharam o entendimento de inferir o *habeas corpus* em favor de *Ellwanger*, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Ellen Gracia e Sepúlveda Pertence, vencendo o voto dos Ministros Ayres Britto, Marco Aurélio e Moreira Alves.

Observando os votos acima, percebe-se que apesar da discussão versar sobre o conceito de racismo presente no texto normativo da Lei. 7.716/89, a análise do Supremo Tribunal Federal sobre o tema foi além, dando uma interpretação extensiva ao assunto por versar sobre matéria de direitos humanos, e dos ideais democráticos estabelecidos na Constituição Federal.

O entendimento da Suprema Corte no julgamento do HC 84.242-4 foi pioneiro acerca do discurso de ódio e da liberdade de expressão dentro dos valores democráticos do Estado Brasileiro, e versa sobre a vontade e os objetivos estabelecidos pelo constituinte originário na Constituição de 1988, e sobre os tratados internacionais que comprometem o Brasil à máxima eficácia dos direitos humanos. Os votos vencedores demonstraram de forma clara e objetiva que a dignidade da pessoa humana é meio capaz de restringir a liberdade de expressão para assegurar a igualdade entre os indivíduos

Ainda assim, é importante salientar que no Brasil o discurso do ódio foi tratado juridicamente e, diga-se de passagem: pelo judiciário, apenas com relação às hipóteses de discriminação de raça. Não existindo nenhuma regulamentação quanto às demais hipóteses que versem sobre religião, gênero, orientação sexual, filiação política, entre outros.

## **6. A Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância**

Outro ponto importante para versar sobre o discurso de ódio na democracia pátria é a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, assinada pelo Brasil.

Atualmente, o tratado aguarda a sua ratificação, que deverá harmonizar a legislação interna com as normas que versem sobre intolerância e discriminação, uma das maiores consequências do discurso de ódio (SCHÄFER, Gilberto, p. 148, 2015).

A Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância fornece, em seu capítulo I, o conceito de intolerância como:

Um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias. Pode manifestar-se como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada, ou como violência contra esses grupos.

No capítulo III, ela estipula como deveres do Estado “eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância”, estando inserido nesse contexto a publicação

ou divulgação de material que “defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância”.

A abrangência trazida pela Convenção acerca do alcance de manifestações de discriminação e intolerância, dos deveres dos Estados signatários no combate a toda e qualquer prática sobre a matéria, do conceito de discriminação direta, indireta, múltipla e da intolerância, é instrumento normativo capaz de lançar luz sobre o conceito jurídico do *hate speech* no ordenamento jurídico Brasileiro.

O combate à discriminação, em suas várias formas de manifestação, é uma tendência do ordenamento jurídico moderno. Talvez, pela demonstração histórica dos riscos que os discursos discriminatórios trazem à humanidade, incitando o ódio entre grupos e nações.

Questiona-se, nesta oportunidade, se Brasil, ante o seu comprometimento com os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, pode se eximir dessa responsabilidade?

Isso porque, além do conteúdo relevante que possui a Convenção, a própria Constituição Federal de 88, no Art. 5º, parágrafo 3º, estipulou que “Os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Não obstante, para invocar esse dispositivo constitucional, é necessária a ratificação da Convenção Interamericana pelo Poder Legislativo.

### **Considerações Finais**

Uma das maiores dificuldades para a regulamentação do discurso de ódio é a abrangência do tema e a complexidade de seus elementos. Definir o que é o *hate speech* e quais os seus alcances são as primeiras barreiras a serem vencidas pelo legislador, onde a Convenção Interamericana Contra Toda forma de Discriminação e Intolerância pode constituir o ponto de partida para o Brasil.

Essas dificuldades ocorrem em função do fato de que a liberdade de expressão é direito fundamental constitucionalmente garantido e, ao se regulamentar um certo tipo de discurso, estar-se-ia censurando uma garantia expressa na Constituição e fincada como uma das bases do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, essa falta de regulamentação quanto ao discurso de ódio é capaz de trazer inúmeras preocupações para a comunidade jurídico-científica, uma vez que independentemente

de previsão legal, as práticas de discurso de ódio existem e continuarão a existir, muito embora o direito brasileiro negligencie seu reconhecimento.

O liame entre liberdade de expressão e afronta à dignidade humana e à igualdade é tênue e bastante delicado.

Sabe-se, porém, que o constitucionalismo brasileiro não admite direitos fundamentais absolutos e, que o conflito entre liberdade e igualdade é um dos maiores desafios do pluralismo democrático contemporâneo.

No Brasil, em virtude das suas dimensões continentais, bem como sua gritante desigualdade socioeconômica, a controvérsia é agravada pela existência de inúmeros grupos sociais diversificados entre si, decorrentes do multiculturalismo e pelo pluralismo social, o que acaba por marginalizar diversas minorias – ou seriam maiorias?

Assim, deve-se considerar, em que medida poderia o legislativo criar uma norma regulamentadora capaz de proteger os grupos inferiorizados pelo discurso de ódio, de forma a não sacrificar a conquistada liberdade de expressão, principalmente ao considerar o período pós-ditadura militar em que surgiu o Poder Constituinte de 87.

Ainda assim, evidente é a necessidade de tal regulamentação, até para que se verifique se o discurso de ódio é uma “via de mão única” ou uma “via de mão dupla”. Ou seja, é preciso saber qual será o tratamento dado, por exemplo, se um grupo de homossexuais discriminar outro grupo, seja em relação à orientação sexual, seja em relação à orientação religiosa; ou se somente os heterossexuais, por serem, historicamente, considerados como maioria serão penalizados se discriminarem um homossexual.

No Brasil, o discurso de ódio em relação às pessoas negras é tipificado como crime de racismo. Contudo, outras diversas minorias restam desamparadas, tais como os homossexuais, os transexuais, índios, judeus, etc.

Não se pode confundir a opinião de reprovação dada por alguém em relação à determinada religião, raça, gênero, ou qualquer outro motivo ensejador de diferenças. Mas, a partir do momento em que esse discurso passa do estágio meramente opinativo e para um estágio de incitação e propagação à violência, ódio e intolerância, gerando vulnerabilidade às minorias as quais o discurso é dirigido, então, questiona-se a inércia do Poder Público em frente a promoção da inclusão de todos que pressupõe o Estado Democrático.

É preciso, de fato, proteger a igualdade e dar tratamento desigual de acordo com as suas desigualdades, valendo-se da conhecida máxima de Boaventura de Souza Santos “temos o direito de ser iguais quanto a nossa diferença nos inferioriza, e temos o direito de ser diferentes, quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.

Dessa forma, quando se trata de liberdade de expressão e proteção de discriminação, o Estado Brasileiro não se pode restringir apenas à questão racial, mas a discussão deve ser ampliada para as demais formas de discriminação e, de fato, delimitar, de forma igualitária, até onde poderá ir à liberdade de expressão e a intervenção do Poder Público neste direito fundamental.

### **Referências Bibliográficas**

BAPTISTELA, Tiago, and Claudete Magda Calderan Caldas. O discurso de ódio nas redes sociais contra migrantes internacionais: liberdade de expressão ou violação da dignidade da pessoa humana. Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na sociedade contemporânea, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.242-4 – Distrito Federal. Relator: Ministro Moreira Alves.

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

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 341-387

Ciências da Comunicação, Foz do Iguaçu/PR, Setembro. 2014.

EMERSON, Thomas. *The System of Freedom of Expression*. New York: Random House, 1970, p. 04

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

MACHADO, Maria Costa Neves. Liberdade de expressão e restrições de conteúdo análise do caso Ellwanger em diálogo com o pensamento de Celso Lafer. *Revista dos Tribunais* 931 (2013).

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino. Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil." *Revista Direito e Liberdade* 16.3 (2014): 227-255.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 370-372

MENDES, Gilmar Ferreira. A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade. Disponível em: [stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munter-port.pdf](http://stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munter-port.pdf) (2015): 2. Último acesso em: 23 de janeiro de 2017.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. Revista dos Tribunais, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção americana sobre os direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica: assinada na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos. San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Washington: OEA, 1970

SANTOS, Gustavo Ferreira; FRANÇA, Nevita Maria Pessoa de Aquino. LIMITES ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: CONTROVÉRSIAS EM TORNO DAS PERSPECTIVAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E BRASILEIRA. InterSciencePlace 10.1 (2015).

SANTOS, M. A., and Monica Tereza Mansur Silva. Discurso do Ódio na Sociedade da Informação Preconceito, Discriminação e Racismo em Redes Sociais. XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE-São Paulo-SP. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª edição rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: lúmen juris (2006).

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista dos Tribunais (2004): 52-57.

SCHÄFER, Gilberto. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. Revista do Supremo Tribunal Federal, 2015

\_\_\_\_\_. Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância. Guatemala, 2013

VANEIGEM, Raoul. **Nada é sagrado, tudo pode ser dito: reflexões sobre a liberdade de expressão.** São Paulo: Parábola Editorial, 2004.