



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E ELABORAÇÃO DE
MONOGRAFIA JURÍDICA

DAVI ALMEIDA MAIA

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
O DISCURSO DO ÓDIO

FORTALEZA

2016

DAVI ALMEIDA MAIA

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O
DISCURSO DO ÓDIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito

Orientadora: Profa. Dra. Gretha Leite Maia de
Messias

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M185d Maia, Davi Almeida.
A dignidade da pessoa humana entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio / Davi Almeida Maia. –
2016.
110 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Profa. Dra. Gretha Leite Maia de Messias.

1. Discurso do ódio. 2. Liberdade de expressão. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Direitos
fundamentais. I. Título.

CDD 340

DAVI ALMEIDA MAIA

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O
DISCURSO DO ÓDIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovada em 06/12/2016.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Gretha Leite Maia de Messias (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

RESUMO

O presente trabalho tem como temas principais a liberdade de expressão, o discurso do ódio e a dignidade da pessoa humana. Pretende-se analisar a importância do direito fundamental à liberdade de expressão, principalmente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A análise da evolução histórica no âmbito mundial e nas Constituições pátrias é importante para saber que, por mais importante que o direito à liberdade de expressão se apresente, ele muitas vezes foi negligenciado. A liberdade de manifestação do pensamento é uma das projeções da liberdade de expressão e foi garantida pela Constituição Federal, que proibiu o anonimato e vedou a censura. A dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional brasileiro de maior proeminência. Geralmente a dignidade da pessoa humana é conceituada como o valor intrínseco atribuído ao homem e exclusivo dele. Esse conceito é fruto da filosofia kantiana, que repudia a coisificação do ser humano. O marco histórico da dignidade humana aconteceu com o fim da Segunda Guerra. Vários tratados e Constituições nacionais positivaram o princípio da dignidade. No Brasil, a Constituição o reconheceu de forma inédita em 1988. A dignidade humana é núcleo de conteúdo dos direitos fundamentais e o Estado Constitucional Democrático está firmado nela. Os direitos fundamentais são explicitações da dignidade. A dignidade humana é violada pelo discurso do ódio. O discurso do ódio manifesta ódio, repulsão, menosprezo e intolerância contra suas vítimas. Indivíduos são humilhados, inferiorizados e desqualificados com base em suas características pessoais. A incitação ao ódio é marca do *hate speech*. O preconceito, a discriminação e o racismo também podem fazer parte do conteúdo da fala odiosa. O discurso do ódio provoca vários danos e promove o efeito silenciador. O debate livre é prejudicado pelo *hate speech*. A Alemanha e os Estados Unidos são países importantes para o estudo do confronto entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio. O sistema constitucional alemão privilegia a dignidade da pessoa humana. A jurisprudência norte-americana privilegia a liberdade de expressão. A internet atualmente é uma das principais ferramentas utilizadas para que os cidadãos manifestem seus pensamentos. O discurso do ódio encontra nas mídias digitais um ambiente favorável para a sua propagação. A liberdade de expressão não é um direito absoluto. O direito fundamental da liberdade de expressão é limitado.

Palavras-chave: Discurso do ódio. Liberdade de expressão. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The main themes of this work are freedom of speech, hate speech and the dignity of the human person. This research intends to analyze the importance of the fundamental right to freedom of expression, especially after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The analysis of historical evolution on a global level and in the national constitutions is important to know that, however important the right to freedom of expression may present itself, it has often been neglected. The freedom of speech is one of the projections of freedom of expression and was guaranteed by the Federal Constitution, which prohibits anonymity and prohibits censorship. The dignity of the human person is the Brazilian constitutional principle of greater prominence. Usually the dignity of the human person is defined as the intrinsic value assigned to human being. This concept is the result of the Kantian philosophy, which repudiates the objectification of human beings. The historical landmark of human dignity happened after the end of World War II. Several treaties and national constitutions positivated the principle of dignity. In Brazil, the Constitution recognized in an unprecedented way in 1988. Human dignity is the core of the content of fundamental rights and the Democratic Constitutional State is established on it. Fundamental rights are externalizations of human dignity. Human dignity is violated by hate speech. The hate speech manifests hatred, repulsion, contempt, and intolerance against its victims. People are humiliated, inferiorized and disqualified based on their personal characteristics. The incitement to hatred is a mark of hate speech. Prejudice, discrimination and racism can also be part of the content of hate speech. Hate speech causes countless damage and promotes the silencing effect. The free debate is hampered by hate speech. Germany and the United States are important countries for the study of the confrontation between freedom of expression and hate speech. The German constitutional system gives priority to human dignity. The American jurisprudence favors freedom of expression. The internet is currently one of the main tools used by citizens to express their thoughts. Digital medias are a favorable environment for the dissemination of hate speech. Freedom of expression is not an absolute right. The fundamental right of freedom of expression is limited.

Keywords: Hate speech. Freedom of expression. Dignity of human person. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	11
2.1 Breves considerações acerca da liberdade.....	11
2.2 Liberdade de expressão e evolução histórica.....	12
2.3 Tratamento da liberdade de expressão nas Constituições brasileiras.....	14
2.4 Liberdade de expressão na Constituição de 1988 e seus conceitos.....	17
2.5 Art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988: “liberdade de expressão do pensamento”.....	21
2.6 Dois conceitos de liberdade.....	22
2.7 Liberdade de expressão na democracia: Estado liberal e Estado ativista.....	24
2.8 Restrições aos direitos fundamentais: teoria interna e teoria externa e suas modalidades.....	25
2.9 Limites à liberdade de expressão expressos na Constituição Federal de 1988.....	30
2.10 Conflitos entre direitos fundamentais e restrições tácitas à liberdade de expressão.....	31
3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DISCURSO DO ÓDIO	33
3.1 Origem e evolução da dignidade da pessoa humana.....	33
3.2 Conceito jurídico atual da dignidade da pessoa humana no prisma jurídico-constitucional.....	36
3.3 Dimensão da dignidade humana e os direitos fundamentais.....	38
3.4 A dignidade humana e a imanência.....	40
3.5 Do discurso do ódio.....	42
3.6 Proposta complementar de conceituação do discurso do ódio e seus tipos.....	44
3.7 O preconceito, a discriminação e o racismo.....	47
3.8 Danos e efeitos causados pelo discurso do ódio.....	50
3.9 O discurso do ódio como violador da dignidade da pessoa humana.....	53
4 O CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO	56
4.1 A liberdade de expressão no sistema constitucional norte-americano: a Primeira Emenda e a construção do seu significado.....	56
4.2 O tratamento do <i>hate speech</i> nos Estados Unidos.....	59

4.3 As peculiaridades do discurso do ódio na Alemanha	62
4.4 Comparações entre os dois sistemas constitucionais	67
4.5 A liberdade de expressão e o discurso do ódio: a jurisprudência brasileira	69
4.6 O Caso Ellwanger – precedente e caso paradigma: o julgamento histórico do STF	70
4.7 O Caso Monica Iozzi	79
4.8 O Caso Mayara Petruso: ódio contra nordestinos no <i>Twitter</i>	80
4.9 Outros casos de discurso do ódio nas redes sociais	81
4.10 As mídias digitais e o discurso do ódio na internet	84
4.11 Por que o discurso do ódio deve ser proibido	87
4.12 Peculiaridades e fatores a serem observados em casos envolvendo o discurso do ódio ..	90
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
6 REFERÊNCIAS	105

1 INTRODUÇÃO

A conjuntura político-social brasileira após o golpe ditatorial de 1964 sofreu grandes mudanças. Conseqüentemente, o âmbito jurídico também experimentou essas alterações. Tem-se como marco dessa transição – após o obscuro período de opressões – a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que restaurou diversos direitos negligenciados durante a época do regime militar. O direito à liberdade de expressão foi reconhecido pela Carta Magna brasileira, que também vedou a censura – a fim de garantir a *livre* manifestação do pensamento.

A *Constituição Cidadã* reconhece várias liberdades e direitos fundamentais. O próprio direito à liberdade irradia-se por toda a Constituição brasileira. As liberdades de religião, de culto, de consciência e de crença, de profissão, de locomoção, de reunião e de associação são alguns dos exemplos da insistência do constituinte de 1988 em garantir o exercício da liberdade aos cidadãos brasileiros. A liberdade de expressão, golpeada durante o lapso democrático nos anos ditatoriais, é um dos focos do presente estudo. A importância de um direito tão relevante como o da liberdade de expressão o coloca no patamar de um direito fundamental, amplamente reconhecido pelo ordenamento jurídico atual, seja pela sua importância histórica, seja pela sua relevância no contexto da construção de uma sociedade democrática em processo de desenvolvimento.

O debate de ideias é de extrema importância para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. As formas de participação nesse debate e a própria dinâmica das relações interpessoais proporcionam discussões no que diz respeito à liberdade de manifestação do pensamento. Infelizmente, discursos e manifestações que violam direitos alheios não são raros, pelo contrário, estão cada vez mais presentes. O crescente acesso à tecnologia tem possibilitado a divulgação de ideias e discussões acerca de diversos temas. A internet propaga informações e as mídias digitais fazem com que as palavras tenham potencial de alcance desmesurável. Esse ambiente possibilita o crescimento do debate livre e democrático. De maneira oposta, discursos que não devem ser tolerados em uma sociedade *igualitária* são proferidos.

O discurso do ódio é um tipo de discurso repugnante. O *hate speech* não é um fenômeno recente na história da humanidade. Nem poderia ser: o ódio é um sentimento que pode ser facilmente propagado e as diferenças – comuns em sociedades plurais e formadas por sujeitos e grupos diferentes – são algumas das justificativas para tentar explicar o porquê

de condutas preconceituosas, discriminatórias e racistas ainda serem perpetradas na atualidade. É certo que a fala odiosa viola vários direitos e causa incontáveis danos às suas vítimas. No entanto, o presente trabalho busca não só apresentá-la como violadora de diversos direitos, mas também trazer à tona o debate do discurso do ódio como um possível limite à liberdade de expressão.

O tema do discurso do ódio em confronto com a liberdade de expressão ganhou ainda mais destaque na área jurídica brasileira quando o Supremo Tribunal Federal julgou o *habeas corpus* 82.424, no que ficou conhecido como *caso Ellwanger*. Esse julgamento marcou o aniversário de 175 anos da mais alta Corte brasileira e representou um importante marco jurisprudencial no país. A doutrina pátria passou a abordar com mais afinco o *hate speech* e a discussão dos limites à liberdade de expressão tem dividido opiniões.

Nesse contexto do confronto entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio, surge a necessidade de abordar a dignidade da pessoa humana. Princípio essencial para o ordenamento constitucional brasileiro, a dignidade humana é um dos eixos desta pesquisa. Diferentemente do que aconteceu com a liberdade de expressão, por exemplo, que sempre recebeu tratamento constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado – de forma inédita – na Constituição Federal de 1988. Contudo, apesar de ser recente no ordenamento jurídico pátrio, sua importância não encontra precedentes. A dignidade da pessoa humana é núcleo de sentido dos direitos fundamentais e valor fundante do sistema constitucional. Toda a Constituição deve ser interpretada à luz desse princípio.

É justamente a dignidade da pessoa humana que se coloca no centro do conflito entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio. A dignidade humana é núcleo do direito fundamental à liberdade de expressão. Manifestar uma opinião é concretizar essa dignidade. E manifestar o discurso do ódio? Significa exatamente *violar* a dignidade de uma pessoa, de pessoas e a dignidade de toda a sociedade. O que é mais importante: a dignidade de quem profere ou de quem sofre o discurso do ódio? A dignidade humana, quando atingida pela fala odiosa, é violada o suficiente para fundamentar uma restrição à liberdade de expressão?

Com efeito, percebe-se que o discurso do ódio é um fenômeno que não gera apenas discussões no âmbito jurídico. A modernidade e a tecnologia trouxeram a discussão da liberdade de expressão e do discurso do ódio para os cidadãos. A internet é, na atualidade, o maior campo onde pensamentos e ideias são manifestados. Por conseguinte, tornou-se o ambiente em que o discurso do ódio mais é externado. Alguns minutos em uma rede social

ou em outras mídias digitais, como nas próprias notícias de portais de comunicação online e em suas seções de comentários, já são suficientes para evidenciar a questão ora abordada: o discurso do ódio está amplamente presente na sociedade. O debate livre e a manifestação saudável de ideias dão lugar a palavras de furor e ódio. Liberdade de expressão não é liberdade de ofensa.

Com a importância da discussão acerca do discurso do ódio, faz-se necessária a análise do tema abordado neste trabalho de conclusão de curso: o estudo acerca do direito à liberdade de expressão encontrar limites no discurso do ódio, tendo a dignidade da pessoa humana no cerne desse confronto. O objetivo principal deste estudo é identificar os limites constitucionais da liberdade de expressão, tendo como foco e parâmetro o discurso do ódio. A análise da importância histórica e atual da liberdade de expressão no Brasil, principalmente a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, também é de extrema valia para que as questões propostas sejam respondidas e o objetivo deste estudo seja alcançado.

Conceituar o discurso do ódio é outro propósito desta pesquisa, bem como identificar suas consequências sociais, os danos que pode causar em suas vítimas e como a dignidade humana se relaciona com ele. A partir do confronto entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio, não se olvidando da magnitude do princípio da dignidade da pessoa humana, ter-se-á a resposta do principal questionamento proposto: o discurso do ódio deve ser proibido?

O desenvolvimento deste trabalho dar-se-á em três momentos, com a sua divisão em três distintos capítulos. O primeiro capítulo tratará da liberdade de expressão. A compreensão e o tratamento dispensados à liberdade de expressão pelas diferentes sociedades no decorrer dos anos será abordada. Far-se-á uma breve análise da liberdade de expressão nas Constituições brasileiras, culminando na Constituição Federal de 1988. Outro tema de extremo relevo para o seguimento deste estudo é o das restrições aos direitos fundamentais, que será abordado ainda no capítulo primeiro, juntamente com os limites à liberdade de expressão expressos na Carta Magna. Os conflitos entre os direitos fundamentais e as restrições tácitas à liberdade de expressão também não poderiam ser olvidados.

A dignidade da pessoa humana e o discurso do ódio serão os temas do segundo capítulo. A origem e a evolução da dignidade humana, o seu conceito jurídico sob o prisma constitucional e a sua relação com os direitos fundamentais darão início a este capítulo. O discurso do ódio, a discussão acerca do seu conceito, o preconceito, a discriminação e o

racismo serão alguns dos temas no prosseguimento desta segunda etapa. Os danos e os efeitos causados pelo discurso do ódio e a relação do discurso do ódio com a dignidade da pessoa humana são alguns dos assuntos que, da mesma forma, terão o devido destaque no presente trabalho.

O capítulo final trata do confronto entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio. Apresentar-se-á, primeiramente, a visão jurisprudencial de dois países no que concerne ao conflito entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: a perspectiva norte-americana e a alemã. Os Estados Unidos e a Alemanha são nações significativas para a compreensão da liberdade de expressão e do discurso do ódio. Ver-se-á como os Estados Unidos prestigiam a liberdade, ao passo que a Alemanha prestigia a dignidade da pessoa humana e repudia o discurso do ódio. Duas visões opostas serão discutidas antes de analisar a jurisprudência pátria, tendo como foco o caso Ellwanger. Outros casos envolvendo a liberdade de expressão e o discurso do ódio serão apresentados, principalmente aqueles que se relacionam com as mídias digitais e com a internet. Por fim, analisar-se-á brevemente o papel das mídias digitais no que se refere ao discurso do ódio na atualidade e algumas peculiaridades que cercam o *hate speech*.

O método de abordagem dedutivo será empregado para que os objetivos deste estudo sejam atingidos. Sobre os temas que envolvem a liberdade de expressão, o discurso do ódio e a dignidade da pessoa humana, foi feito um levantamento de material bibliográfico e jurisprudencial para ser analisado, bem como foi feito exame legislativo. A jurisprudência dos Estados Unidos e da Alemanha será tratada com base em pesquisa doutrinária específica sobre esses três assuntos. Reportagens e notícias também foram utilizadas, tendo em vista a cobertura midiática conferida a alguns casos de racismo e de discurso do ódio.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de expressão vem se constituindo como um dos mais importantes na construção das sociedades, incluindo-se a brasileira. Não é prerrogativa autorizada pelo Estado, é direito fundamental dos cidadãos, direito indispensável à existência de uma sociedade livre, orientada pelo regime democrático. Junto com o discurso do ódio, a liberdade de expressão é um dos cernes deste estudo. De tal maneira, é necessário explorar alguns dos seus aspectos principais antes de analisar o conflito entre esta e o discurso do ódio.

2.1 Breves considerações acerca da liberdade

O direito à liberdade é previsto e garantido ao homem em diversos ordenamentos jurídicos, nem sempre foi assim, contudo. Muito tempo foi necessário para a construção das sociedades, suas evoluções, bem como do próprio Direito. O valor que se atribui à liberdade, mais especificamente desde o período pós-Segunda Guerra Mundial, como característica inerente ao ser humano, é fruto de várias lutas. Inúmeros homens não foram livres para que tal quadro se estabelecesse em nossa atual sociedade. Essa assertiva, apesar de óbvia, não deixa de ser verdade. Valoriza-se aquilo que não se tem, que foi retirado ou que é obtido à custa de sacrifícios, lutas.

Nesse sentido, como característica intrínseca ao homem, a liberdade é prévia à própria noção do Estado (MEYER-PFLUG, 2009), mesmo que o seu reconhecimento não tenha sido perpetrado em todo o decorrer da trajetória humana. É premissa indispensável para o amplo desenvolvimento da natureza humana. Nos dizeres de Ives Gandra Martins Filho, “a liberdade é uma das notas definidoras do homem. [...] A liberdade é, justamente, a decorrência necessária da racionalidade humana. Trata-se de traço constitutivo do ser humano” (MARTINS FILHO, 2004 *apud* MEYER-PFLUG, 2009, p. 28). Ser humano é ser livre, se privado da liberdade, dessa forma, o homem seria destituído do âmago da sua condição humana, como ser racional (GARCIA, 1994 *apud* MEYER-PFLUG, 2009).

Conclui-se que a liberdade é fruto da condição da humanidade como seres dotados de razão, bem como é pretensão universal dos homens. Portanto, não é de se estranhar que, no Brasil, a liberdade irradia-se por todo o texto da Constituição da República Federativa de 1988, desde o seu próprio preâmbulo. Esse, mesmo não dotado de força normativa, é utilizado como critério de interpretação, e declara que um dos objetivos do Estado Democrático é assegurar o exercício da liberdade. O art. 3º, novamente, determina que a construção de uma

sociedade *livre*, justa e solidária é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O art. 5º ainda versa a respeito da liberdade religiosa e de culto, da liberdade de consciência e de crença, da liberdade de profissão, da liberdade de locomoção, da liberdade de reunião e da liberdade de associação. Ainda no 5º art. do texto constitucional, a liberdade de expressão, um dos focos do presente trabalho, é assegurada nos incisos IV e IX.

Passada essa breve análise da Constituição de 1988, tendo em vista que a liberdade, de fato, está presente em todo o Texto Constitucional, abordar-se-á a magnitude da liberdade de expressão, bem como se deu o surgimento a esse direito e sua evolução a nível global.

2.2 Liberdade de expressão e evolução histórica

A liberdade de expressão é uma das dimensões da liberdade (MEYER-PFLUG, 2009). O direito à liberdade de expressão compreende a prerrogativa do indivíduo poder expor livremente seus pensamentos, crenças, ideias e juízos de valor (FARIAS, 2004). Tal significado sintético do que consiste esse direito leva a concluir que, como direito do homem a ter suas ideias e pensamentos externados sem impedimentos, a liberdade de expressão, mesmo entendida como essencial à condição humana, nem sempre foi compreendida e assegurada dessa forma. Do mesmo modo que a liberdade de expressão é característica intrínseca ao homem, é notabilizada, também, como intrínseca ao regime democrático. O *governo de todos, para todos e por todos*, não subsistiria sem uma sociedade plural, que necessita de um debate plural, ou seja, do pleno exercício da liberdade de expressão.

Surgida na Grécia, a democracia ateniense era peculiar. O mais importante, àquela época, não era ter a prerrogativa da liberdade, o *cidadão* ateniense valorizava exatamente isto: participar como *cidadão*. Tal conceito, contrariando a própria concepção atual do que é democracia, era completamente excludente. Poucos podiam participar do debate na *polis*. Segundo Rômulo Conrado (2014, p. 37), “a liberdade de expressão de ideias se associa às sociedades mais evoluídas sob os pontos de vista político, econômico, cultural e social”.

Ora, sendo a garantia da liberdade, incluindo-se aqui a liberdade de expressão, por conseguinte, marco de sociedades evoluídas, a Idade Antiga é apenas a semente do seu surgimento. A evolução da faculdade de expor livremente a opinião perpetuou-se por séculos, juntamente com o avanço da sociedade – períodos de retrocessos também ocorreram. A Idade Média foi seguida pela aparição dos Estados Modernos, essenciais para o verdadeiro nascimento de uma cultura de proteção da palavra, visto que, com o advento do Estado

centralizado nas sociedades ocidentais, reconheceu-se a eventual ânsia de fixar limites aos poderes estatais (CONRADO, 2014).

A centralização do poder, bem como a constante opressão dos soberanos em relação aos seus governados, proporcionou um cenário favorável para as revoluções burguesas, com ideias liberais. A Revolução Gloriosa, marco da história inglesa, teve como um dos seus símbolos o famoso *Bill of Rights*, documento político que reconheceu, pela primeira vez, a liberdade de expressão. Apesar de sua importância histórica, o *Bill of Rights*, mais uma vez, assegurava direitos apenas para uma pequena parcela do povo, a saber, a burguesia. Não se pode olvidar, porém, que a liberdade frente a poderes absolutos já crescia e continuaria evoluindo no tempo e no espaço (CONRADO, 2014).

A Revolução Gloriosa e o seu *Bill of Rights* foi sucedida pela Independência dos Estados Unidos da América e pela Revolução Francesa. A liberdade foi coroada como valor máximo pelos estadunidenses já no século XVIII. A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos das Américas versa que o Congresso daquele país não pode estabelecer lei alguma no sentido de cercear a liberdade de expressão. No mesmo diapasão, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, reconheceu que ninguém pode ser molestado por suas opiniões e que a comunicação livre de ideias e opiniões é um dos mais valiosos direitos do homem (CONRADO, 2014).

A liberdade de expressão como é concebida na ordem jurídica nacional após 1988, igualmente relacionada com os direitos humanos, somente foi ressignificada após o advento das duas Guerras Mundiais do século XX. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, após a Segunda Guerra Mundial, foi documento marco para os direitos humanos. Nas palavras de Rômulo Conrado (2014, p. 44), ela reafirma “o compromisso com os direitos humanos e a supremacia do homem, tendo representado a principal base para as constituições que lhe seguiram”. O art. XIX do documento supramencionado versa que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão, independentemente de fronteiras. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, e promulgado em território nacional para ser incorporado ao nosso ordenamento jurídico no ano de 1992, reafirma a importância da liberdade de pensamento e de expressão, bem como proíbe censura prévia ao exercício desse direito.

O direito que o indivíduo tem de exprimir seus pensamentos e ideias através da palavra, ou por outras formas, advém de uma evolução natural da sociedade e da própria necessidade de se impor frente aos poderes arbitrários, do Estado ou de classes dominantes, por exemplo. Empós exposta a trajetória evolutiva da liberdade de expressão na sociedade ocidental, apresentar-se-á o seu percurso no direito brasileiro.

2.3 Tratamento da liberdade de expressão nas Constituições brasileiras

A liberdade de expressão recebe tratamento constitucional nas Cartas Magnas pátrias desde a primeira constituição brasileira, outorgada em 1824, no início do governo imperial. Sobre o tema, ilustra Samantha Meyer-Pflug (2009, p. 56):

Portanto, tem-se que no plano internacional há uma ampla proteção à liberdade de expressão e esse direito esteve presente em todas as Constituições brasileiras desde a primeira, constituindo-se em um direito sempre protegido pelo ordenamento jurídico pátrio. No entanto, a extensão da proteção conferida a esse direito sofreu variações de acordo com o sistema político adotado e o grau de democracia assegurado em cada Constituição.

O exame das Constituições brasileiras tem exatamente o objetivo de expor o tamanho da proteção conferida à liberdade de expressão em cada uma delas. As oito Cartas Magnas brasileiras revelam a inspiração política, bem como jurídica, delas, que sofreram influências liberais, totalitárias ou sociais, de acordo com o regime político em vigência. Antes de ser um direito previsto na Constituição de 1824, a liberdade de expressão no Brasil, ainda colônia de Portugal, não era assegurada de forma alguma. O que acontecia em terras tupiniquins, pelo contrário, era uma forte repressão e controle por parte do governo autoritário português (CONRADO, 2014).

A abertura dos Portos em 1808, que gerou uma significativa abertura econômica, assim como intelectual, permitiu um menor controle em relação à liberdade de expressão – e de imprensa – no Brasil. A independência, já no ano de 1822, seguida pela primeira Constituição brasileira, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I em 1824, foram acontecimentos que permitiram o reconhecimento do direito à liberdade de expressão pela primeira vez em território nacional. A Constituição Política do Imperio do Brazil foi fortemente influenciada pelo constitucionalismo inglês. Ao mesmo tempo em que instituiu o Poder Moderador, caracterizando-a pela centralização administrativa e política, era fruto da

visão política liberal clássica. As liberdades eram asseguradas de acordo com o conceito negativo¹, que impõe a abstenção, a não interferência do Estado (CONRADO, 2014).

O art. 179 da norma em discussão assegurava a inviolabilidade dos direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros, elencando a liberdade como uma de suas bases. O inciso IV do referido artigo garantia aos brasileiros a liberdade de poder externar os seus pensamentos, através de palavras ou de forma escrita. Em suma, a Constituição de 1824 salvaguardava a liberdade de pensamento, de expressão, religiosa, bem como a de imprensa. A censura era expressamente vedada. Em contrapartida, o exercício da liberdade de expressão de forma abusiva ensejava a responsabilização do autor, na forma da lei (MEYER-PFLUG, 2009).

A primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891, dois anos após a proclamação da república, continuou traçando o caminho trilhado pela Carta Magna anterior no que dizia respeito à liberdade de expressão. A maior inspiração, dessa vez, adveio dos Estados Unidos da América, com a adoção do federalismo, por exemplo. As liberdades de expressão, de imprensa, de pensamento e de religião foram garantidas pelo Texto Constitucional, assim como diversos outros direitos e garantias fundamentais. É importante destacar que, pela primeira vez no Brasil, vedou-se o anonimato (MEYER-PFLUG, 2009).

O fim da República Velha, com a Revolução de 1930 e, posteriormente, com a Revolução Constitucionalista no ano de 1932, fez emergir um cenário propício para a promulgação de uma nova Constituição, a segunda republicana. Tal fato ocorreu no ano de 1934 e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil teve inspiração na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição Republicana da Espanha, de 1931 (MEYER-PFLUG, 2009), e forte conotação social. Apesar do que pode ser considerado como primeiro momento do Estado Social Brasileiro, os direitos fundamentais ainda encontravam-se sob a influência do modelo liberal (CONRADO, 2014).

A Constituição de 1934 trazia a vedação à censura novamente, mas permitia a censura de espetáculos e diversões públicas. Garantiu-se a liberdade de consciência, de pensamento, assim como a de religião. A proibição ao anonimato perdurou-se e também a responsabilização por eventuais abusos. A Constituição de 1937, outorgada no Estado Novo, ditadura de Getúlio Vargas, representou um claro retrocesso na evolução do direito à

¹ Concepção defendida em 1958 por Isaiah Berlin.

liberdade de expressão. Sob a influência da Constituição polonesa, o Poder Executivo foi dotado de maior expressividade e poder, com o pretenso pretexto de preservar o interesse público e do Estado. Dessa forma, vários direitos fundamentais foram restringidos (MEYER, PFLUG, 2009).

O direito de resposta e a vedação ao anonimato permaneceram, a garantia à liberdade religiosa, de culto e a de pensamento, também. O próprio Texto Constitucional, contudo, trouxe vários limites à liberdade de pensamento, além dos autorizados por lei. Foi permitida a censura prévia da imprensa, da radiodifusão, do teatro e do cinema. A Constituição Polaca legitimava a opressão e perseguição estatal. Com a saída de Getúlio Vargas do poder, em 1945, a Constituição de 1946 retomou os ideais democráticos das Cartas de 1891 e 1934 (MEYER-PFLUG, 2009). Acerca da liberdade de expressão, é mister ressaltar o seguinte trecho da Constituição de 1946:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. **Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.** (grifo nosso).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 assegurou o direito à liberdade de culto, de pensamento e religiosa. A censura, traço marcante da Carta Polaca, não mais estava presente, salvo em espetáculos e diversões públicas. A proibição de propagandas que incentivassem os preconceitos de raça ou de classe merece especial relevo para o presente trabalho (MEYER-PFLUG, 2009). Seguindo a exposição da liberdade de expressão nas Constituições pátrias, percebe-se que o governo ditatorial de Getúlio Vargas não foi o único período obscuro para os brasileiros que desejassem exercer o direito à liberdade de expressão. O Golpe Militar de 1964 inaugurou mais uma interrupção na evolução democrática brasileira. A Constituição de 1967, pretensamente, repetiu os mesmos direitos e garantias fundamentais dos Textos Constitucionais democráticos anteriores, a fim de dar uma aparência de legalidade. Firmou a liberdade de manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a liberdade religiosa, de culto e o direito de informação (CONRADO, 2014).

O controle estatal, ao contrário do estabelecido na Constituição, era forte e desmedido. Várias leis infraconstitucionais foram criadas com a finalidade de limitar e proibir as liberdades que na Carta Magna estavam garantidas. Ainda durante a vigência da Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, formalmente alterou o Texto Constitucional vigente à época (CONRADO, 2014). Considera-se, contudo, que a referida emenda foi além, significou uma nova Constituição outorgada pelos militares. As disposições acerca da liberdade de expressão continuaram as mesmas da Carta anterior.

O cenário político, assim como o social, logo após o declínio do governo ditatorial militar, permitiu a promulgação da atual Constituição Brasileira, em 1988. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida por “Constituição Cidadã”, traz um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. O poder do Estado, dessa forma, foi limitado nesse contexto de redemocratização. A censura é expressamente vedada e a liberdade de expressão ocupa uma posição de destaque na Constituição Federal. Valoriza-se a importância desse direito fundamental na construção de uma sociedade pluralista. Nos dizeres de José Afonso da Silva (2011, p. 143):

A Constituição opta, pois, pela *sociedade pluralista* que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma *sociedade monista* que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. (grifo nosso).

A democratização da sociedade civil, que há de ser amplamente garantida para que haja a evolução da democratização política, além de ser parte integrante desta, só existe em uma sociedade pluralista (BOBBIO, 2000). Uma sociedade pluralista, por sua vez, deve coexistir com a garantia do exercício da liberdade de expressão.

Após essa breve exposição acerca do histórico da liberdade de expressão nas Constituições brasileiras, passar-se-á à análise exclusiva no âmbito do atual Texto Constitucional.

2.4 Liberdade de expressão na Constituição de 1988 e seus conceitos

“A liberdade de expressão é a máxima dentre as liberdades clássicas, constituindo um direito de primeira geração” (LUNA; SANTOS, 2014, p. 249). Tal direito, contudo, não teve seu exercício garantido aos cidadãos brasileiros por mais de duas décadas, durante o período ditatorial militar. Essa lacuna ocasionada pela ditadura militar proporcionou um avanço no

que diz respeito à liberdade de expressão após a redemocratização, com a elaboração da Carta Magna de 1988. A liberdade de expressão é amplamente protegida no Texto Constitucional pátrio. Nas palavras de Daniel Sarmento (2007, p. 29):

Não faltam na Constituição de 88 preceitos protegendo a liberdade de expressão. [...]

Essa insistência não foi gratuita. Por um lado, ela representou uma reação contra os golpes perpetrados pelo regime militar, cuja repetição o constituinte quis a todo custo evitar. E, por outro, ela demonstra a enorme importância atribuída a este direito fundamental no sistema constitucional brasileiro. (grifo nosso).

O constituinte de 1988, na onda de redemocratização nacional, notadamente tentou salvaguardar a liberdade de expressão após os 21 anos de autoritarismo e abusos com relação aos direitos fundamentais. Não poderia ser diferente, haja vista que o referido período demonstrou o quão perigoso pode ser uma sociedade que tem as suas vozes caladas, tornando, assim, impossível de subsistirem resquícios do pluralismo e da democracia, essenciais para o fortalecimento desse direito inerente ao homem. O tratamento constitucional que garante uma ampla área de liberdade para o cidadão brasileiro e limita a atuação do Estado decorre desse contexto pós-opressor.

A liberdade de expressão, antes posta forçadamente em letargia para a manutenção do governo ditatorial ora vigente, passou a ser fundamento do Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição de 1988. Em uma sociedade plural e democrática, a manutenção do poder não exige que vozes sejam caladas, pelo contrário, exige a participação efetiva dos seus cidadãos, o que a ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição Federal procurou efetivar. O desenvolvimento da democracia depende do exercício dessa liberdade. Considera-se que o Texto Constitucional, além de ter garantido expressamente a liberdade de expressão em alguns dos seus artigos, também a esculpiu indiretamente entre diversos mandamentos constitucionais.

É livre a manifestação do pensamento, bem como é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Os incisos IV, VI e IX do art. 5º são inequívocos: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, “é inviolável a liberdade de consciência e de crença”, “é livre a expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”. O cidadão brasileiro é livre para expressar-se das mais variadas maneiras, podendo externar seu pensamento, suas crenças e convicções ideológicas, políticas, científicas, tendo em vista a necessidade de

afirmação e autodeterminação em uma sociedade democrática e plural. Frisa-se ainda que o Texto Constitucional dedica um capítulo exclusivo à comunicação social. O art. 220 dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Tendo em vista a amplitude e imprecisão dos conceitos atinentes ao tema na Constituição Federal, faz-se necessário elucidar qual entendimento doutrinário é mais adequado para o desenvolvimento deste estudo. No entender de André Ramos Tavares (2008), a liberdade de expressão é um gênero que alberga outros direitos elencados na Carta Magna. Para ele, liberdade de manifestação do pensamento, de comunicação, de informação, de acesso à informação, de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão são direitos conexos que são abarcados pelo direito genérico da liberdade de expressão. O julgamento de Gilmar Mendes (2011) vai ao encontro daquele, de modo que defende, da mesma maneira, que no direito à liberdade de expressão cabe tudo o que se pode comunicar.

Ingo Sarlet (2012 *apud* CONRADO, 2014) leciona de modo semelhante, entendendo que a manifestação do pensamento é o direito genérico, dado que a manifestação do pensamento pode ocorrer na esfera da comunicação social, no exercício da atividade intelectual e também artística, bem como na livre manifestação de opiniões religiosas. José Afonso da Silva defende que a liberdade de pensamento é o ponto de partida das outras liberdades elencadas na Constituição Federal. Veja-se a lição do referido autor:

De certo modo esta [a liberdade de opinião] resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade *primária* e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha [...] (2011, p. 241, grifo do autor).

Ainda segundo José Afonso da Silva (2011, p. 244), “a liberdade de manifestação do pensamento constitui um dos aspectos externos da liberdade de opinião”. George Marmelstein (2011) tem entendimento afim, ao passo que defende ser o direito à liberdade de manifestação do pensamento a origem dos demais, ainda ressaltando o seu importante papel como instrumento essencial para a democracia. Em sentido oposto, Edilson Farias (2004) trata a liberdade de expressão como gênero, bem como a liberdade de comunicação. A exposição de fatos noticiosos correlacionar-se-ia com esta, já a manifestação de ideias, de pensamentos e juízos de valor estariam abarcados pela liberdade de expressão.

Em análise acerca da liberdade de expressão e do racismo, Leonardo Martins (2012, p. 213) defendeu que, apesar de serem conexas, “a liberdade de imprensa não engloba a liberdade de manifestação do pensamento, embora esta possa se valer de um dos veículos que são produtos daquela”. Segundo o autor, o alcance da área de proteção do art. 5º, IV, da Constituição Federal deve ser interpretado de forma que seja maximamente ampliado:

O constituinte escolheu um conceito bastante abstrato e genérico para ser o núcleo da proteção da liberdade de manifestação do pensamento. Não escolheu um termo mais preciso como o fez o constituinte alemão por meio do termo “opinião”, ou aquela do constituinte norte-americano, ligado às origens históricas, à liberdade do discurso ou da fala [...]

A referida escolha conceitual do constituinte brasileiro que se valeu de conceitos genéricos só pode ser interpretada em favor de uma ampliação máxima possível do alcance do direito fundamental. Importa primeiro fixar que “pensamento” pode ser traduzido por “opinião” em sentido amplo, ou seja, expressar o pensamento significa revelar um juízo de valor a respeito de um dado objeto. (MARTINS, 2012, p. 214, grifo nosso).

De tal forma, Leonardo Martins assevera que as liberdades de imprensa e de manifestação do pensamento são independentes entre si. A liberdade de manifestação do pensamento serve à liberdade do próprio autor da manifestação, que tem a área de alcance ampliada pela imprecisão e generalização de conceitos utilizados pelo constituinte brasileiro. Quanto à liberdade de imprensa, esta serve a instituições e empresas que tenham a imprensa como produto. Por sua vez, Celso Bastos (2002, p. 330-331) leciona que a liberdade de pensamento, ou de opinião, é liberdade “primária e primeira”, dando origem à liberdade de informação, à liberdade de imprensa e à liberdade religiosa:

A liberdade de pensamento, ou de opinião, é qualificada por alguns autores como simultaneamente primária e primeira, isto pelo fato de aparecer cronologicamente e logicamente antes de outras liberdades que não são um consectário seu. Exemplifique-se: **a liberdade de opinião permite a alguém ter ou não ter crenças religiosas. No caso positivo, contudo, estas deverão se externar por meio de outra liberdade, a de cultos.** Destarte, esta última aparece como uma liberdade secundária comandada pela liberdade de pensamento que lhe é anterior.

A própria liberdade de imprensa permite por outro lado a comunicação das opiniões. Aqui a liberdade secundária amplifica a primeira ao mesmo tempo em que sobre ela se funda. (grifo nosso).

Dessa maneira, o referido autor defende que a liberdade de pensamento é a célula mãe de todas as outras liberdades, que são secundárias. Ou seja, a liberdade de imprensa é antecedida pela liberdade de pensamento, posto que, cronologicamente, o sujeito antes de exercer o seu direito à liberdade de imprensa, exerce o direito à liberdade de pensamento. O

gênero é a liberdade de pensamento – ou de opinião –, e não a liberdade de expressão, como afirmam outros autores brasileiros.

Todas as teses expostas têm seu condão de convencimento e não carecem de coerência, confirmando-se, assim, que o constituinte brasileiro falhou ao usar termos imprecisos na elaboração da Constituição Federal. Contudo, reporta-se que os entendimentos mais adequados para o presente trabalho são aqueles defendidos por André Ramos Tavares e Ingo Sarlet. Ao passo que o primeiro autor assevera que a liberdade de expressão é um direito genérico, que dá origem aos demais, o segundo autor afirma que os conceitos das liberdades correlatas na Constituição Federal são diferenciados, assim como o tratamento de tais liberdades.

Ademais, além da liberdade de pensamento estar relacionada à sua célula mãe, a liberdade de expressão, esta pesquisa concorda com o termo adotado por Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *liberdade de expressão do pensamento*. Expressão também apoiada por Samantha Meyer-Pflug (2009) em seu estudo sobre a liberdade de expressão e o discurso do ódio. Nesse sentido, além de eventuais comentários sobre os direitos correlatos à liberdade de expressão, este estudo ater-se-á ao disposto no art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

2.5 Art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988: “liberdade de expressão do pensamento”

“A liberdade de manifestação do pensamento configura um dos atributos da liberdade de expressão, gênero que engloba, inclusive, a liberdade de opinião” (BULOS, 2012, p. 562). Já segundo José Afonso da Silva (2011, p. 244), “a liberdade de manifestação do pensamento constitui um dos aspectos externos da liberdade de opinião”. O direito à livre manifestação do pensamento é primordial para o ordenamento jurídico pátrio, não é apenas um dos aspectos da liberdade de expressão, mas é uma das suas principais projeções (CONRADO, 2014). Está profundamente relacionada à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo político, ambos fundamentos da República Federativa do Brasil. Representa a exteriorização do pensamento, imprescindível para a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” e promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, objetivos da República brasileira.

Não se pode olvidar que se trata de *manifestação* do pensamento, de tal forma que o posicionamento defendido por Celso Bastos (2004 *apud* MEYER-PFLUG, 2009) e José Afonso da Silva (2011) encontra amparo na própria lógica de interpretação constitucional. Os autores defendem que o pensamento só é dotado de importância para o direito quando é exteriorizado. Nesse sentido, Celso de Mello (1986 *apud* MEYER-PFLUG, 2009) afirma que a liberdade de consciência é indevassável, não está submetida ao poder de coerção imposto pelo Estado. O direito apenas arroga para si o pensamento quando divulgado. Tal pensamento, quando manifestado, segundo Uadi Bulos (2012), encontra evidente ligação com a liberdade de reunião e com a liberdade de associação (art. 5º, incisos XVI e XVII, respectivamente), caso seja a partir de *interlocução entre pessoas presentes*, como mediante diálogos, comunicações em congressos, palestras, debates, conversações, discursos etc.

Uadi Bulos (2012) ainda versa acerca da *interlocução entre pessoas ausentes especificadas* e da *interlocução entre pessoas ausentes indeterminadas*. Apesar das abrangências da manifestação do pensamento, essas últimas são as que mais importam para o desenvolvimento do presente trabalho, haja vista que o discurso do ódio – e suas eventuais demonstrações nas mídias digitais – é um dos principais temas deste estudo. Forçoso ressaltar que o Texto Constitucional veda expressamente o anonimato. O âmbito de proteção da norma, dessa maneira, não ampara o produto do pensamento cujo autor não é identificado. O cidadão brasileiro é livre para manifestar seus pensamentos, ideias e juízos de valor sobre os mais diversos assuntos. A proteção da liberdade da manifestação do pensamento recai sobre o *discurso* do homem.

2.6 Dois conceitos de liberdade

Apesar de ser tema intimamente ligado ao daquele abordado no primeiro tópico deste capítulo, torna-se mais adequado tratar os conceitos da liberdade após certo desenvolvimento deste estudo, como preparação para a abordagem dos eventuais limites e restrições ao exercício da liberdade de expressão, limites explícitos ou implícitos pelo constituinte de 1988. Tais conceitos também servem como prelúdio para a apresentação de como se dá a intervenção estatal com o fito de assegurar a livre manifestação do pensamento e como o judiciário brasileiro enfrenta essa questão polêmica – de limitar ou não a liberdade de expressão.

A saber, Isaiah Berlin, em 1958, escreveu um clássico ensaio sobre a liberdade, *Dois Conceitos de Liberdade* (“Two Concepts of Liberty”). Apesar da discussão não ter surgido com Isaiah, seu ensaio tornou-se referência no que diz respeito ao tema. Nele, o filósofo político concebeu que há dois conceitos distintos e dicotômicos quando se trata da liberdade: a liberdade positiva e a liberdade negativa. Esta, configura-se como *não interferência*, o oposto daquela. A concepção negativa equivale a *estar livre de*, rechaçando intervenções nos atos dos indivíduos, à medida que a noção positiva equivale a *estar livre para*, admitindo interferências e correlacionando-se mais intimamente ao exercício do poder (BERLIN, 1981).

Com efeito, a liberdade negativa é descrita como pela *ausência* de interferências, ao passo que a liberdade positiva é caracterizada pela *presença* de interferências. Aprofundando-se na noção de liberdade positiva, o autor a associa com a razão. A autonomia do homem seria fruto da razão, do conhecimento acerca da vida em sociedade. O indivíduo saberia, dessa forma, que ser livre não é exatamente fazer tudo o que ele quisesse, pelo contrário, a liberdade paira justamente no fato de aceitar e saber por que nem tudo pode ser feito, daí o valor à *razão*. Esse raciocínio teria implicações diretas no Estado. Da mesma forma que o homem livre é o homem racional, o Estado livre é aquele onde se atribui valor à razão, que seria governado por leis aceitas pelos homens racionais. Nessa esteira, Isaiah Berlin versa acerca da doutrina positiva da libertação através da razão, que não encontra suporte na concepção negativa de liberdade:

Serei livre se eu, somente eu, planejar minha vida de acordo com minha própria vontade; os planos incluem normas e uma norma não me oprimirá nem me escravizará se eu a impuser a mim mesmo de forma consciente, ou se a aceitar livremente, tendo-a entendido, seja ela inventada por mim ou por outros, mas desde que seja racional, isto é, desde que se conforme às necessidades das coisas. Entender por que as coisas devem ser como devem ser é querer que elas sejam assim. O conhecimento liberta não por oferecer-nos possibilidades mais amplas entre as quais podemos fazer nossa escolha, mas por preservar-nos da frustração de tentar o impossível. (BERLIN, 1981, p. 151).

Em síntese, a liberdade positiva está presente quando existem interferências, ingerência estatal, ações políticas promovidas pelo Estado. Já a liberdade negativa é marcada pela exiguidade de interferência, os indivíduos possuem autonomia praticamente ilimitada para que conduzam os mais variados aspectos de suas vidas. Isaiah Berlin tece críticas à liberdade positiva, ao passo que tampouco idealiza a liberdade negativa. Contudo, os conceitos básicos formulados por Isaiah são os que mais importam para este estudo: a liberdade positiva como um Estado que *interfere* nas liberdades dos seus governados, regulando-as ou promovendo-as. E liberdade negativa como um Estado neutro, que não

promove ações para efetivar a concretização das liberdades dos seus governados, que não se imiscui nas liberdades dos indivíduos², principalmente no que diz respeito à liberdade de expressão – ou *liberdade de expressão do pensamento*.

2.7 Liberdade de expressão na democracia: Estado liberal e Estado ativista

Indo além das concepções de liberdade positiva e negativa, mas ainda nutrindo uma forte ligação a elas, a doutrina constitucional norte-americana apresenta duas linhas no que tange à liberdade de expressão: a libertária e a ativista. Segundo Daniel Sarmiento (2007), a tradição libertária enxerga o Estado como o maior inimigo deste direito, que é regulado pelo modelo conhecido por *mercado de ideias*. O livre mercado de ideias é caracterizado por ser um ambiente onde a liberdade negativa é predominante e os particulares expõem seus pensamentos livremente, sem ingerência estatal. O debate é assentado na liberdade, tendo em vista que o mercado, naturalmente, separaria as ideias boas daquelas que não o são. A corrente libertária acredita que, mesmo que o mercado de ideias possua eventuais falhas, permitir a intervenção estatal seria pior. A atuação do Estado tenderia a prejudicar as ideias que fossem desfavoráveis aos governantes ou contrárias às preferências das maiorias.

O mercado de ideias admite um Estado refreado, que não tem papel algum na liberdade de expressão de quaisquer ideias. Essa perspectiva acredita que tais ideias seriam testadas no mercado de ideias, haveria uma concorrência entre ideias, encontrando-se, assim, a verdade. O Estado não poderia julgar ideias como verdadeiras ou falsas, boas ou ruins, melhores ou piores, apenas se manter isento. A interferência estatal é vista com desconfiança, o mercado de ideias seria limitado e a verdade, objetivo do *livre* mercado de ideias não seria desvendada. Nesse Estado liberal regulado pelo mercado de ideias, as ideias competiriam com outras ideias, o teste para a qualidade ou pertinência de uma ideia não seria julgado pelo Estado, mas pelo confronto com outras ideias.

Em sentido oposto, a linha ativista adota e, inclusive, demanda a intervenção estatal. Tal interferência tem o escopo de melhorar o mercado de ideias, corrigir suas falhas, proporcionar um ambiente em que o debate público seja estimulado, onde as vozes que não seriam ouvidas em um mercado de ideias (livre) possam participar dele. Daniel Sarmiento (2007) acrescenta que o ideal regulativo no Estado ativista é a democracia deliberativa. O

² Ressalta-se que – em um Estado em que a liberdade negativa está presente – há menor probabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ser reconhecida.

Estado liberal abstém-se e não interfere na autonomia dos indivíduos quanto aos seus discursos, enquanto o Estado ativista garante a liberdade política por meio de suas ações. A linha libertária recebe contundentes críticas, uma delas diz respeito ao poder que a mídia exerce no debate dos cidadãos, podendo manipulá-los. Soma-se a isso o fato dessa tradição não salvaguardar minorias oprimidas que não teriam chance de participar do debate, tornando-o menos plural e desigual, como as vítimas do *discurso do ódio*. A linha liberal encara o Estado como adversário da liberdade de expressão. Já a linha ativista, esta o vê como elemento essencial para promover tal direito e defendê-lo, especialmente em uma sociedade desigual.

A teoria libertária centraliza-se no autor da mensagem, ao passo que a teoria democrática preocupa-se também com o destinatário da mensagem. O Estado liberal deve apenas proteger os direitos do emissor, e o Estado ativista deve assegurar não apenas a liberdade de expressão, mas a liberdade política dos cidadãos (FISS, 2005). Para Alexander Meiklejohn (1960 *apud* FISS, 2005), defensor dessa teoria, o mais importante não é que todos falem, mas que o que merece ser dito seja dito. Para aqueles, o Estado é *potencialmente* arbitrário, enquanto estes acreditam no Estado como fonte de liberdade. A jurisprudência dos Estados Unidos da América segue a tradição liberal, conferindo maior valor à liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda. Essa interpretação jurisprudencial leva à conclusão que, naquele país, há uma forte tendência à defesa da liberdade de expressão, mesmo que em detrimento da *igualdade* ou da *dignidade*.

2.8 Restrições aos direitos fundamentais: teoria interna e teoria externa e suas modalidades

Aspecto essencial para o desenvolvimento deste estudo, apresentar-se-á neste tópico como ocorrem as restrições aos direitos fundamentais. Em seguida, serão abordados aspectos mais específicos de restrições quanto à liberdade de expressão. Neste sentido, cabe salientar que o direito à liberdade de expressão é reconhecido na Constituição Federal como um *direito fundamental*. Este direito fundamental de primeira geração, a despeito de qualquer debate acerca da sua importância, assim como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto. Para Jane Reis Gonçalves Pereira (2006), é preciso limitar as ações humanas para possibilitar a coexistência das pessoas, ideia tributária da própria noção de liberdade. Ora, os direitos foram positivados pelo constituinte a fim de que fossem efetivos, fruí-los de forma absoluta os tornaria ineficazes.

Dois aspectos que caracterizam os direitos fundamentais são essenciais para que suas limitações sejam justificadas. A *universalidade* desses direitos é o primeiro deles. Os direitos fundamentais são direitos atribuídos a todos. Desse modo, um cenário em que todos possam gozá-los permanente e concomitantemente é inconcebível. A fruição e a efetividade desses direitos implica a imposição de limites para que possam ser harmonizados. Ademais, os direitos fundamentais não são isolados, entende-se que são constitucionalizados como um conjunto, sendo mister a sistematização com outros bens e direitos salvaguardados pela Constituição (PEREIRA, 2006). Um ordenamento plural e complexo abre a possibilidade de que os direitos fundamentais se choquem. É necessário, assim, determinar suas fronteiras e seu campo de incidência. Nas lições de Jane Reis (2006):

Ademais, os direitos ostentam limites inerentes à sua própria natureza, que defluem da identificação dos bens jurídicos protegidos e da correlata determinação do âmbito de incidência das normas que os consagram. Numa proposição, os direitos têm fronteiras. Desta feita, não há como cogitar que contemplem todas “as situações, formas ou modos de exercício pensáveis”, ou que “cubram a esfera total de ação humana possível”. Frequentemente, o próprio preceito que contempla o direito já estabelece condicionamentos ao seu exercício, apontando de forma expressa os limites de proteção.

O que se percebe é que, além de ser possível que haja colisões entre direitos fundamentais, nota-se que um direito fundamental em específico já pode ser limitado pelo seu âmbito de incidência, por próprias disposições expressas no Texto Constitucional, que também pode autorizar limitações pela legislação infraconstitucional. As limitações feitas pelo legislador ordinário com base em autorização constitucional relacionam-se aos aspectos positivo e negativo de atuação do Estado, uma vez que este pode atuar com o fito de regulamentar o exercício de um direito fundamental para assegurar sua efetividade e melhor fruição por todos ou formular regras que impeçam, justamente, a ingerência estatal em detrimento do gozo desses direitos.

Abordados alguns dos aspectos gerais acerca das restrições aos direitos fundamentais, passar-se-á ao enfrentamento das duas teorias que versam sobre os limites a esses direitos. A primeira delas é a *teoria interna* dos limites aos direitos fundamentais, também conhecida como *concepção estrita* do conteúdo dos direitos³. Tal teoria refuta quaisquer restrições externas aos direitos fundamentais. Jane Reis elucida que essa vertente teórica defende a ideia da não-interferência do Poder Legislativo quando o Texto Constitucional não a permite em

³ Nomenclatura utilizada por Manuel Medina Guerrero e Jane Reis Gonçalves Pereira.

relação aos direitos fundamentais. Apenas a Lei Maior pode *expressamente* restringir esses direitos ou autorizar o legislador a fazê-lo. Para os adeptos a essa teoria, não há conflitos entre direitos, assim como a ponderação de bens, portanto. O Poder Judiciário ater-se-ia tão somente a identificar o conteúdo constitucionalmente assentado e verificar a adequação à situação fática, não caberiam restrições recíprocas entre direitos fundamentais ou bens que estivessem supostamente em colisão.

Os limites dos direitos fundamentais, na vertente interna, não “configuram jamais recortes externos de seu âmbito de incidência”, sempre derivam da análise de seu conteúdo tal como estipulado no Texto Constitucional. As intervenções legislativas poderiam apenas regular as formas de exercício de determinado direito fundamental, limitando-se ao seu âmbito de conteúdo constitucionalmente estatuído. O operador jurídico, por sua vez, ao interpretar os direitos fundamentais, o faria apenas em uma etapa. Nessa etapa única, determinar-se-ia a área de proteção decorrente da adequação do fato à norma. Seria apenas uma questão de decidir se as condutas humanas são ou não merecedoras de inclusão no âmbito de proteção do direito fundamental. Não haveria que se falar em colisões entre direitos fundamentais, apenas *pseudocolisões* existiriam. Os defensores da teoria interna acreditam que esta teoria afasta o subjetivismo das decisões judiciais, confere maior segurança, efetividade e previsibilidade à atividade hermenêutica, além de evitar falsos casos constitucionais (PEREIRA, 2006).

A *teoria externa* ou *concepção ampla* do conteúdo dos direitos fundamentais, em sentido oposto ao da teoria interna, separa o âmbito de proteção do direito fundamental, o direito em si, sem restrições, da sua restrição, ou seja, o direito restringido. De tal maneira, o operador jurídico, ao interpretar a Constituição, deve identificar o contorno máximo do direito, sua esfera de proteção, para depois fixar os limites externos, limites que derivam da necessidade natural de conciliá-lo com outros bens e direitos protegidos pela Lei Maior (PEREIRA, 2006). Nesse sentido, Robert Alexy enfatiza:

A teoria externa pode, por certo, admitir que nos ordenamentos jurídicos os direitos apresentam-se primordial ou exclusivamente como direitos restringidos porém, tem que insistir que também são concebíveis direitos sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, não existe nenhuma relação necessária entre conceito de direito e o de restrição. A relação é criada tão somente através de uma necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como assim também os direitos individuais e os bens coletivos (1997 *apud* PEREIRA, 2006).

O intérprete constitucional, no primeiro momento, deve determinar o âmbito de proteção do direito de forma ampla, sem considerar quaisquer outros direitos fundamentais ou interesses comunitários. Nessa fase, só considerar-se-ão as limitações estabelecidas no próprio Texto Constitucional ao outorgar o direito (como a *vedação ao anonimato* imposta pelo constituinte ao brasileiro que desejar expressar seu pensamento). O conteúdo inicialmente protegido, de forma ampla, deve ser harmonizado com os direitos e bens constitucionais contrapostos na segunda fase (PEREIRA, 2006). Serão traçados, assim, os limites definitivos do direito fundamental, que são limites externos.

A teoria externa não se compatibiliza com o entendimento de que as normas de direito fundamental preceituam comandos definitivos (regras). Pelo contrário, é conexas à teoria dos princípios e do modelo de ponderação. A concepção ampla reconhece a existência de conflitos entre direitos fundamentais, bem como entre estes e outros bens constitucionais. A norma que institui o direito fundamental *prima facie* colide com a norma que o restringirá, extraindo-se o direito definitivo após o juízo de ponderação. No Brasil, há forte inclinação doutrinária e jurisprudencial em favor da teoria externa. O Supremo Tribunal Federal tem adotado a premissa de que existem conflitos e restrições recíprocas entre direitos fundamentais (PEREIRA, 2006).

As duas teorias são suscetíveis a críticas pelos defensores da teoria oposta. Aqueles que desaprovam a teoria externa advogam que a possibilidade dos direitos serem restringidos por outros direitos estimula a multiplicação de conflitos entre direitos fundamentais, sobrecarregando as Cortes competentes para julgá-los, além de falhar pela falta de objetividade e pela subjetividade decorrente da ponderação de bens, esta faz com que caiba ao Judiciário a tarefa de solucionar os conflitos, tornando a decisão falha por vícios atribuídos aos valores subjetivos. A teoria interna, para os seus críticos, é falível pelo fato das normas de direito fundamental serem dotadas de amplo grau de abertura semântica e pela complexidade dos problemas concretos a serem decididos, fazendo com que seja difícil precisar sem deslizes os contornos dos direitos (PEREIRA, 2006).

Em concordância com a melhor doutrina e com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, entende-se que há mais vantagens no uso da teoria externa. Tal teoria harmoniza-se com a complexidade dos casos concretos envolvendo direitos fundamentais, impele o julgador a fundamentar e justificar o porquê da restrição (ou não) ao direito em cada situação, o que não ocorre quando se emprega a teoria interna. O processo da teoria interna

(*tudo ou nada*) ignora toda a complexidade do Texto Constitucional e da conduta avaliada. Não são todas as situações que causariam problemas, é certo que há casos cujas soluções seriam facilmente vislumbradas no processo de reconhecer se um direito fundamental pode ser restringido ou não. Em contrapartida, a proporcionalidade e a análise em duas etapas dos direitos e bens protegidos pela Constituição é a melhor saída quando esses direitos fundamentais e bens colidem.

Nesse seguimento, sabe-se que as restrições aos direitos fundamentais poderão ocorrer através da ação legislativa (no *momento legislativo*) ou por meio do Judiciário (no *momento aplicativo*). Giza-se que qualquer restrição deve ter fundamento no Texto Constitucional, inclusive as decorrentes de normas infraconstitucionais. As restrições efetivadas no plano legislativo verificam-se no plano abstrato e geral, já as restrições aplicativas operam no plano concreto e individual (PEREIRA, 2006). As restrições podem ser classificadas em *restrições diretamente constitucionais* e *restrições indiretamente constitucionais*, segundo Alexy, Jane Reis e Edilson Farias. Edilson Farias (2004) esclarece que as restrições diretamente constitucionais são aquelas que a própria Constituição determina, como a vedação ao anonimato. Ao mesmo tempo em que consagra o direito fundamental, o texto restringe-o diretamente. Já as restrições indiretamente constitucionais não podem ser encontradas no Texto Constitucional, a Constituição apenas autoriza o Poder Legislativo a precisá-la. O texto constitucional que garante o direito fundamental não estipula a restrição dele, apenas a previsão de eventual restrição por meio de lei. Os incisos XIII e LX do art. 5º são alguns exemplos de restrições indiretamente constitucionais na Constituição Federal de 1988.

O referido autor acrescenta a existência das *restrições tácitas constitucionais*, que ocorrem quando a Constituição autoriza implicitamente o Legislativo e o Judiciário a restringir os direitos fundamentais com o fito de resolver ou impedir as colisões entre os direitos fundamentais ou o conflito destes com outros bens constitucionalmente protegidos (FARIAS, 2004). Jane Reis (2006), de igual modo, defende uma proposta complementar de classificação das restrições: *restrições expressamente estatuídas pela Constituição*, *restrições expressamente autorizadas pela Constituição* e *restrições implicitamente autorizadas pela Constituição*.

As primeiras se dão quando a Constituição as dispõe através de *cláusulas restritivas explícitas*, “tais restrições são normas hauridas de dispositivos constitucionais construídos de forma dialética, vale dizer, mediante a enunciação do direito protegido e, simultaneamente, de

uma exceção”. As restrições expressamente autorizadas pela Constituição ocorrem quando o Texto Constitucional prevê explicitamente a possibilidade de restrição, mas não o faz, confere ao legislador essa possibilidade, bem como, em alguns casos, ao Judiciário e, em casos excepcionais, ao Executivo, no Estado de Defesa e no Estado de Sítio. Por fim, as restrições implicitamente autorizadas pela Constituição são aquelas em que o Legislativo pode, por meio de normas infraconstitucionais, concretizar as restrições expressas no texto constitucional ou regulamentá-las, tendo em vista a utilização de conceitos indeterminados pela Lei Maior. Ademais, a intervenção legislativa pode ter supedâneo quando houver a necessidade de preservação da unidade da Constituição, para harmonizar os bens e valores constitucionais (PEREIRA, 2006). Para o presente estudo, adotar-se-á a classificação de Edilson Farias, que complementa a elaborada por Robert Alexy.

2.9 Limites à liberdade de expressão expressos na Constituição Federal de 1988

A interpretação da Carta Magna pátria induz à conclusão de que a República Federativa do Brasil está longe de seguir a linha libertária, estando mais próxima da linha ativista. A Constituição Federal de 1988 reconhece que o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto e não pode ser exercido de forma irrestrita. A vedação ao anonimato, a proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade são alguns dos limites expressos no Texto Constitucional, que também garante o direito de resposta quando a liberdade de expressão é exercida de maneira abusiva. As limitações à liberdade de expressão não podem ocorrer de tal forma que violem o seu núcleo essencial, a essência desse direito fundamental (MEYER-PFLUG, 2009). A partir do exposto no tópico anterior, tem-se que essas são as *restrições diretamente constitucionais* ao exercício da liberdade de expressão, restrições explícitas na Carta Magna de 1988.

O constituinte de 1988 assegurou o direito à manifestação do pensamento, exigindo que fosse exercido com responsabilidade (MEYER-PFLUG, 2009). A vedação ao anonimato exprime exatamente essa preocupação, tendo em vista que o autor do pensamento, do juízo de valor, da ideia ou da opinião deve ser conhecido. Essa vedação está coadunada com a possibilidade do indivíduo externar seu pensamento de forma abusiva e, conseqüentemente, permitir eventual responsabilização no caso de violação à moral e à imagem de terceiros. Compreende-se que a vedação ao anonimato também possui o condão de identificar o emissor no caso deste ultrapassar outros limites constitucionais não expressos, que ainda serão abordados neste estudo. Dessa maneira, o constituinte impôs esse ônus a quem desejar

manifestar o seu pensamento, com a finalidade de evitar que alguém possa ficar isento no caso de exercer a liberdade de expressão do pensamento e, ao mesmo tempo, violar outros direitos fundamentais ou bens constitucionais.

O inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988 assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ainda possibilita indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação. Ocorre com frequência a colisão entre esses direitos personalíssimos e a liberdade de expressão. Edilson Farias (2004) explica que a intimidade significa o modo de ser da pessoa ou da sua personalidade que deve permanecer oculta ao conhecimento público quando não há aquiescência dela. A privacidade confere uma esfera de proteção maior que a da intimidade, protegendo aspectos ainda mais secretos da personalidade. Já a imagem engloba a faculdade subjetiva que a pessoa tem ao poder dispor de sua aparência física e só deverá ser divulgada com a sua anuência.

Entende-se que o direito de resposta é dificultoso quando se trata de uma opinião. Contudo, considerando a complexidade com que o ser humano se comunica, bem como das suas relações e das maneiras com que o discurso do ódio e outras ofensas à dignidade da pessoa humana podem acontecer – travestidos com a roupagem de manifestação do pensamento, mas com a intenção de propagar ideias odiosas –, não é certo repelir a possibilidade conferida pela Constituição. É um instrumento de defesa contra opiniões ou ideias manifestadas que sejam ofensivas, inverídicas ou prejudiciais. Ressalta-se que é um direito autônomo, independente da garantia de indenização estabelecida no mesmo dispositivo constitucional.

2.10 Conflitos entre direitos fundamentais e restrições tácitas à liberdade de expressão

A Constituição Federal tutela e protege diversos direitos e bens em conjunto, devendo ser interpretada como o conjunto que é. A positivação simultânea de direitos fundamentais que são interligados proporciona a ocorrência de conflitos entre esses direitos, tema já discutido nesta pesquisa. Há certos requisitos que devem ser observados quando da restrição desses direitos conflitantes, seja no momento legislativo ou no momento aplicativo. Mister que o princípio da unidade da Constituição seja considerado. As restrições só podem ser estabelecidas por lei e o órgão julgador deve ser competente para apreciar o conflito. Além desses aspectos formais, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário deverão obedecer aos

limites materiais: o imperativo da proporcionalidade e utilizar o método da ponderação de princípios (PEREIRA, 2006).

Os bens constitucionais protegidos pela Carta Magna devem ser interpretados, quando colidem, de modo que o reconhecimento de um princípio em determinado caso não implique o sacrifício do outro. A importância da satisfação de um princípio deve ser proporcional à não satisfação do outro. Os meios devem adequados e proporcionais para alcançar o fim visado. O princípio da proporcionalidade é violado quando os meios destinados não são apropriados ou quando há desproporção entre meios e fim, sendo essa desproporção evidente e manifesta. Tal princípio pode ser dividido em três elementos ou subprincípios. O primeiro é a pertinência ou aptidão, segundo o qual a adequação de um meio idôneo deve ser considerada para atingir o fim. O segundo elemento é a necessidade, que exige a escolha do meio mais suave, menos gravoso, da medida menos nociva aos interesses do cidadão. O terceiro subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito, que torna imperativo o uso de meios adequados e a interdição quanto aos meios desproporcionados (BONAVIDES, 2004).

Abordados alguns dos aspectos dos conflitos entre direitos fundamentais, cabe introduzir o enfrentamento às restrições tácitas à liberdade de expressão. A liberdade de expressão pode chocar-se com outros princípios constitucionais – como o da soberania popular, da cidadania, do pluralismo político, *da igualdade e da dignidade da pessoa humana*. A possibilidade de colisão da liberdade de expressão com outros bens de hierarquia constitucional e com interesses superiores da coletividade justifica o estabelecimento das restrições implícitas ao direito em análise. O Judiciário, quando provocado a julgar o conflito desses direitos, é o responsável pela maioria das restrições para que se evite ou suspenda o exercício abusivo da liberdade de expressão (FARIAS, 2004). A dignidade da pessoa humana é o principal princípio a ser considerado quando da restrição da liberdade de expressão, além disto, é intimamente correlata ao discurso do ódio, temas do próximo capítulo deste estudo.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DISCURSO DO ÓDIO

O presente capítulo trata do princípio da dignidade da pessoa humana, essencial para os ordenamentos constitucionais contemporâneos e de extremo relevo para o desenvolvimento deste estudo. A importância da dignidade humana assume o protagonismo para que se compreenda o porquê de muitos entenderem o discurso do ódio como um tipo de discurso que deve ser repreendido. Sobre o discurso do ódio, abordar-se-á seu conceito, alguns dos seus aspectos mais importantes, os danos que pode causar e os seus efeitos. O exame em conjunto desses dois principais temas que dão nome a este capítulo é elementar, tendo em vista que a *liberdade de expressão* exercida com o fito de manifestar *ideias odiosas* ofende diretamente a *dignidade da pessoa humana*.

3.1 Origem e evolução da dignidade da pessoa humana

O estudo etimológico da palavra “dignidade” indica que sua origem tem como ponto de partida o adjetivo *dignus* (“que convém a”, “merecedor”, “digno de”) e o substantivo *dignitas* (“dignidade”, “mérito”, “nobreza”, “excelência”), ambos derivados do verbo latino *decet* (“ser conveniente”). O vocábulo “dignidade” faz alusão à noção de “respeitabilidade”, aquilo que inspira respeito, seja por conta de circunstância pessoal ou por causa do exercício de posição social proeminente. O dignitário seria aquele sujeito honrado, probo, que goza de elevada graduação honorífica ou exerce função hierárquica (WEYNE, 2013). Tais percepções se afastam do atual entendimento do que é dignidade humana, mas são necessárias para compreender sua evolução ao longo do tempo. Nesse sentido, antes de conceituar a dignidade da pessoa humana, ver-se-á como as diferentes sociedades a compreenderam ao longo do tempo.

Não há início preciso do momento histórico em que a ideia de dignidade humana surgiu. Sabe-se que, antes de ser positivada e pertencer ao ramo jurídico, era uma ideia filosófica e teológica. A filosofia grega reconhecia o homem como superior em relação aos outros seres, tendo em vista ser o único capaz de pensar, utilizar a razão. Outra concepção de dignidade, contudo, é a que prevalece na Antiguidade greco-romana, a dignidade como termo sociopolítico, como atributo (honraria ou título), de acordo com o papel que o indivíduo exercesse na sociedade, ou seja, podia ser quantificada, suprimida ou inexistir. Aristóteles defendia que alguns homens são naturalmente superiores a outros, o que justificaria a desigualdade no que diz respeito à dignidade política (WEYNE, 2013).

Em Roma, o conceito de dignidade não era muito diferente. Estava relacionado a uma perspectiva exterior, hierárquica, como um atributo relacionado à classe social, ao *status*. Por outro lado, com o surgimento do Estoicismo, verificou-se o reconhecimento de outra noção da dignidade humana. Cícero foi o pioneiro ao defender a ideia de dignidade como qualidade intrínseca à natureza humana, característica à parte de qualquer posição ocupada pelo indivíduo na sociedade. Em oposição à concepção sociopolítica, tal perspectiva é interior, espiritual e igualitária. Cícero justificou seu pensamento partindo da compreensão que o homem é superior aos animais, sendo dotado de um quinhão de razão e de dignidade que o coloca acima daqueles. Apesar de ter sido uma das primeiras referências da dignidade como qualidade da própria condição humana e um precedente importante para o desenvolvimento da ideia de dignidade humana, foi a concepção *sociopolítica*, marcada pela desigualdade, que prevaleceu na sociedade romana (WEYNE, 2013).

Cabe destacar que a Idade Média foi caracterizada pelo fortalecimento de uma acepção de dignidade semelhante àquela defendida por Cícero no Estoicismo, mas sob um enfoque cristão, com a justificativa de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus (SARLET, 2006). Tomás de Aquino alegava que a dignidade está vinculada à noção de pessoa, o termo “pessoa” deveria ser utilizado para designar aqueles que têm alguma dignidade, especialmente a *pessoa divina*. Nesse sentido, a dignidade humana na Idade Média teve concepção de origem externa, dependente, heterônoma, à luz de Deus, e não à luz do homem. A dignidade humana tratava-se muito mais da dignidade de Deus que da dignidade do homem (WEYNE, 2013).

Com o advento da Idade Moderna, o pensamento ocidental foi caracterizado pela procura de ruptura com os dogmas defendidos pela Igreja Católica, o *antropocentrismo* foi adotado e a superioridade do homem foi abraçada pela sociedade que buscava distanciar-se do pensamento medieval. Bruno Weyne (2013) ilustra que o humanista italiano Giovanni Pico della Mirandola foi o precursor dessa nova corrente no período renascentista: exaltou o ser humano, mesmo sem romper totalmente com os ideais medievais. Para Pico, a dignidade tem origem no fato do homem ter a possibilidade de construir o seu próprio destino e poder se aperfeiçoar conforme sua vontade e seu livre consentimento.

O pensamento humanista, que procurou evidenciar o homem, mas ainda não adotando uma concepção laica, foi seguido pela evolução da ciência, por diversas descobertas científicas e o pensamento filosófico tornou-se, de fato, afastado daquele divino. A evolução

do significado da dignidade humana na Idade Moderna culminou com a filosofia de Immanuel Kant. Kant justifica a dignidade humana sob outro prisma não abordado anteriormente.

Tanto assim que não é no uso teórico da razão onde ele encontra a grandeza do homem, mas no seu uso prático. Isso porque, no seu entendimento, a dignidade humana não concerne ao saber ou à ciência e, portanto, não reside simplesmente no domínio sobre a natureza, como muitos modernos sustentaram; antes, a dignidade do ser humano reside precisamente na sua *razão* prática, isto é, na sua capacidade moral de se autodeterminar livremente, de apenas se submeter às leis que a sua própria razão estabelece como legisladora universal. E é por ser sujeito da razão que o ser humano tem dignidade, um *valor íntimo*, superior a todas as coisas, que têm somente um preço e, portanto, um *valor relativo*; por isso, ele é também o único dos seres que existe não como simples meio para o uso arbitrário da vontade, mas como fim em si mesmo que limita todo o arbítrio pelo respeito que infunde em sua humanidade. Essa concepção de dignidade humana, secularizada, igualitária e fundada na autonomia do sujeito, pode-se dizer, “encerra” o processo moderno de tomada de consciência do ser humano sobre a sua posição central no mundo. (WEYNE, 2013, p. 84, grifo do autor).

Kant sustenta que a autonomia da vontade⁴ é um atributo exclusivo do ser humano, consistindo no fundamento da dignidade humana. O filósofo ainda identifica duas situações, na primeira as coisas têm um preço, podem ser substituídas. Na segunda, entretanto, quando uma *coisa* não tem um preço, tampouco pode ser substituída por outra equivalente, ela tem *dignidade*. A dignidade está acima de qualquer preço. A concepção kantiana sustenta que a pessoa deve ser considerada como fim, não como meio, repelindo a coisificação e a instrumentalização do ser humano. As ideias de Kant a respeito da dignidade humana representaram uma guinada no campo filosófico e serviram de inspiração no âmbito jurídico. A doutrina jurídica, nacional e estrangeira, ainda hoje sofre influência do pensamento de Kant para fundamentar e conceituar a dignidade humana (SARLET, 2006).

Além dos aspectos já tratados, convém destacar o marco histórico mais significativo no que concerne à construção da noção atual de dignidade humana. O fim da Segunda Guerra Mundial fez com que as pessoas se deparassem com os horrores provocados pelo nazismo e pelo fascismo, o mundo estava moralmente arrasado pelo totalitarismo e pelo genocídio. Tais acontecimentos propiciaram um ambiente favorável à posituação da dignidade humana, que foi incorporada ao discurso *político* dos vencedores, como alicerce para um esperado período de paz, democracia e proteção aos direitos humanos. Já a sua incorporação ao discurso *jurídico* se deu por dois motivos: o primeiro ocorreu com a inclusão em diversos tratados, documentos internacionais e em Constituições. O segundo, por sua vez, foi a promoção de

⁴ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 33), a autonomia da vontade é “a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis [...]”

uma cultura jurídica que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, afastando-se do positivismo. A dignidade humana exerce forte papel nessa cultura, cuja interpretação das normas é influenciada por fatos sociais e valores éticos (BARROSO, 2012).

3.2 Conceito jurídico atual da dignidade da pessoa humana no prisma jurídico-constitucional

A dignidade humana, junto aos direitos humanos, finalmente foi positivada e consolidada no ambiente jurídico no século XX. No período após a Segunda Guerra Mundial, “os documentos normativos internacionais e nacionais passaram a reservar uma posição de destaque à ideia de dignidade humana, assumindo esta a função de princípio fundamental da ordem jurídico-política” (WEYNE, 2013, p. 88). Destaca-se a importância, no plano internacional, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Preceitua esta em seu preâmbulo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, já em seu art. 1º prescreve que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. De igual modo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem também ressalta a importância da dignidade humana, assim como várias outras declarações e documentos internacionais.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no contexto da análise das Constituições nacionais, é a que dá maior projeção à dignidade humana. O art. 1º do referido texto versa que “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal”. O constituinte alemão optou por dar relevo à dignidade humana e, com base nesta, fundar todo o ordenamento jurídico e político do país. Essa opção coaduna-se com a experiência sofrida pela Alemanha durante o regime totalitário. A dignidade humana como um princípio fundamental seguiu sendo reconhecida por outras Constituições. Mesmo onde não foi expressamente reconhecida, como é o caso da França, a jurisprudência tem o feito. Decisões notórias em território francês conferiram *status* de norma jurídica à dignidade humana. Já no plano nacional, o princípio da dignidade da pessoa humana foi tratado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988. A doutrina pátria considera tal princípio como *fonte ética, princípio/valor supremo* e *valor-fonte* dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos pela Lei Maior (WEYNE, 2013). O desrespeito ao cidadão e os incontáveis casos de torturas perpetuados à época do regime militar foram alguns dos fatores que provocaram o constituinte brasileiro a conferir tamanha importância à dignidade humana.

A definição usualmente conferida à dignidade humana como o valor próprio que identifica o ser humano como tal é de pouca contribuição para uma conceituação satisfatória no âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa. Defini-la de forma fixa também não é o mais correto, tendo em vista o pluralismo e a diversidade das sociedades democráticas atuais. Dessa forma, o mais correto é entendê-la como objeto de um conceito em permanente construção e desenvolvimento⁵. É importante ressaltar que a dignidade da pessoa é irrenunciável e inalienável, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. Sob a influência do pensamento kantiano, considera-se que a dignidade é atingida sempre que o indivíduo for rebaixado a objeto, a mero instrumento, a coisa. Sempre que a pessoa é descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos (SARLET, 2006). Ingo Sarlet (2006, p. 60) propõe uma conceituação da dignidade da pessoa humana sob o prisma jurídico:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (grifo do autor).

Luís Roberto Barroso (2012) defende uma concepção aberta, plástica e plural. Para o referido autor, a dignidade humana engloba três elementos: o valor intrínseco de todos os seres humanos, as suas respectivas autonomias e as limitações à autonomia por restrições em nome de valores sociais ou valor comunitário. O valor intrínseco, no plano jurídico, *está na origem de um conjunto de direitos fundamentais*, como o direito à vida, à igualdade e à integridade física. A autonomia equivale à capacidade do indivíduo de tomar decisões e fazer escolhas pessoais, relacionando-se com as liberdades básicas (autonomia privada) e com o direito à participação política (autonomia pública). A dignidade humana como valor comunitário, ou dignidade como restrição, reproduz o elemento social da dignidade. O valor comunitário impõe que restrições à autonomia pessoal possam acontecer, visto que o cidadão convive em sociedade com outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, que merecem ter suas dignidades e direitos resguardados.

⁵ É inadequado conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana de forma fixista. Nesse sentido: “a literatura jurídica mais recente tem evitado formular um conceito sobre o princípio da dignidade da pessoa humana para não incorrer num conceito ‘fixista’ e filosoficamente sobre-carregado” (CANOTILHO, p. 367 *apud* FARIAS, p. 50).

De tal maneira, defende-se que a dignidade humana inspira uma atuação *negativa* do Estado, ao passo que este deve se eximir em diversas questões que impliquem a concretização das liberdades individuais mais básicas, como a liberdade de expressão. Em contrapartida, motiva também uma atuação *positiva* estatal, tendo em vista o valor comunitário e a necessidade de interferências por parte do Estado com o fito de efetivar a fruição de direitos e daquelas liberdades, criando um ambiente propício para que isso ocorra da melhor forma possível e sem exageros – por parte do Estado e dos indivíduos. Além disso, a própria dignidade da pessoa humana deve ser concretizada. Nesse sentido, entende-se, como será pormenorizado adiante, que a dignidade da pessoa é o núcleo dos direitos fundamentais, sendo necessária uma melhor análise acerca desse princípio, ressaltando-se a sua importância e a sua relação com os direitos fundamentais.

2.3 Dimensão da dignidade humana e os direitos fundamentais

José Afonso da Silva (1998) defende que a dignidade humana tem natureza de valor supremo, de princípio constitucional fundamental e geral, que deve inspirar toda a ordem jurídica, ainda assevera que é o valor supremo e fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. É um princípio que se irradia e não está restrito ao âmbito jurídico, é da ordem política, social, econômica e cultural, sendo a base de toda a vida nacional. Nessa mesma linha, Paulo Bonavides (2001) prescreve que a densidade jurídica desse princípio no sistema constitucional é máxima, reconhecendo-o como um *princípio supremo no trono da hierarquia das normas*. Ingo Sarlet (2006) também qualifica a dignidade da pessoa humana como norma jurídica fundamental, caracterizando que o presente Estado Constitucional Democrático é firmado no princípio da dignidade humana. É o Estado que existe em função do ser humano, e não o contrário. Sabendo-se disso, cabe detalhar a relação desse princípio com os direitos fundamentais.

Verifica-se que o elo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais é inseparável. Os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade humana, estando ela presente no conteúdo ou na projeção de cada direito fundamental (SARLET, 2006). O princípio em questão confere unidade e coerência aos direitos fundamentais (FARIAS, 1996), é supremo e atrai o conteúdo dos direitos fundamentais, desde o direito à vida (SILVA, 1998). A dignidade humana é o núcleo fundamental de todos os direitos (MEYER-PFLUG, 2009), incluindo os direitos fundamentais. Luís Roberto Barroso (2012) ressalta que ela é o *alicerce último* de todos os direitos fundamentais e fonte de parte

do seu conteúdo essencial, integrando o núcleo desses direitos. Nessa esteira, Cármen Lúcia Rocha (2001, p. 54) compartilha desse entendimento:

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.

Com efeito, sabida a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e identificada parte da sua íntima relação com os direitos fundamentais, não é difícil identificar que esse princípio é o coração do ordenamento jurídico contemporâneo. Em maior ou menor grau, ao se reconhecer um direito fundamental, nele estará sendo concretizada a dignidade da pessoa e o conteúdo do núcleo desse direito terá pelo menos uma parte de dignidade humana. A saber, a importância de tal princípio torna-se ainda mais notória quando se evidencia o seu papel na hermenêutica constitucional. Cármen Lúcia Rocha (2001), nessa seara, declara que a dignidade da pessoa humana é a base de todas as definições e de todas as diretrizes interpretativas dos direitos fundamentais. O princípio mais valioso para condensar a unidade da Constituição no processo hermenêutico é o da dignidade da pessoa humana (BONAVIDES, 2001). O aludido princípio é utilizado como critério hermenêutico, como parâmetro para solucionar controvérsias.

Ademais, também no processo hermenêutico, muitos reputam o princípio da dignidade humana como o princípio de maior hierarquia de todas as ordens jurídicas que o reconheceram. Em questão de importância, poderia ser igualado à vida – que deve ser vivida com *dignidade* (SARLET, 2006). Nessa senda, os conflitos constitucionais e, inclusive entre direitos fundamentais, devem sempre ter como parâmetro de solução o princípio da dignidade da pessoa, tendo em vista que os direitos fundamentais e bens constitucionais devem ser interpretados à luz da dignidade humana:

Como *ratio iuris* determinante daqueles direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana possibilita a referência a um sistema de direitos fundamentais. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação desses direitos, pois o pensamento sistêmico ilumina ou reforça o entendimento de direitos em particular bem como favorece a articulação destes com os outros. Em consequência, consolida-se a força normativa dos direitos fundamentais e a sua magna proteção da pessoa humana. (FARIAS, 1996, p. 54-55).

Deve-se sublinhar que, como qualquer princípio (mandados de otimização) e como os próprios direitos fundamentais, já que a dignidade faz parte deles, a dignidade da pessoa não é

absoluta, podendo ceder e não ser aplicada de forma irrestrita a depender do caso. O núcleo dos direitos fundamentais, como já exposto, tem medidas diversas de dignidade, e a dignidade humana pode estar em conflito com a própria dignidade humana, ou até com o direito à vida ou à igualdade, por exemplo. A aplicação da dignidade da pessoa depende não só das particularidades do caso em concreto, mas também das possibilidades de sua concretização e promoção, devendo ser compatibilizada com as condições do Estado de efetivá-la, a título de exemplo.

3.4 A dignidade humana e a imanência

Inicialmente, cabe ilustrar o que são *limites imanentes*. José Carlos Vieira de Andrade os conceitua como “as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recria” (2012, p. 271). A doutrina da imanência surgiu na Alemanha como justificativa às limitações de direitos que não o eram pela reserva legal. Os limites seriam derivados da sua própria natureza e da necessidade de conciliar os direitos e valores constitucionais. Tal teoria vai ao encontro da concepção de que os direitos fundamentais não são absolutos e que devem ser harmonizados entre si. Outrossim, a palavra *imanente* está diretamente ligada àquilo que é intrínseco, natural e indispensável (PEREIRA, 2006). A imanência decorre do fato de que cada direito fundamental compreende em si mesmo determinados limites (GAVARA DE CARA, 1994 *apud* PEREIRA, 2006). Os limites imanentes são aqueles que não estão escritos, resultam da essência dos direitos fundamentais (PEREIRA, 2006). Em alguns casos, os limites imanentes só podem ser determinados por meio de interpretação, visto que podem estar implícitos no ordenamento constitucional. Nesse sentido:

Preferimos, por isso, considerar a existência de *limites imanentes implícitos* nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável *em caso algum* que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício; sempre que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas. [...]

O problema deve, portanto, ser resolvido como problema de *interpretação* dos preceitos que preveem *cada um dos direitos fundamentais* no contexto global das normas constitucionais. O que se pergunta é se o programa normativo do preceito em causa inclui ou não um certo aspecto ou modo de exercício, isto é, até onde vai o domínio de proteção (a hipótese) da norma. Se num caso hipotético ou concreto se põe em causa o *conteúdo essencial* de outro direito, ou quando se atingem *intoleravelmente* valores comunitários *básicos* ou princípios *fundamentais* da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a convicção de que a proteção constitucional do direito não quer ir tão longe. E, então, o domínio protegido do direito é delimitado pelos direitos dos outros ou por valores comunitários fundamentais [...] (ANDRADE, 2012, p. 274-276, grifo do autor).

Os limites imanentes são estipulados tendo em consideração os casos – hipotéticos ou concretos – em que, sem dúvida alguma, o direito fundamental não pode ser aplicado (ANDRADE, 2012). Parte da doutrina conceitua os limites imanentes como *externos*, alheios ao conteúdo do direito, sendo demarcados após a ponderação⁶ (PEREIRA, 2006). A despeito da discussão teórica acerca dos limites imanentes, reporta-se que a dignidade da pessoa humana é o cerne para o desenvolvimento das referidas limitações e limites. A dignidade da pessoa não é só parte do conteúdo dos direitos fundamentais, mas é, também, limite imanente à aplicação dos mesmos. Ora, em um Estado Democrático de Direito que tem como base o princípio da dignidade humana, coração do ordenamento jurídico, não há de se falar em aplicação ou exercício de um direito se ele violar a dignidade de terceiros ou da própria comunidade. Deve-se observar, com efeito, o que deve prevalecer no caso concreto: se a dignidade que seria violada – de um indivíduo ou de vários – com o exercício de determinado direito fundamental, ou a dignidade – que também seria violada – daquele que pretende a fruição de tal direito, já que a dignidade da pessoa é núcleo e limite imanente dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, além de alicerce e elemento coadunante material dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa também é um limite ao próprio poder de restrição desses direitos. Deve-se privilegiar a proteção à pessoa humana, à sua dignidade. O Estado não deve agir apenas abstendo-se para proteger a dignidade dos cidadãos e a fruição dos direitos fundamentais, mas deve atuar tendo a ciência de que os próprios particulares podem violar a dignidade e obstar o exercício de direitos fundamentais de terceiros. Ademais, como exposto, os limites imanentes resultam da *essência* dos direitos fundamentais, e a dignidade da pessoa humana faz parte do núcleo do conteúdo desses direitos. Sendo os direitos fundamentais concretizações, projeções da própria dignidade da pessoa humana, decorrentes e emanados dela, não se poderia admitir que eles fossem concebidos já violando a dignidade da pessoa. Portanto, defende-se a *dignidade humana* como limite a esses direitos.

⁶Jane Reis Gonçalves Pereira (2006) entende que os limites imanentes como internos e intrínsecos, ou como limites definidos após o resultado da ponderação, apresentam problemas. Deve-se, segundo a autora, adotar a *teoria interna* e reconhecer tais limites como intrínsecos, ou há de se adotar a *teoria externa* e reconhecer que os limites não podem ser chamados de imanentes, pois são limites *a posteriori*. Neste estudo, defende-se a adoção da teoria externa concomitantemente à concepção dos limites imanentes como intrínsecos. A dignidade da pessoa humana é o limite imanente (intrínseco) aos direitos fundamentais. E, mesmo sendo reconhecida a concepção de limites imanentes, no caso da dignidade da pessoa, justifica-se a colisão entre os direitos fundamentais, tendo em vista que a colisão teria como objeto a dignidade humana.

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos a partir do ponto de vista de que, *a priori*, possuem aplicabilidade máxima, já que seu exercício presume a concretização da dignidade humana – como *núcleo de conteúdo*. No entanto, uma sociedade livre e plural deve prestigiar a existência de direitos fundamentais de terceiros e suas dignidades, bem como o próprio valor comunitário, o que justifica a existência da dignidade da pessoa humana como limite imanente (ao exercício) dos direitos fundamentais. Confere-se, assim, função quádrupla à dignidade da pessoa humana quando da interpretação constitucional e colisão entre direitos e bens constitucionais. Quatro elementos que hão de ser observados, a saber: 1) *dignidade da pessoa humana como núcleo de conteúdo dos direitos fundamentais*; 2) *dignidade da pessoa humana como limite imanente dos direitos fundamentais*; 3) *dignidade da pessoa humana como elemento limite às restrições dos direitos fundamentais* e 4) *dignidade da pessoa humana como princípio de unidade da Constituição*.

De modo semelhante aos outros três elementos, o princípio de Unidade da Constituição determina que a Lei Maior deve ser interpretada à luz da dignidade da pessoa. Percebe-se que os quatro elementos explicitados decorrem do reconhecimento da dignidade humana como “super princípio” da Constituição Federal. Os conflitos e casos constitucionais devem ser interpretados à luz da dignidade da pessoa humana, havendo de ser privilegiada nas mais diversas situações. Como exceção, admite-se sua inaplicabilidade, mas não de forma absoluta, principalmente quando ocorrem os *casos difíceis*: dignidade da pessoa humana *versus* dignidade da pessoa humana. Um dos exemplos desses casos é a liberdade de expressão *versus* o discurso do ódio – uma possível limitação ao exercício daquele direito fundamental –, tema que será abordado a partir dos tópicos seguintes.

3.5 Do discurso do ódio

A democracia possibilita o convívio constante de diferentes grupos e classes como participantes de uma mesma coletividade. Alguns grupos, no entanto, acreditam que são distintos e superiores. Esse pensamento vai contra o ideal igualitário e democrático, alimentando o ódio. Uma das principais decorrências da ideia de superioridade é exatamente o discurso do ódio (MEYER-PFLUG; CARCARÁ, 2014). O discurso do ódio é um dos tipos de discurso repugnante. Usualmente é definido como aquela fala que usa palavras com o intuito de ofender, intimidar ou assediar indivíduos por conta da sua raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião, além do discurso que pode instigar discriminação, violência ou ódio contra essas pessoas (BRUGGER, 2007).

Daniel Sarmento (2006) define o *hate speech*, termo utilizado no Direito Comparado, como a manifestação de ódio, repulsa e menosprezo ou intolerância – através da liberdade de expressão – contra determinados grupos⁷, tendo o preconceito como motivação. Preconceitos relacionados com etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental, orientação sexual e outras causas. O principal elemento do discurso do ódio é a manifestação do pensamento com o fito de desqualificar, humilhar e inferiorizar indivíduos e grupos sociais. Ainda tem como objetivo disseminar a discriminação desrespeitosa contra qualquer um que possa ser apontado como *diferente*, gerando a sua exclusão da sociedade (FREITAS; CASTRO, 2013).

O discurso do ódio não está apenas relacionado com a discriminação racial, mas representa a divulgação de ideias que estimulam a discriminação racial, social ou religiosa. Essa discriminação é praticada em desfavor de determinados grupos, que na maioria das vezes são minorias. Tal discurso também se vale da teoria revisionista, que refuta a existência e contrapõe-se ao Holocausto ocorrido na Segunda Guerra Mundial (MEYER-PFLUG, 2009). A fala odiosa reproduz e perdura a marginalização e a submissão do grupo insultado e dos indivíduos que participam dele. Inclusive, em vários casos, o discurso do ódio atinge características que fazem parte da essência das pessoas atingidas – como a cor da pele e o sexo (CODERCH, 1993 *apud* MEYER-PFLUG, 2009).

O *hate speech* tem como base os estereótipos que recaem sobre os grupos insulares, com o fito de incitar o comportamento hostil em relação a tais grupos. As manifestações odiosas rejeitam a ideia de que esses grupos possam ter direito à igualdade no tratamento civil e repelem sua participação equânime na democracia e no processo deliberativo. O discurso do ódio preconiza e exacerba as injustiças e deprecia o valor humano (TSESIS, 2009). Álvaro Paúl Díaz (2011 *apud* SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015) destaca que o *hate speech* deve ir além do repúdio ou da antipatia, ele há de semear a hostilidade contra os indivíduos aos quais a conduta discriminatória é dirigida.

O discurso do ódio pode ser entendido como apologia abstrata ao ódio. O debate público é prejudicado, bem como a participação na sociedade dos indivíduos que sofrem com

⁷ Alguns autores nomeiam tais grupos como grupos vulneráveis, grupos estigmatizados ou minorias. Thiago Carcará (2013, p. 65) diz que grupos vulneráveis são formados por “indivíduos com particularidades sociais, representadas por valores homogêneos construídos pelo tempo e pelo espaço na história de uma sociedade, sendo membros ou não de fortes castas econômicas, relacionando-se com as minorias de representação política”. Ressalta-se que as características que fazem as pessoas serem integrantes de grupos vulneráveis e estigmatizados podem mudar ao longo do tempo, de acordo com a construção histórica e com a sociedade.

o discurso do ódio. Essas pessoas são molestadas por fazerem parte de um determinado grupo que sofre discriminação, o indivíduo é ultrajado justamente naquilo que o caracteriza como pertencente a tal parcela da sociedade. A ofensa só cessaria caso o indivíduo renunciasse ou perdesse as características e condições que o fazem ser *diferente*, isso constituir-se-ia na supressão de sua própria identidade. Além disso, destaca-se a impossibilidade do indivíduo renunciar a essas características que formam a sua identidade e a sua personalidade (MEYER-PFLUG, 2009).

A agressão contida no discurso do ódio pode ser velada, dificilmente sendo identificada. A incitação ao ódio e a discriminação contida na fala odiosa pode não ser explícita, mas pode acontecer de forma contida e implícita (MEYER-PFLUG, 2009). Nesse sentido, o *hate speech* pode apresentar-se de duas formas: o *hate speech in form* e o *hate speech in substance*. Aquele está relacionado ao discurso explicitamente odioso, enquanto *hate speech in substance* é a manifestação odiosa velada, como quando se exterioriza sob o manto de pressupostos morais e sociais, acarretando agressões a grupos e sujeitos vulneráveis, não dominantes. No contexto brasileiro, de uma democracia ainda em desenvolvimento e com recalques causados pelo período ditatorial, as duas formas apresentam-se perigosas por ocasionarem agressões a grupos vulneráveis (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015).

O discurso do ódio não é, necessariamente, exteriorizado através de um *discurso* – ou liberdade de manifestação do pensamento –, pode-se utilizar da liberdade de expressão como gênero. Ou seja, o discurso do ódio pode ser manifestado através de gestos, pinturas, caricaturas, desenhos, panfletos, livros etc. Para que o *hate speech* seja configurado, deve haver um ato que tenha como finalidade promover a discriminação de outras pessoas, defendendo que alguns direitos sejam negados a esses indivíduos por conta de determinadas condições que eles possuem. Quando exteriorizado, o discurso do ódio apresenta duas dimensões: a dimensão material e a dimensão formal. A dimensão material é justamente o conteúdo do *hate speech*, a ideia, o pensamento odioso contra determinado grupo. Por sua vez, a dimensão formal diz respeito ao meio utilizado para manifestar a ideia – livros, charges, passeatas, internet etc. A análise da dimensão formal é importante, vez que é um dos critérios para determinar o *potencial ofensivo* do discurso do ódio (CAVALCANTE SEGUNDO, 2015).

3.6 Proposta complementar de conceituação do discurso do ódio e seus tipos

Com efeito, o discurso do ódio se apresenta com o uso de expressões que tenham o objetivo de depreciar, menosprezar, desqualificar e humilhar determinadas pessoas. Através da fala odiosa, o ser humano é tratado como *objeto*, desrespeitado socialmente. Não se trata de mera implicância ou discordância, o *hate speech* relaciona-se com a discriminação e vai além dela (SILVEIRA, 2007). Elizabeth Thweatt (2002) sublinha que definir o *ódio*, elemento central dessa manifestação desenvolvida no presente estudo, é problemático. O seu alcance é vasto o suficiente para tocar vários aspectos das vidas dos indivíduos. O ódio afeta o subconsciente das pessoas, pode lesar e até matar suas vítimas. Reconhece-se que o cerne do ódio é exatamente a desvalorização do outro. Há uma falha em aceitar e reconhecer o valor alheio, assim também como em reconhecer a contribuição que cada cidadão pode ofertar à sociedade.

É oportuno sublinhar que o discurso do ódio é composto por dois elementos primordiais: a discriminação e a externalidade. Não há de se falar em discurso do ódio quando não é externalizado, apenas quando manifestado. Como manifestação segregacionista, fundamenta-se no biombo superior/emissor e inferior/atingido. Além de manifestado, saindo da esfera de pensamento do emissor, o *hate speech* deve expressar discriminação e desprezo. As pessoas que partilham algumas características que as fazem integrantes de um determinado grupo são tratadas como inferiores, indignas. A fala odiosa também pode ser dividida em dois atos. O primeiro é o *insulto*, que está diretamente relacionado com a vítima, é a própria agressão e ofensa à dignidade do atingido e do grupo a qual ele pertence. O segundo ato é a *instigação*, que traduz a possível natureza panfletária do discurso do ódio quando também pode suscitar a participação alheia, de indivíduos que não se identificam como vítimas de tal discurso, a partilharem das mesmas ideias e alargar a amplitude do primeiro ato, inclusive com ações (SILVA *et al.*, 2011).

Feitas essas considerações, verifica-se que o discurso do ódio é um fenômeno cuja conceituação é dificultosa e a doutrina não o define de maneira satisfatória. A complexidade da sociedade atual, o fato dos cidadãos serem “forçados” a conviver com indivíduos possuidores de inúmeras características diferentes, além do advento da revolução tecnológica, que possibilitou uma maior propagação de tendências – inclusive as negativas, como o *hate speech* – e o surgimento de uma nova era no setor de comunicações, são fatores que geram a necessidade de uma releitura quando se trata de conceituar o discurso do ódio.

Portanto, do ponto de vista da construção de um conceito normativo, em conformidade com os conceitos e critérios contidos na própria lei internacional, pode-se dizer que **o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.** (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 149-150, grifo nosso).

O conceito acima apresentado é o que mais se harmoniza com o pretendido pelo presente estudo. Não obstante, ainda carece de alguns ajustes, assim como os outros expostos ao longo deste tópico e do tópico anterior. À vista disso, propõe-se a tentativa de um conceito complementar, que não se limite a determinadas características gerais ou se prenda às vítimas mais habituais do *hate speech*. A fala odiosa atinge cada vez mais indivíduos, podendo vitimar pessoas que não façam sequer parte de *grupos estigmatizados* ou *vulneráveis*, até mesmo das chamadas *minorias*, como usualmente sugerem as definições dos autores brasileiros e estrangeiros. Ainda há, como exemplo, o discurso do ódio feito pelos indivíduos que são vítimas do *hate speech* contra aqueles que os discriminam e humilham.

O discurso do ódio pode ser definido como *manifestação* de pensamentos que tenham o condão de insultar, intimidar, assediar, desprezar, desqualificar, discriminar e ainda instigar o preconceito, a discriminação, o ódio e a violência contra suas vítimas, sejam *de grupos estigmatizados/vulneráveis ou não*. O discurso do ódio deve utilizar o direito fundamental da liberdade de expressão – de forma genérica, não abarcando somente a liberdade de expressão do pensamento – para atingir e *ofender diretamente a dignidade da pessoa humana* da vítima ou de suas vítimas, bem como os seus mais básicos direitos, como o *direito à igualdade*. Além de desqualificar a vítima como detentora de direitos e de dignidade, pode ainda suscitar ideias de supressão e negação desses direitos, provocando um cenário onde as vítimas sintam-se excluídas, segregadas e dificultando sua participação na sociedade e no debate público.

O *hate speech* tem o condão de utilizar argumentos emocionais para ganhar mais adeptos, bem como cria estereótipos, seleciona fatos convenientes ao ponto de vista do emissor, taxa as vítimas como se fossem inimigos, além de se aproveitar da afirmação e da repetição. Isto é, o discurso do ódio não pretende apenas manifestar uma ideia do agressor, ele também se empenha para ampliar a discriminação. Rosane Leal da Silva *et al* (2011) observa que além de atacar a dignidade da vítima, o discurso do ódio viola a característica de todo o

grupo a qual ela pertence e das pessoas que compartilham as características que causaram a discriminação. A *vitimização difusa* é ocasionada pela fala odiosa, não sendo possível identificar quem e quantas são as vítimas. Considerando o aspecto da vitimização difusa, propor-se-á, neste trabalho, uma classificação própria, com o propósito de compreender a amplitude do discurso do ódio e, conseqüentemente, a conjuntura que pode levar a restrição à liberdade de expressão, os efeitos do *hate speech* e as suas conseqüências.

No primeiro caso originado dessa classificação, identificam-se três elementos: *emissor, grupo atingido e sociedade*. O emissor é aquele que perpetra a fala odiosa, manifestando seus pensamentos e atingindo diretamente um grupo, ofendendo a dignidade dos membros desse grupo, sem proferir (o discurso odioso) ou agir contra uma vítima em particular, pois a vítima é exatamente o grupo e seus integrantes. Em um último grau, atinge a sociedade, que também é vítima do *hate speech*. Na segunda hipótese, também detectam-se três elementos: *emissor, vítima direta e sociedade*. Essa hipótese leva em consideração o conceito defendido por este estudo, que o discurso do ódio não precisa necessariamente atingir um determinado grupo. O atingido é a vítima direta, e a *vítima secundária* é a sociedade.

A terceira possibilidade de discurso do ódio, a mais comum, é exatamente a que congloba o maior número de elementos: *emissor, vítima direta, grupo a qual a vítima pertence e sociedade*. O emissor, nesse caso, ofende diretamente a vítima e fere sua dignidade humana, mas também, ao manifestar seu pensamento odioso, ofende o grupo a qual ela pertence e a dignidade humana dos seus membros. Novamente, a sociedade também perde com o *hate speech*, sendo a vítima secundária. A partir da análise das possibilidades e dos graus em que o discurso do ódio pode ser manifestado, observa-se que a sociedade sempre é sua vítima, ou seja, a *vitimização difusa* é uma característica constante do discurso do ódio. Não é possível a existência de um cenário em que o discurso do ódio não atinja a sociedade, uma vez que pretende atingir a dignidade humana de suas vítimas e torna inviável a participação delas na sociedade, fere o princípio da igualdade, o debate público livre, o princípio democrático e o Estado Democrático de Direito.

3.7 O preconceito, a discriminação e o racismo

A análise do discurso do ódio exige um exame mais cuidadoso no que se diz respeito ao preconceito, à discriminação e ao racismo, temas fundamentais e que podem estar

intrinsecamente relacionados ao *hate speech*. Nesta seara, Thiago Carcará (2013), afirma que *preconceito*, em seu significado genérico, é um juízo próprio do indivíduo formado a partir de suas experiências cotidianas. Já o *preconceito em sentido estrito* é constituído por opiniões provisórias e ultrageneralizadas a respeito de comportamentos sociais. O *preconceito negativo*, por sua vez, é construído a partir de juízos que não foram combatidos e esclarecidos, tornando-se, assim, dogmas. Os estereótipos, geralmente, sustentam esses juízos, fazendo com que eles sejam difundidos e aceitos pela sociedade.

Com efeito, o preconceito é um ponto de vista equivocado que algumas pessoas ou parte da sociedade tomam por verdadeiro. O *preconceito social*, que coloca em situação antagônica dois grupos sociais, pode provocar o ódio, a repulsa e a hostilidade. Essas ideias equivocadas e ilídimas surgem da ignorância, da desinformação e do medo que se nutre em relação ao desconhecido; opiniões nutridas por indivíduos que acreditam que determinadas pessoas não têm os mesmos atributos e habilidades que eles. As ideias preconcebidas e os pressupostos formam os *estereótipos*, que podem se estear em condutas, aparência física, sexo, classe social, etnia e traços da personalidade. O preconceito pode ocasionar a exclusão e marginalização social, e geralmente é direcionado para as minorias, que são minorias em termos numéricos, com algumas exceções – como no caso do preconceito feminino, o *sexismo* (MEYER-PFLUG, 2009).

O preconceito é conectado com o discurso de ódio por ser uma das suas causas e uma das suas consequências de disseminação iniciais. As ideias odiosas têm origem nos preconceitos negativos. O discurso do ódio proporciona um alastramento do preconceito, sendo constituído por ele e, ao mesmo tempo, propagando-o, vez que o discurso do ódio pode encontrar adeptos a esses juízos equivocados e aos estereótipos. De igual forma, o preconceito ainda pode gerar a intolerância, que ocorre quando a pessoa preconceituosa não aceita conviver na mesma esfera em que as vítimas de suas ideias preconceituosas. Ressalta-se que a tolerância não necessariamente indica a ausência do preconceito. O discurso do ódio, em um primeiro momento, pode gerar o preconceito, mas quando o preconceito é assimilado e pretende-se excluir um indivíduo ou um grupo como detentor de direitos, pode-se dizer que o preconceito se torna discriminação (CARCARÁ, 2013).

A discriminação é a principal decorrência do preconceito de grupo. Ela é mais forte que a diferença, defendendo a superioridade de um grupo em relação a outro, fundamentando-se em raciocínios ilegítimos e pejorativos. Tais pressupostos de superioridade corroboraram

eventos históricos extremos, como a escravidão e o Holocausto. Além da estereotipização característica do preconceito, a discriminação visa à exclusão do grupo alvo da sociedade, com a presença de aspectos negativos e de atos que consolidem essa exclusão. As diferenças entre os indivíduos servem para intensificá-las, instigá-las e acentuá-las, em detrimento de combatê-las (MEYER-PFLUG, 2009). A discriminação se dá com a presença do preconceito, que é um dos seus elementos. O direito à igualdade é diretamente violado pela discriminação, a partir de atos que executam o tratamento desigual (CARCARÁ, 2013).

O discurso do ódio tem como um dos seus objetivos a exclusão de determinadas pessoas do debate democrático e da participação delas na sociedade, assim, tem a intenção de excluir um grupo como detentor de um direito, sendo uma ação antissocial. Ressalta-se que a discriminação também pode dar-se na forma *indireta*. A *discriminação indireta* não ostenta traços de preconceito, mas a discriminação acontece de forma velada. Um exemplo da discriminação indireta ocorre no caso de um candidato a um determinado cargo ser desclassificado em virtude de determinado motivo, mas a verdadeira razão do critério de desclassificação ser justamente a cor da sua pele (CARCARÁ, 2013). A discriminação macula a dignidade da pessoa humana, ao passo que nega um direito legítimo a um grupo, por conta de parte da sociedade acreditar que esse grupo não é merecedor, não é igual, que seus integrantes são inferiores e não são admitidos como sujeitos de direitos. Esse grupo deveria obter um tratamento isonômico e não o recebe (MEYER-PFLUG, 2009).

A simples diferença entre grupos – comum em qualquer sociedade – origina a discriminação. Além de acreditar em sua superioridade, um grupo pode defender uma dicotomia mais profunda, defendendo que o grupo vítima da discriminação é mau, enquanto os discriminadores e o grupo a qual eles pertencem são bons. Nota-se que os critérios utilizados para fundamentar as discriminações são subjetivos, acrílicos e desprovidos de razão, com base em tradições ou em autoridade moral. No nazismo verificou-se a tentativa de um viés científico, com a defesa da superioridade da raça ariana (MEYER-PFLUG, 2009). As discriminações diretas – mais facilmente reconhecidas –, bem como as indiretas – que na aparência são neutras, mas produzem resultados prejudiciais –, devem ser contidas. O Estado Democrático de Direito – que defende a pluralidade, a diversidade, a tolerância, a solidariedade e a igualdade – não se perdurará e desenvolver-se-á com tais práticas.

O racismo é o topo da consumação do preconceito. Vai além do juízo ultrageneralizado do preconceito, da supressão de direitos da discriminação, apregoando que o

domínio deve ser atingido. A superioridade passa a ser uma condição primordial para que haja a convivência, sendo necessária uma separação social. Baseia-se no binômio superior/inferior e dominador/submisso. As formas do racismo podem ter origem na cor da pele, na origem geográfica, na religião professada, na orientação sexual etc. Enquanto a discriminação preconiza a superioridade e a separação para o exercício de determinados direitos, não há atos comissivos no preconceito. Por sua vez, o racismo pretende submeter um grupo a outro, como se houvesse uma hierarquia social (CARCARÁ, 2013).

O racismo é resultado de fatos sociais e culturais e tem como propósito a legitimação do domínio de um grupo sobre outro, como no caso da escravidão. Tal grupo é estigmatizado e afastado da sociedade, ao passo que o racismo carece de bom senso e racionalidade. A raça na situação de domínio conquista vantagens graças a essa situação, além de hostilizar o grupo dominado. Atualmente, sabe-se que não existem raças do ponto de vista científico. Por sua vez, do ponto de vista jurídico, *raça* passou a ter um novo significado, assim como no crime de racismo, que abarca perseguições a um grupo étnico, religioso, cultural e social (MEYER-PFLUG, 2009). A permanência da crença de que as raças existem, mesmo havendo comprovação científica do contrário pode decorrer de elementos sociais, culturais e históricos.

O racismo fere os princípios da igualdade e da justiça, podendo utilizar o discurso do ódio como ferramenta. Constata-se que o discurso do ódio é bastante utilizado por movimentos racistas (CARCARÁ, 2013), como ocorreu no nazismo, onde a prática racista foi estabelecida e institucionalizada. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, de forma inédita, criminalizou o racismo, que passou a ser *crime inafiançável e não atingido pela prescrição*, tendo como legislação infraconstitucional a Lei 7.716/1989. Ademais, o Texto Constitucional conferiu importância sem precedentes à dignidade da pessoa humana, que é diretamente atingida pela prática de atos preconceituosos, discriminatórios e racistas. Não se pode olvidar que o preconceito, a discriminação e o racismo fazem parte do âmago do discurso do ódio.

3.8 Danos e efeitos causados pelo discurso do ódio

Os efeitos do discurso do ódio são danosos. Winfried Brugger (2007) afirma que os emissores da fala odiosa são vistos como violadores da dignidade humana e da honra de suas vítimas, além de poder ameaçar a segurança e a integridade física delas. Owen Fiss (2005) apresenta a argumentação de que o discurso do ódio ameaça a liberdade. O *hate speech* pode ser capaz de tornar impossível para suas vítimas a participação na sociedade, no debate

público, ainda diminuindo sua autoestima. Além de serem moralmente reprováveis, as ideias defendidas no discurso do ódio inviabilizam a existência de um ambiente saudável para o discurso plural, tendo em vista que, diante do *hate speech*, a vítima responde com a mesma violência ou sente-se intimidada, oprimida e humilhada, afastando-se do debate (SARMENTO, 2006).

O discurso do ódio procura validar preconceitos, discriminações e o próprio racismo. Daniel Sarmiento (2006) sustenta que o *hate speech* não favorece o autogoverno democrático, rejeita a igualdade entre os indivíduos, reproduzindo a inferioridade dos seus atingidos. O discurso do ódio adota pressupostos radicalmente antidemocráticos. As possíveis reações da vítima – revidar de forma violenta ou silenciar-se – produzem efeitos danosos à sociedade. A primeira põe em risco a paz social e a ordem pública. A segunda hipótese fere a sociedade como um todo, da mesma forma. As vítimas, amedrontadas e intimidadas, retiram-se da esfera pública, prejudicando a sociedade, que perde com a ausência da participação dessas pessoas. A inferioridade das vítimas defendida pelos pensamentos contidos no discurso do ódio tende a fortalecer os estereótipos negativos, fazendo com que inconscientemente os cidadãos desvalorizem a opinião e contribuições daqueles atingidos pela fala odiosa.

O *hate speech* inviabiliza a própria liberdade de expressão, posto que desconsidera os direitos de suas vítimas e tenta afastá-las do exercício da cidadania, prejudicando a democracia (FREITAS; CASTRO, 2013). É nocivo na medida em que incute a violência e a intolerância, aviltando o valor da vítima, que sofre com a aversão alheia e tem sua autoridade reduzida (CARDIN; SANTOS, 2015). É importante destacar que, ao se falar que a democracia perde com o discurso do ódio, frisa-se a democracia não apenas no tocante à participação dos cidadãos por meio de votos, mas também no tocante à formação da vontade coletiva – violada por conta das vítimas do discurso do ódio participarem menos ou sequer participarem com a exposição de suas opiniões, acometendo o pluralismo político (SARMENTO, 2006).

As vítimas do discurso do ódio são privadas do direito de serem consideradas aptas para a vida na esfera social. A sociedade torna-se um ambiente hostil, desfigurado, que não transmite segurança a esses indivíduos, que não podem viver com normalidade (DÍAZ SOTO, 2015). O *hate speech* contribui também para a formação de um pânico moral, ao passo que procura abolir o *diferente*. O pânico moral, criado de forma velada pela fala odiosa, contribui para que a parcela da sociedade que concorda com as ideias defendidas pelo discurso do ódio

torne-se ainda mais intolerante e veja nas vítimas verdadeiros inimigos (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015). O ódio é direcionado de forma que não atinja só a vítima, mas também espalhando o medo e o terror, com o objetivo de angariar ainda mais adeptos. Em suma, o *hate speech* exerce influência na formação da personalidade e na conduta dos cidadãos que fazem parte da sociedade (MEYER-PFLUG; CARCARÁ, 2014). O comportamento das vítimas não é o único afetado, mas também o da sociedade como um todo, como mencionado no conceito da *vitimização difusa*.

As palavras ou atos utilizados na perpetração do discurso do ódio têm o condão de lesionar a vítima, que pode abalar-se emocionalmente por conta da lesão moral provocada pela austeridade do discurso. O *hate speech* também pode desencadear uma crise de identidade, provocando na vítima a sensação de inferioridade, fazendo com que ela sintase insignificante e desprezível por causa de determinada característica. Sua identidade como cidadão é abalada, bem como sua dignidade humana (CARCARÁ, 2013). A autoestima – enfraquecida pelo discurso do ódio – é essencial para o desenvolvimento da personalidade e para a autorrealização do ser humano. As vítimas, principalmente dos grupos já estigmatizados e vulneráveis, têm seu autorrespeito acometido (SARMENTO, 2006).

Nesse sentido, é importante dar relevo ao fato de que, quando se ofende um indivíduo, não se caracteriza apenas uma situação de coisas, mas cria-se um novo estado, uma nova situação. A linguagem possui uma força própria, principalmente quando há repetições do que se enuncia. Essa força é suficiente para criar a possível realidade que menciona. Essa concepção é conhecida como *concepção performativa da linguagem*, que tem a capacidade de evidenciar que as palavras não são somente descrevem, mas têm o poder de agir sobre o mundo. A repetição também cria maior influência nesse poder de transformação da linguagem. Outro ponto importante é o do discurso ser capaz de desencadear sentimentos, emoções e estados físicos. O discurso do ódio, assim, causa constrangimento, sofrimento, além de ofender suas vítimas. Provoca nelas um sentimento de injustiça, de não-reconhecimento e de desconsideração social (OLIVEIRA, 2014).

A fala odiosa, contendo intolerância e preconceito, cria a possibilidade de acarretar vários sentimentos nocivos em sua vítima. Tais sentimentos podem ser psicossomatizados e, assim, o sofrimento físico é atingido. Como o discurso do ódio geralmente molesta grupos estigmatizados ou vulneráveis, já sofrendores de uma mácula social, os problemas de autoestima – qualidade essencial para o indivíduo – se agravam e tornam-se frequentes. O

juízo que a sociedade tem a respeito dessas pessoas é contaminado nesse ambiente de ódio, de estímulo ao preconceito, à discriminação e ao racismo. A própria percepção da sociedade afeta a maneira como esses indivíduos se enxergam (SARMENTO, 2006). A concepção da sociedade sobre os seus cidadãos afeta diretamente no que concerne ao reconhecimento deles. O reconhecimento negado evidencia uma conduta maléfica e a compreensão positiva que as vítimas têm de si mesmas é abalada e destruída (SILVEIRA, 2007).

O ambiente político torna-se tenso e inviável graças ao *hate speech*, a harmonia social sofre sérias consequências e é perturbada. Além do mais, atos de demonstração de ódio através da liberdade de expressão podem ser o princípio de atos mais graves, como a violência física (SILVA, 2015). Não se pode olvidar que a dimensão dos danos e dos efeitos causados pelo discurso do ódio também dependem de fatores externos, como a maneira e em qual contexto a manifestação odiosa se deu, além de circunstâncias ligadas às vítimas, como suas personalidades, por exemplo. De qualquer modo, percebe-se que a fala odiosa provoca graves danos (SARMENTO, 2006). O *efeito silenciador*, como exposto, é um deles. A dignidade humana de cada indivíduo afetado pelo discurso do ódio é golpeada, os danos psicológicos podem ser gatilhos que se transformam em danos físicos. Em uma sociedade opressora e que cultiva manifestações preconceituosas, discriminatórias e racistas, as vítimas podem psicossomatizar suas dores e tentarem, inclusive, dar cabo de suas vidas.

3.9 O discurso do ódio como violador da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana exige uma proteção na perspectiva do indivíduo não ser ofendido ou humilhado, bem como sob o ângulo de proteção ao amplo desenvolvimento da personalidade dos seres humanos (FARIAS, 1996). O *hate speech*, por causa do seu conteúdo incitador e agressivo, é incompatível com a dignidade humana, não só com a dignidade de uma pessoa, mas também com a dignidade de todo um grupo, raça, cultura ou etnia. Em uma sociedade democrática, não deve haver espaço para que discriminações aconteçam. Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro protege ambas, tanto a dignidade de cada pessoa, como a dignidade de um grupo (MEYER-PFLUG, 2009). O discurso do ódio, como já foi discutido, pode atingir a dignidade de uma pessoa, de um grupo e sempre agride a sociedade.

A Constituição Federal de 1988 proibiu expressamente a prática do racismo e de todas as formas de discriminação, que são inimigos da igualdade e da liberdade (OMMATI, 2012).

A discriminação e o racismo, bem como o preconceito, estão conectados com o discurso do ódio, de modo que qualquer prática desses atos é prejudicial ao princípio da igualdade, à liberdade e à dignidade humana. Luís Roberto Barroso (2012) adverte que todas as pessoas são *dignas* de igual respeito e consideração, o que acarreta o veto a discriminações, além do respeito à diversidade e o direito ao reconhecimento. Da dignidade da pessoa humana também deriva outro direito fundamental, o *direito à integridade física*, bem como o *direito à integridade psíquica ou mental*.

Sabe-se que o discurso do ódio tem o condão de abalar a autoestima, causa danos morais e mentais em suas vítimas, podendo ameaçar também a integridade física delas. Ou seja, além de denegrir a dignidade humana, consequentemente, o *hate speech* fere outros direitos derivados dela. Miguel Reale Júnior (2010) considera que a igualdade de todos é pressuposto base à fruição dos direitos fundamentais e afirma que a agressão mais séria à dignidade humana é exatamente aquela que destrói a igualdade da dignidade social de todos: a discriminação. O desrespeito à dignidade da pessoa obsta o exercício dos direitos fundamentais. A dignidade humana e os direitos que dela decorrem – direito à não discriminação, direito à integridade física e à integridade psíquica, por exemplo – devem ser protegidos.

Negar esses direitos fundamentais a um indivíduo constitui ofensa direta à dignidade humana, que também lhe é negada. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mesmo que de forma implícita na Constituição Federal, é reconhecido como também decorrente da consagração da dignidade (SARLET, 2006). Em um ambiente onde a dignidade, a vida e a integridade física e moral das pessoas não são respeitadas, onde a igualdade não é reconhecida e garantida, a dignidade é violada (SARLET, 2007). Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2003 *apud* SARLET, 2007) identifica quatro princípios jurídicos fundamentais que se originam a partir da dignidade humana. O primeiro é o da *igualdade*, que coíbe discriminações ilegítimas com base em qualidades do indivíduo. Seguindo pelos princípios jurídicos fundamentais da *liberdade*, da *integridade física e moral* e da *solidariedade*. Este último princípio deve assegurar e favorecer a coexistência humana.

Não se pode negar que o discurso do ódio fere diretamente a dignidade humana da vítima ou das vítimas, dos grupos aos quais elas possam pertencer e a dignidade de toda uma sociedade. Ao se atingir a dignidade humana, diversos outros direitos dela originados também são confrontados. A vítima do *hate speech* sofre danos que, em algumas situações, podem ser

irreparáveis. Estigmas, perseguições, preconceito, discriminação e racismo são facilmente conectados com o discurso do ódio. Consoante o que foi apresentado, da inestimável importância da dignidade humana e das máculas que o discurso do ódio pode causá-la, resta explorar em quais situações a liberdade de expressão há de ser restringida e o motivo dessas restrições pelo discurso do ódio. Mostrar-se-á, também, como a jurisprudência nacional tem se posicionado a respeito desse tema, não se olvidando de como o assunto é tratado nos Estados Unidos da América e na Alemanha, países importantes no que se refere à análise da liberdade de expressão e do discurso do ódio. Ademais, procurar-se-á abordar o fenômeno do discurso do ódio na internet e como as mídias digitais têm se tornado um meio para a propagação de ideias odiosas.

4 O CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO

O capítulo final deste estudo cuida do conflito dos temas já estudados ao longo do presente trabalho: a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana e o discurso do ódio. A visão das jurisprudências dos Estados Unidos e da Alemanha é de extrema valia para que se entenda como compreensões e interpretações constitucionais opostas enfrentam a problemática do *hate speech*. Comentar-se-á a respeito da importância da liberdade para os estadunidenses e da dignidade da pessoa humana para os germânicos, essenciais na construção jurisprudencial dos dois países. A jurisprudência brasileira também será abordada, com enfoque no caso Ellwanger, caso paradigma e marco jurisprudencial pátrio. Apresentar-se-ão outros casos e situações envolvendo o discurso do ódio, principalmente na internet e nas mídias digitais, tendo em vista que a rede mundial de computadores é, atualmente, o maior palco onde se manifestam as ideias odiosas.

4.1 A liberdade de expressão no sistema constitucional norte-americano: a Primeira Emenda e a construção do seu significado

Antes da independência, quando os Estados Unidos eram apenas uma colônia, havia pouco espaço para a discordância de opiniões. Os nativos ingleses saíam de seu país para encontrar liberdade religiosa, mas os puritanos não estendiam a tolerância aos outros da colônia. O contexto de repressão fomentou revoltas e culminou na independência. Antes, porém, o estado da Virgínia já havia promovido a liberdade de imprensa, ainda no contexto colonial, em 1776. A Constituição norte-americana foi elaborada em 1787. Ela não continha uma carta de direitos: não havia garantia à liberdade de expressão ou de imprensa. Tendo em vista a necessidade do reconhecimento dos direitos mais básicos, temidos por alguns dos elaboradores da Constituição, criaram-se as emendas. A Primeira Emenda foi adicionada em 1791. Registra-se que foi a primeira aprovada, mas não a primeira proposta: ela foi a terceira, as outras duas haviam sido rejeitadas (LEWIS, 2011).

Anthony Lewis (2011) acentua que, embora tenha sido reconhecida em 1791, a liberdade de expressão somente veio a ser defendida em 1919 pela Suprema Corte – em um voto vencido, registre-se. Durante esse lapso, a Suprema Corte não entendia como relevantes as questões acerca da liberdade de expressão, geralmente tais questões eram rejeitadas. Reprendiam-se expressões que tivessem um conteúdo nocivo (aos conservadores). Nesse sentido, havia o entendimento de que a Primeira Emenda obrigava apenas o Congresso, os Estados deveriam proteger a liberdade de expressão de forma própria. Os particulares não se

vinculavam a ela, a exemplo dos padrões que restringiam a liberdade de expressão dos seus empregados (MEYER-PFLUG, 2009). O caso *Schenk vs. United States* foi de grande relevo no caminho da mudança desse paradigma.

No contexto da entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, em 1917, foi editada a Lei de Espionagem, de cunho nacionalista. Em síntese, essa lei proibia críticas ao governo e à guerra. No caso *Sheck vs. United States*, os acusados distribuíram panfletos comparando o recrutamento militar com a escravidão. No seu voto, que confirmou a condenação dos acusados, o ministro Oliver Wendell Holmes reconheceu a possibilidade da liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda não ser limitada a restrições prévias. Contudo, admitiu que em algumas situações a expressão poderia ser punida, dizendo que a proteção à liberdade de expressão não abarcaria um homem que gritasse falsamente “fogo!” em um teatro lotado, causando pânico em todos. A fórmula sugerida por Holmes para solucionar quando uma expressão pode ser punida ou não consistia em analisar se as palavras utilizadas têm o condão de criar um *perigo claro e presente* de ocasionar males (LEWIS, 2011). Essa fórmula foi utilizada pela jurisprudência norte-americana nas décadas seguintes e tem sido estudada pela doutrina, sendo essencial para a compreensão do significado da liberdade de expressão naquele país.

Dois outros casos – *Frohwerk vs. United States* e *Debs vs. United States* – foram julgados na mesma época, nos quais Holmes votou a favor da condenação dos réus com base na Lei de Espionagem. Contudo, meses após e ainda no ano de 1919, o voto divergente do ministro Holmes no caso *Abrams vs. United States* representou um importante marco no que diz respeito à interpretação Primeira Emenda. Quatro radicais, refugiados da Rússia, arremessaram panfletos do topo de um edifício em Nova York, na tentativa de convocar uma greve geral e criticar a intervenção do presidente Woodrow Wilson no sentido de enviar soldados americanos com destino à Rússia. A Lei de Espionagem foi utilizada para condenar os acusados, condenação ratificada pela Suprema Corte. Holmes discordou da condenação e o seu voto divergente defendeu que a punição no caso *Abrams* era um equívoco (LEWIS, 2011).

Holmes acrescentou *iminente e imediatamente* ao *perigo claro e presente*. Defendeu que os folhetos jogados pelos acusados não representavam perigo (imediatamente) algum, de modo que suas opiniões não significavam ameaça ao sucesso das forças do governo. Os réus tinham o direito de publicar esses panfletos, assim como o governo estadunidense tinha o direito de

publicar sua Constituição. Tal voto contrariou o que Holmes antes defendia na Suprema Corte. Entretanto, a garantia constitucional ainda não seria conferida à liberdade de expressão na década seguinte, como no caso *United States vs. Schwimmer*, em que o ministro Holmes mais uma vez defendeu a liberdade de expressão em um voto vencido. Só a partir dos anos 30 essa garantia conheceu o início de sua construção. O ministro da Suprema Corte Charles Evans Hughes, em 1931, no voto da maioria no caso *Stromberg vs .California*, reconheceu que a liberdade de expressão era um valor fundamental para os americanos, e que repressões com base em um suporte vago deveriam ser rechaçadas. O discurso simbólico, inclusive, tem sido protegido pela Primeira Emenda: em 1989, no caso *Texas vs. Johnson*, a Suprema Corte tornou inválida a condenação pela queima da bandeira norte-americana em uma manifestação de cunho político (LEWIS, 2011).

O sistema americano resguarda a liberdade *instrumental*, que é compreendida como uma forma de proporcionar guarida à democracia e à pluralidade política, até mesmo contra o totalitarismo (MEYER-PFLUG, 2009). Nesse sentido, uma importante decisão a respeito do tema é a do caso *New York Times vs. Sullivan*, que a Suprema Corte votou em 1964. Ronald Dworkin (2006) acentua que, mesmo entre as democracias, os Estados Unidos distinguem-se pelo amplo nível de proteção conferido à liberdade de expressão e de imprensa, destacando o referido caso. A liberdade instrumental foi protegida no caso *Sullivan*, reconhecendo-se que a Primeira Emenda obsta a responsabilização da imprensa por difamar o Estado (MEYER-PFLUG, 2009). Com base na Primeira Emenda, servidores públicos e ocupantes de cargos públicos não podem ganhar ações contra a imprensa. Para que se consiga penalizar a imprensa, deve-se provar que a acusação feita contra o servidor em questão era inverídica e lesiva, além de provar que o jornalista ou o órgão que fez essa acusação agiu de má-fé, com malícia, e não cometendo apenas um erro. Esse ônus de prova foi exigência conferida apenas ao Estado em abstrato, não aos particulares. Tal decisão propiciou a criação de um ambiente onde a imprensa critica livremente os ocupantes de cargos públicos (DWORKIN, 2006).

Atualmente, os Estados Unidos valorizam a liberdade de expressão como a maior e primeira grande liberdade, apesar de estar contida na *Primeira* Emenda por um acidente histórico. A liberdade de expressão encontra-se presente na mente e no coração dos americanos e é amplamente protegida pela Suprema Corte. A liberdade de expressão resume o espírito americano. A história dessa proteção teve seu primeiro grande avanço traçado no período da Primeira Guerra Mundial e hoje é perpetuada de modo que os cidadãos norte-americanos são capazes de pensar e expressar seus pensamentos sem temerem consequências

(EBERLE, 2002). O sistema de proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos é complicado. Podem ser aceitas restrições referentes ao lugar, ao tempo e à forma do discurso, mas repudiam-se limitações com base no conteúdo da manifestação. As opiniões e os pontos de vista são defendidos na sociedade norte-americana (SARMENTO, 2006).

Viu-se que a jurisprudência da Suprema Corte ampliou e fortaleceu a proteção da liberdade de expressão a partir do século passado, sendo o direito fundamental mais prestigiado e protegido naquele país, ocupando *posição preferencial*. Atribui-se, inclusive, maior peso a ela que a outros direitos, como igualdade, reputação e privacidade. A Primeira Emenda é interpretada sob a visão libertária (SARMENTO, 2007). Os Estados Unidos se comprometem com a liberdade de expressão, apostando que, futuramente, ela trará mais benefícios que o oposto. O Estado não tem o condão de agir para proibir manifestações de acordo com o seu conteúdo. Entende-se que quando o Estado proíbe expressões sociais, age tão gravemente como se estivesse proibindo manifestações dotadas de caráter político (DWORKIN, 2006).

4.2 O tratamento do *hate speech* nos Estados Unidos

Os americanos entendem o discurso do ódio como um modo de discurso, não como uma forma de conduta (BRUGGER, 2007). Os Estados Unidos distinguem-se no que diz respeito à maneira que tratam o discurso do ódio, de forma oposta ao tratamento que a fala odiosa recebe na maioria das sociedades ocidentais, inclusive no seu vizinho Canadá (LEWIS, 2011). A Suprema Corte nem sempre protegeu esse tipo de discurso, contudo. Kevin Saunders (2003), ao abordar o tema, lembra que no passado a ideia da jurisprudência norte-americana impor limites ao racismo e a outras variações do discurso do ódio parecia promissora. O caso *Beauharnais vs. Illinois*, de 1952, foi um claro exemplo. Nesse caso, discutia-se acerca de um cidadão americano que havia distribuído panfletos em Chicago, repudiando a miscigenação racial, culpando os negros pela violência no país e ainda convocando pessoas brancas para se unirem contra os negros. A condenação teve como base uma lei estadual que tornava ilegal o que foi chamado de *group libel*, a difamação de um grupo.

A Suprema Corte validou a referida lei, declarando-a constitucional. A Corte afirmou que a difamação, a obscenidade e as *fighting words* não estão protegidas pela liberdade de expressão resguardada na Primeira Emenda. *Fighting words* são palavras que tendem a causar danos ou instigar a violência imediata, ainda causando atos de violência praticados pelas

pessoas às quais as mensagens são destinadas (SAUNDERS, 2003). Em 1969, porém, esse posicionamento foi abandonado. *Brandenburg vs. Ohio* marcou essa virada jurisprudencial da Suprema Corte. Brandenburg, um dos líderes da Ku Klux Klan no Estado de Ohio, fora condenado pela prática de apologia ao crime. Brandenburg organizara um evento dessa entidade, oportunidade em que convidou uma repórter para transmitir ao público, através da televisão, esse encontro. Pessoas utilizando um capuz queimaram cruzes, declamaram palavras contra os negros e os judeus. O acusado utilizou-se da transmissão para dizer que os negros deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel (SARMENTO, 2006).

Brandenburg ainda ameaçou o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte. Afirmou que se eles continuassem a prejudicar os caucasianos, a Ku Klux Klan tentaria uma vingança. A Suprema Corte, ao analisar o caso, invalidou a condenação de Brandenburg, declarou que a punição de ideias era completamente incompatível com a Primeira Emenda. A Corte entendeu que a defesa de ideias racistas era albergada pela liberdade de expressão, ao passo que o estímulo à violência não é permitido. O caso *Skokie* foi ainda mais simbólico. O Partido Nacional-Socialista da América organizou uma passeata com indivíduos trajando uniformes nazistas e carregando bandeiras com suásticas. A manifestação ocorreria no município de Skokie, onde dos 70.000 habitantes, 40.000 eram judeus e 5.000 sobreviventes do Holocausto. O município tentou impedir a manifestação por meio da via judicial, não obtendo êxito. Ainda tentou obstar a passeata editando normas que dificultariam o evento, que foram declaradas inconstitucionais por violarem a liberdade de expressão (SARMENTO, 2006).

Apesar da vitória, os neonazistas não realizaram a passeata em Skokie. O evento aconteceu em Chicago, com a ajuda de escolta policial para que ataques por parte da população fossem dificultados. Merece destaque a posição que a Suprema Corte tomou em 1992, desconsiderando, inclusive, a doutrina das *fighting words*. Neste caso, *R.A.V. vs. City of St. Paul*, alguns jovens atearam fogo em uma cruz – chamas em um crucifixo é o símbolo da Ku Klux Klan – após invadirem um quintal de afrodescendentes. Uma lei local estabelecia que essa conduta era um *crime motivado por preconceito*, de forma que os acusados foram condenados. A Corte invalidou a condenação estadual, declarando a lei local inconstitucional, alegando que essa legislação atingia apenas *fighting words* relacionadas ao preconceito racial, religioso ou de gênero. Afirmaram que quaisquer outras *fighting words* que não estivessem descritas nessa lei poderiam ser utilizadas à vontade, e a proibição deveria ser isonômica (SARMENTO, 2006).

Por duas décadas (1980 e 1990), houve uma tentativa de repelir o discurso do ódio nas universidades americanas. Indivíduos de grupos minoritários tentaram abolir o discurso racista com fundamento nos traumas que ele causa em suas vítimas. Professores e alunos recomendaram o uso de códigos de discurso, punindo aqueles que transgredissem esses códigos. Essa empreitada contra o discurso do ódio não foi inócua, várias universidades adotaram o uso dos códigos. Em contrapartida, a ideia original de combater comentários contra raças foi adotada e ampliada, aumentaram-se os números de características cujos discursos ofensivos contra elas eram proibidos, como idade, estado civil, condição de veterano. Esse esforço de controlar o discurso nas universidades começou a ser entendido pelos tribunais como censura, que declararam os códigos inconstitucionais (LEWIS, 2011).

O último caso de *hate speech* na jurisprudência norte-americana a ser abordado foi julgado em 2003. Trata-se do caso *Virginia vs. Black et al.* A Suprema Corte defendeu uma lei do Estado da Virgínia, lei essa que tornava crime a queima de cruzeiros que tinha como fito intimidar indivíduos ou grupos. Três pessoas foram condenadas com fundamento nessa lei, que foi declarada inconstitucional pela Corte do Estado da Virgínia, anulando as condenações. A Suprema Corte reverteu a decisão, alegando que a defesa de ideias racistas não pode ser punida, ao contrário dos atos de ameaça, que podem ser punidos. Essa decisão contrariou a do caso *R.A.V. vs. City of St. Paul*. A Corte entendeu que, de modo diferente ao que acontecera em *St. Paul*, a lei em questão penalizaria quem agisse contra qualquer pessoa ou qualquer grupo (SARMENTO, 2006).

Os americanos acreditam que o único remédio para maus conselhos são bons conselhos. O *hate speech* só é combatido nos Estados Unidos quando há o intuito de cometer atos de violência e de violação da lei, devendo ainda haver a possibilidade de esses atos ocorrerem iminentemente (LEWIS, 2011). A jurisprudência permite a defesa e a propagação de ideias racistas e radicais. É certo que as *fighting words* são combatidas, mas são repelidas com o objetivo de assegurar a ordem e a paz pública, em detrimento de qualquer tutela ao direito das vítimas (SARMENTO, 2006). Nesse sentido, o discurso do ódio é protegido pelo sistema americano, é garantido pela liberdade de expressão. As ideias recebem amparos, só encontram restrições quando podem ocasionar atos ilegais (*imediatos*). A Corte acredita que o discurso do ódio pode ser combatido com mais liberdade de expressão, não com a sua supressão (MEYER-PFLUG, 2009).

Nota-se que o princípio da igualdade, garantido pela Décima Quarta Emenda, não obteve destaque algum na jurisprudência norte-americana sobre o tema em análise. A discriminação racial, presente na história dos Estados Unidos, é ignorada pela Suprema Corte, que não viabiliza a igualdade racial. O constitucionalismo norte-americano e a cultura estadunidense atribuem maior valor à liberdade que à igualdade. O Estado é visto como inimigo, como alvo de desconfiança. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais também não recebe destaque no âmbito jurídico americano. O Direito americano, de forma contrária ao que a maioria das constituições ocidentais atuais preconiza, segue a linha de que os princípios e os direitos constitucionais obrigam o Estado, ignorando os particulares. O racismo e o preconceito perpetrados por parte do Estado e dos seus agentes públicos, por exemplo, violariam a Constituição (SARMENTO, 2006).

4.3 As peculiaridades do discurso do ódio na Alemanha

O discurso do ódio é inconstitucional na Alemanha, tendo em vista os danos à personalidade das vítimas que ele representa. Considera-se que essa posição é fruto das perseguições que ocorreram no período nazista, época em que os nazistas alemães perseguiam pessoas com base em suas características pessoais, principalmente aqueles indivíduos que eram judeus, portadores de deficiência, homossexuais ou ciganos. A lei alemã proíbe o discurso ofensivo que se baseia em características como raça, etnia, gênero ou aparência pessoal. A principal justificativa da proibição ao *hate speech* na Alemanha é a proteção à dignidade da pessoa humana. A dignidade humana é o valor central no sistema constitucional alemão, é considerada inviolável. A própria elevação da dignidade como centro da ordem jurídica desse país também é fruto das práticas nazistas. A dignidade humana, valor central da Constituição, não tem como foco a individualidade, pelo contrário, obriga o Estado a protegê-la e empreendê-la. A dignidade da pessoa humana irradia-se por toda a sociedade alemã e pelo seu sistema legal (EBERLE, 2002).

A Lei Básica da Alemanha, como é chamada a sua Constituição Federal, reconhece a liberdade de expressão em seu 5º art., por meio desse dispositivo, todos os indivíduos têm o direito de expressar livremente suas opiniões. O Código Penal desse país, por sua vez, proíbe ofensas, bem como legitima a defesa da paz pública. Nesse sentido, considera ilegais publicações que *incitem o ódio*. Qualquer forma de negação, mentira ou aprovação do Holocausto (*teoria revisionista*) também é punida. A Corte Constitucional alemã entende que tais dispositivos são restrições legítimas à liberdade de expressão. Proíbe-se, assim, o discurso

do ódio. A liberdade de expressão não é um direito sobrepujante na Alemanha, mas é um direito fundamental de grande importância para os alemães, como forma de buscar a verdade, validar o regime democrático e formar opiniões (BRUGGER, 2007).

A Corte Constitucional, ao julgar os casos que tratam da liberdade de expressão, utiliza o princípio da proporcionalidade. O entendimento adotado é que uma lei não pode limitar a liberdade de expressão, somente se for motivada por um interesse público relevante e que não se possa atingir o resultado por outro meio menos gravoso. Ademais, a análise do conteúdo de uma mensagem requer um aprofundamento no contexto linguístico e social em que ela foi feita, pois uma manifestação não pode ser punida se há outra interpretação da mensagem que não imponha uma penalidade. Importante salientar que a Alemanha pune o discurso do ódio dirigido a apenas uma única pessoa (difamação ou insulto a indivíduos). Penaliza o discurso de ódio contra grupos (difamação de grupos ou insulto coletivo), bem como proíbe o incitamento ao ódio, como anteriormente exposto (BRUGGER, 2007).

A difamação de grupos, tipificada no Código Penal alemão a partir do art. 185, ocorre quando estão presentes quatro requisitos. O primeiro estabelece que o grupo difamado não pode ser grande, deve ser pequeno. O segundo critério, por sua vez, estipula que as características das pessoas desse grupo devem distinguir-se das alheias, dos outros indivíduos da sociedade. O terceiro requisito impõe que a difamação deve ser contra todos os membros do grupo em questão, ao invés de ser contra membros individuais. Por fim, o insulto deve ser baseado em critérios imutáveis ou em critérios “que são atribuídos ao grupo pela sociedade maior que o rodeia, em vez de pelo próprio grupo, especialmente características étnicas, raciais, físicas ou mentais” (BRUGGER, 2007, p. 127).

Enquanto o art. 185 do Código Penal alemão protege as vítimas de difamação coletiva, o art. 130 dessa mesma legislação tem como fundamento a preservação da paz pública. O art. 130 repreende casos de difamação coletiva, mas apenas se incitarem atos de ódio contra setores da população. Esse preceito tem como finalidade evitar um ambiente hostil, favorável à ocorrência de crimes de ódio. Não é necessário que haja um *risco iminente* para que haja punição. O legislador alemão acredita que o estímulo ao ódio racial viola a dignidade e a honra de grupos minoritários. O incitamento ao ódio e o insulto coletivo têm um significado especial na Alemanha por conta dos casos envolvendo o Holocausto. Dois tipos de situações envolvendo esse tema podem ser individualizados: a mentira do Holocausto *simples* e a mentira do Holocausto *qualificada* (BRUGGER, 2007).

A mentira do Holocausto simples ocorre quando os defensores da teoria revisionista afirmam que o genocídio ocorrido na época do Terceiro Reich é uma farsa. Podem admitir ainda que os judeus foram assassinados, mas não de acordo com os números estimados ou por meio de câmaras de gás. A negação do Holocausto simples tem seu nível elevado quando, além de se afirmar que o Holocausto é uma mentira, há convocações gerais para que ações ocorram, ou ainda ideias normativas adicionais. A negação do Holocausto simples poderia ser entendida como exercício à liberdade de expressão de forma protegida. No entanto, o entendimento dos políticos da Alemanha e da jurisprudência – no âmbito dos tribunais e da Corte Constitucional Federal – é de que mesmo a mentira do Holocausto simples é identificada como difamação de grupos e incitamento ao ódio, um ataque à dignidade, à igualdade e à vida (BRUGGER, 2007).

O conceito de *democracia militante* também merece especial relevo na questão do discurso do ódio na Alemanha. De acordo com a democracia militante, o Estado deve agir com o escopo de proteger a democracia de eventuais “inimigos”, aqueles que não concordam com o ideal democrático e tencionam sua destruição, desorganização. A Constituição da Alemanha, com base no ideal da democracia militante, proíbe a criação de associações contra a ordem constitucional, bem como prevê a perda de direitos fundamentais para aqueles que abusem dos seus direitos no sentido de combater a ordem constitucional. Na década de 50, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade do Partido Socialista do Reich, de tendência neonazista, e do Partido Comunista Alemão. O posicionamento da Corte se deve à aplicação do art. 21 da Lei Básica, que proíbe que partidos, pelos seus objetivos ou pela conduta dos seus filiados, preconizem-se a atingir ou destruir a ordem constitucional libertária e democrática. Esse posicionamento de guardião da democracia militante tem sido abandonado pela Corte nas últimas décadas (SARMENTO, 2006). Tendo como base a breve análise do sistema constitucional alemão, a pormenorização no que diz respeito aos casos envoltos na temática será apresentada.

O caso *Lüth vs. Urteil*, julgado em 1958, confirmou a eficácia horizontal do direito fundamental à liberdade de expressão na Alemanha. Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburg e participante de um grupo que se propunha a resgatar a confiança dos judeus na Alemanha, promoveu um boicote à exibição de um filme do cineasta Viet Harlan, que já filmara uma obra de cunho antisemita. Também havia suspeitas de que o referido cineasta era cúmplice do nazismo na época do Terceiro Reich. Em primeira instância, o boicote foi condenado. A Corte reformou a decisão, aplicando o entendimento de que repreender o

boicote violaria a liberdade de expressão, ao passo que os direitos fundamentais também são oponíveis aos particulares. A conjuntura político-social teve papel importante nessa decisão, uma vez que o país temia a volta de expressões nazistas e queriam demonstrar que a cultura alemã sofrera mudanças após o Holocausto (MEYER-PFLUG, 2009).

Em 1991, o líder do partido conservador Nacional Democrata, Günther Deckert, promoveu uma palestra com um americano especialista na construção de câmaras de gás. Esse especialista defendia que, durante o período da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha não era capaz de criar câmaras de gás, por falta de tecnologia, concluindo-se, assim, que as câmaras não existiam e os judeus não foram assassinados por elas. Günther foi processado e condenado por ser organizador da palestra, com base no entendimento de que teria estimulado o ódio (MEYER-PFLUG, 2009). Caso parecido foi julgado pela Corte em 1994. O governo da Baviera decidiu que só permitiria a realização de um congresso de extrema-direita caso não fossem discutidas e defendidas as teorias revisionistas, negando-se o Holocausto e afirmando que ele foi invenção dos judeus. Essa condição foi proposta por conta de um dos convidados a participar desse congresso ter sido David Irving, o mais famoso defensor da tese revisionista. O governo entendia que se a teoria revisionista fosse defendida nesse evento, haveria violação à lei penal, pois os judeus seriam insultados. A Corte Constitucional alegou que negar o Holocausto não era manifestar uma opinião, mas afirmar um fato, afirmando ainda que declarações falsas sobre fatos não fornecem contribuições para a formação da opinião pública, ou seja, a liberdade de expressão não as escuda (SARMENTO, 2006).

Ainda em 1994, a Corte julgou se determinado livro deveria ser proibido de ser divulgado e vendido a menores de idade. O livro em questão tratava-se de “Verdade para a Alemanha: A Questão da Culpa sobre a 2ª Guerra Mundial”, que não negava o Holocausto. O livro afirmava que a responsabilidade pelo surgimento da Segunda Guerra não era da Alemanha, mas sim dos seus adversários, que trouxeram a nação germânica para o conflito. A Corte alemã entendeu que, nesse livro, havia mera manifestação de opinião, não a discussão de fatos inverídicos. Prevaleceu, assim, a liberdade de expressão. No mesmo ano, o Tribunal Constitucional julgou o caso *Tuchoslky I*, em que um cidadão foi condenado por ter um adesivo em seu carro com a frase “soldados são assassinos”. A condenação se deu por ele ter supostamente ofendido um grupo da população, os integrantes das Forças Armadas. A Corte anulou a condenação, pois concebeu que a liberdade de expressão do acusado fora violada, ao passo que interpretou sua manifestação como pacifista, não como uma acusação de homicídio aos soldados (SARMENTO, 2006).

O caso *Tucholsky II* se deu pouco tempo depois. Algumas pessoas distribuíram panfletos e cartazes com os mesmos dizeres (“soldados são assassinos”), tendo sido condenadas por isso. O Tribunal Constitucional interpretou o caso da mesma maneira: os acusados estavam pregando o pacifismo, manifestando suas opiniões, logo, a liberdade de expressão deles deveria ser protegida. Por fim, o caso *Titanic* foi julgado em 1998. A revista *The Titanic* publicara uma coluna com o título “as sete personalidades mais embaraçosas do mês”, nessa coluna havia a foto de um militar paraplégico com a identificação “assassino nato”. Tal militar, mesmo após ter sido reformado em vista de um acidente que causara sua paraplegia, revelou que queria continuar no Exército da Alemanha. O militar reformado, ofendido, enviou uma carta à revista, que publicou uma réplica a essa carta, afirmando que o fato de um *aleijado* desejar voltar ao Exército, que tem como objetivo aleijar e matar pessoas, era obsceno. A Corte invalidou a condenação no que se diz respeito à primeira publicação, que considerou ser uma manifestação pacifista contra o militarismo. A segunda publicação, contudo, motivou a condenação por danos morais. Os direitos da personalidade do militar, que fora humilhado pelo uso da palavra *aleijado*, sobrepujaram-se à liberdade de expressão, que foi utilizada de forma abusiva pela revista (SARMENTO, 2006).

A liberdade de expressão na Alemanha não é somente um direito fundamental individual dos cidadãos, é também um valor objetivo para o ordenamento constitucional democrático daquele país, inspirando ações positivas por parte de um Estado ativista (SARMENTO, 2007). Ou seja, o Estado deve agir positivamente, incentivando o pluralismo de ideias e corrigindo aquelas que são condenáveis (SARMENTO, 2006). Observa-se que a sucinta análise do sistema constitucional alemão no que diz respeito à liberdade de expressão e ao discurso do ódio é mais complexa do que se imagina. A Constituição da Alemanha coroa a dignidade da pessoa humana como sua base, como base de todo o ordenamento desse país, sendo *intangível*. A Constituição reconhece também a liberdade de expressão e a sua magnitude. A Corte Constitucional da Alemanha construiu uma jurisprudência a favor da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inclusive do direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, a liberdade de expressão cria obrigações para os cidadãos alemães nas suas relações interpessoais. Com efeito, mesmo sendo um posicionamento repellido por alguns, a Alemanha ainda proíbe a teoria revisionista, a negação do Holocausto. Em contrapartida, tem adotado posições que protegem a liberdade de expressão em alguns casos e, de maneira geral, repele o discurso do ódio.

4.4 Comparações entre os dois sistemas constitucionais

O sistema constitucional norte-americano é mais livre e revela um individualismo exacerbado, em que se protege de modo veemente a liberdade de expressão. Nas últimas décadas, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem evidenciado através de sua jurisprudência o ideal de um discurso livre, sem restrições. Os cidadãos norte-americanos são encorajados a pensar livremente, expressar suas ideias, discursar sem óbices e sem preocupações quanto ao controle governamental. A liberdade de expressão é o principal direito no ordenamento jurídico estadunidense, representando a própria liberdade. A Alemanha, em contrapartida, enxerga os integrantes de sua sociedade como sujeitos de direitos e deveres. A Corte Constitucional alemã pode analisar o conteúdo do discurso dos seus cidadãos para decidir se a expressão contribui ou não para a formação da opinião pública e se viola outros valores da sociedade. Os americanos valorizam as liberdades individuais, ao passo que os alemães priorizam a comunidade, a sociedade (EBERLE, 2002).

A jurisprudência da Corte Constitucional Federal demonstra que a liberdade de expressão na Alemanha não é compreendida como um direito fundamental *prima facie*. Isso, no entanto, ocorre nos Estados Unidos: a liberdade de expressão é praticamente irrestrita. Um dos motivos que justifica essa discrepância é justamente a disparidade entre os dois Textos Constitucionais. No direito americano, a liberdade de expressão é reconhecida já em sua Primeira Emenda à Constituição⁸. Já na Alemanha, a liberdade de expressão é prevista no 5º art. da Constituição, que ainda identifica limitações explícitas a esse direito. Ademais, a Lei Maior alemã assenta um rol de direitos que podem implicar limitações à liberdade de expressão. A Primeira Emenda, por sua vez, veda a criação de qualquer lei que restrinja a liberdade de expressão. Na Alemanha, a dignidade, a honra e a personalidade prevalecem no embate contra o discurso do ódio graças à sua Constituição. A Constituição americana, de modo oposto, não se manifesta a respeito desses valores (BRUGGER, 2007).

O discurso do ódio tem provocado debates na sociedade americana, tendo em vista que, no início da segunda metade do século XX, a liberdade de expressão era uma arma a favor dos direitos das minorias, principalmente as raciais, que lutavam pelo reconhecimento e pela defesa dos seus direitos. Quem se opunha a uma sociedade marcada pela igualdade,

⁸ Ressalta-se aqui a posição de destaque da liberdade de expressão na Constituição dos Estados Unidos. A Constituição não apresenta uma *carta de direitos*, que só se realizou por meio das *emendas*, por isso a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda é considerada o primeiro direito da Constituição estadunidense.

rejeitava o discurso livre. Em contrapartida, com o passar dos anos, a liberdade de expressão, protegida pela Suprema Corte, tornou-se um artifício utilizado para oprimir determinados grupos, grupos estigmatizados (SARMENTO, 2006). O Estado americano é dominado pela doutrina libertária e pela visão negativa das liberdades. A Alemanha, de modo inverso, é mais aberta ao ativismo estatal e as liberdades negativas e positivas exercem suas funções na sociedade.

Os Estados Unidos acreditam que as boas opiniões acabarão prevalecendo no debate público. Ademais, o *hate speech* já trouxe algumas vantagens na época da luta pelos direitos civis nesse país. A Alemanha encara o discurso do ódio como prejudicial, um discurso que viola os direitos humanos. Outro ponto importante no que concerne à abordagem da fala odiosa é o papel do Estado e a sua ingerência. Os americanos não acreditam no governo para interferir no discurso dos seus cidadãos e decidir se uma opinião merece proteção ou não, se é boa ou má. A Primeira Emenda protege o incitamento à ação, os chamamentos gerais para agir, o entendimento da Corte americana é de que a liberdade de expressão só não será protegida se houver o perigo *claro e iminente*. A Corte Constitucional da Alemanha não protege esses chamamentos e ainda penaliza a teoria revisionista, a negação do Holocausto. Os americanos proibem o *hate speech tarde demais*, ao passo que a jurisprudência alemã combate esse discurso *o mais cedo possível* (BRUGGER, 2007).

O modelo alemão de proteção à liberdade de expressão e combate ao discurso do ódio demonstra que o intolerante não é tolerado (SARMENTO, 2006). As Constituições dos dois países priorizam valores distintos, a liberdade de expressão ou a dignidade da pessoa humana. Nota-se que a diferença de tratamento nos Textos Constitucionais decorre, também, do momento histórico em que foram elaboradas. Nos Estados Unidos, a Constituição e a Primeira Emenda foram criadas em um contexto histórico de emancipação, após um período de revolta contra a colônia inglesa e de opressão por parte dela. Os americanos são caracterizados pela sua sociedade livre e individualista. A Lei Fundamental da Alemanha foi promulgada em 1949, após a descoberta do Holocausto e ainda sob a influência do trauma ocasionado pelos horrores nazistas. Compreende-se, dessa forma, a importância dada à dignidade humana, à honra e à sociedade, vista como um conjunto de indivíduos dotados de dignidade e em busca de um bem maior, o valor comunitário.

4.5 A liberdade de expressão e o discurso do ódio: a jurisprudência brasileira

Após a exploração feita acerca da liberdade de expressão, do discurso do ódio e da breve análise sobre as jurisprudências dos Estados Unidos e da Alemanha – países que são importantes no que diz respeito a esta temática –, é necessário entender como a jurisprudência brasileira trata esses assuntos. Serão apresentados alguns julgados e casos que se tornaram relevantes a fim de se compreender como a liberdade de expressão, o discurso do ódio, bem como o conflito entre eles é avaliado pelo Poder Judiciário e pela doutrina pátria. Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2007) relembra a importância que o Texto Constitucional conferiu à liberdade de expressão, não sendo ela, no entanto, absoluta. O direito fundamental à liberdade de expressão tem seus limites.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 consagra a missão de um engajamento no que diz respeito à construção de uma sociedade igualitária, sociedade esta que deve combater os preconceitos. O racismo tornou-se crime imprescritível, quebrando o mito da existência de uma “democracia racial” brasileira. Os direitos fundamentais e o princípio da igualdade não criam apenas obrigações para o Estado nas relações com os governados, pelo contrário, admite-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio: as relações entre particulares também são regidas pelos princípios e direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. Por exemplo, não é só o Estado que não pode discriminar os indivíduos. Os cidadãos e as entidades privadas devem agir em consonância com o Texto Constitucional, que não admite a discriminação, o preconceito e a intolerância (SARMENTO, 2006).

Ademais, o sistema constitucional brasileiro escuda a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana é a unidade de sentido da Lei Maior brasileira, que reconhece diversos princípios e direitos fundamentais – o que não poderia ser de outra forma, haja vista a pluralidade da sociedade que a Carta Magna tutela. Tais princípios e direitos integram um sistema, sistema este que depende da dignidade humana para ser interpretado. A dignidade da pessoa humana deve ser interpretada, também, como fator determinante para que o Estado aja, favorecendo e preservando a dignidade dos seus cidadãos (SARMENTO, 2006). Há um claro compromisso com a garantia ao direito da liberdade de expressão, ao passo que a discriminação e o racismo são proibidos, já que ofendem a dignidade humana, princípio ordenador do sistema constitucional brasileiro. Assim, a jurisprudência sobre a liberdade de expressão e o discurso do ódio é de importante relevo para este trabalho, visto serem temas

polêmicos e cujo tratamento do Poder Judiciário – e da própria sociedade – fomenta um intenso debate.

4.6 O Caso Ellwanger – precedente e caso paradigma: o julgamento histórico do STF

O caso em análise representou um marco no Direito brasileiro, na jurisprudência e para o próprio Supremo Tribunal Federal. Acirrou o debate em torno da liberdade de expressão e do discurso do ódio no país, temas ainda atuais e relevantes. Reputa-se que o caso Ellwanger é constantemente mencionado nos estudos sobre essas temáticas, tendo inspirado a produção de trabalhos científicos, dissertações, teses e inclusive de obras cujo inteiro teor se deu graças à análise desse julgamento histórico. José Emílio Ommati (2012, p. 3) ressalta a magnitude do caso e o porquê de tê-lo dissecado em sua obra:

Esse caso foi escolhido por várias razões: primeiro, porque o julgamento proferido pelo STF foi histórico, como reconhecido pelos próprios Ministros da nossa mais alta Corte de Justiça. E foi histórico em duas acepções distintas. Primeiramente, foi histórico em termos retrospectivos, ou seja, pela primeira vez na história institucional do STF, julgou-se um caso daquela natureza. Em segundo lugar, o caso foi histórico em termos prospectivos, isto é, a partir daquela decisão o Direito Brasileiro e o Supremo Tribunal Federal nunca mais seriam os mesmos. [...]

Os Ministros do STF foram sensíveis ao caso, justamente porque pela primeira vez na história nacional chegava ao STF, a mais alta Corte do País e o Tribunal responsável constitucionalmente por definir o que é a Constituição em termos institucionais, um caso versando sobre a prática de racismo e, portanto, sobre a correta delimitação dos princípios da igualdade e liberdade. Em outras palavras, era o próprio cerne do Direito, a própria forma constitucional (entendida como afirmação da igualdade e liberdade e, portanto, de uma comunidade de princípios) que estava em jogo.

Siegried Ellwanger, editor gaúcho e sócio da editora “Revisão Editora Ltda.,” escrevera obras de sua autoria e publicara outras obras por meio da referida editora, livros de teor antissemita. A teoria revisionista, que refuta e nega o Holocausto sofrido pelos judeus, contesta a perseguição perpetrada pelos nazistas durante o governo nacional-socialista, período em que pelo menos 6 milhões de judeus foram exterminados. “Holocausto, judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século”, “O Judeu Internacional” e “Conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra” foram alguns dos livros editados e publicados pela editora Revisão (BRASIL, 2003).

Em 1991, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul propôs ação penal em desfavor de Siegried Ellwanger, que foi denunciado por ter praticado o crime de racismo, com fundamento no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, sendo incurso no *caput* do art. 20 da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 8.081/1990. O órgão ministerial ressaltou em sua peça

acusatória o forte teor antissemita, racista e discriminatório das obras ligadas à editora do réu, livros que tinham o claro fito de instigar e suscitar a discriminação contra o povo judeu, fomentando sentimentos de preconceito, desprezo, repulsa e ódio contra essas pessoas de origem judaica. O art. 20, *caput*, da Lei 7.716/1989, com a alteração dada pela Lei 8.081/1990, penalizava aquele que praticasse, induzisse ou incitasse “pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional” (BRASIL, 2003).

Em primeira instância, o réu foi absolvido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entretanto, após apelação interposta pela acusação, reformou a sentença e condenou Ellwanger a dois anos de reclusão. O Superior Tribunal de Justiça conheceu o *habeas corpus* impetrado pelo paciente, cuja linha de defesa consistia basicamente na tese de não ter praticado crime de racismo conforme estabelecido na Constituição (inafiável e imprescritível). A pretensão punitiva estatal já estaria prescrita segundo o impetrante, tendo em vista que ele alegou ser incurso nas tenazes de outro crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989, conforme a redação da Lei 8.081/1990, que não é imprescritível. O STJ não reconheceu a tese de Ellwanger, não concedendo o *habeas corpus*. O editor e autor, não concordando com a decisão, impetrou novo *writ*. A autoridade coatora era o STJ. O STF decidiria, a partir de então, se aceitava a defesa de Ellwanger: *judeu não é uma raça*. Ou seja, o crime de racismo pelo qual fora condenado é impossível, teria cometido crime de discriminação – passível de prescrição.

O Ministro Moreira Alves foi relator do processo. Os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Moreira Alves votaram a favor da absolvição, concedendo a ordem e deferindo o *habeas corpus*. Os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence denegaram o *habeas corpus*. Nesse sentido, a tese de defesa do impetrante não foi acolhida pela maioria do STF, que denegou a ordem e manteve a condenação já confirmada pelo STJ. A decisão do STF não aceitou a premissa de imprescritibilidade adotada pelo réu.

Apesar de não acolher a tese de que os judeus não são uma raça, afastando a prescrição desejada por Ellwanger, o STF reconheceu que inexistem raças, a raça é apenas uma, *a raça humana*. O avanço da ciência comprovou, a partir do mapeamento do genoma humano, que as características físicas não são capazes de diferenciar biologicamente o homem, todos fazem parte da espécie humana, não subsistindo a tese de subdivisões entre os

seres humanos. O crime de racismo exige uma divisão entre os indivíduos, mas essa divisão é puramente político-social, que dá origem ao preconceito e, conseqüentemente, à discriminação e ao racismo. O conteúdo dos livros editados e publicados pela editora Revisão – inclusive alguns de autoria do paciente – alegam a inferioridade dos judeus, proclamando uma superioridade da raça ariana. Segundo as obras, os judeus deveriam ser punidos, segregados e exterminados (BRASIL, 2003).

Com efeito, o STF reconheceu que Ellwanger cometera, sim, crime de racismo conforme previsto na Constituição Federal. A defesa da inferioridade dos judeus, de que constituiriam um povo nefasto e indigno, contraria os valores reconhecidos e escudados pela Carta Magna e contraria também o próprio Estado Democrático de Direito. Segundo o STF, o racismo é uma conduta que não se harmoniza com as sociedades atuais, em que a respeitabilidade é um importante valor, bem como a dignidade da pessoa humana, que deve imperar. A conduta do paciente ofendeu o ordenamento jurídico brasileiro, não só o ordenamento infraconstitucional, mas principalmente o ordenamento constitucional. Ressalta-se que o STF reconheceu que o direito fundamental à liberdade de expressão é limitado, não é absoluto. Esse direito individual não é protegido quando condutas imorais e ilícitas são praticadas, como no caso em análise. O Tribunal afirmou que a incitação ao racismo é um limite à liberdade de expressão (BRASIL, 2003). A partir do exame geral de como a decisão majoritária se deu, iniciar-se-á uma breve análise com base nos votos dos Ministros e nas considerações doutrinárias.

Samantha Meyer-Pflug (2009) destaca que o conflito entre os direitos fundamentais – da liberdade de expressão, da dignidade dos judeus e da proibição ao racismo – não foi diretamente abordado, tendo em vista não ser o ponto central do *habeas corpus*. No entanto, alguns votos fizeram menção ao conflito. Por sua vez, José Emílio Ommati (2012) assevera que o alcance do termo racismo tal qual como empregado na Constituição Federal era apenas o aspecto superficial da questão, já que, ao votar, os Ministros (com a exceção de Moreira Alves) discutiam a liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio. A matéria foi resolvida com a utilização da ponderação de valores. Sabendo-se que o Ministro Moreira Alves centrou seu voto na questão do termo raça, destaca-se trecho de sua decisão:

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de

discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. (BRASIL, 2003, p. 13).

Nota-se que o Ministro Moreira Alves, em seu voto, considerou apenas a concepção do termo racismo empregado na Constituição de 1988. Para ele, a questão era simples, o crime de racismo dar-se-ia contra uma raça, e a Carta Magna restringiu o crime de racismo apenas contra a raça negra. O Ministro admitiu a existência de outras discriminações, mas sua interpretação da Constituição defendeu que o Texto Constitucional não havia tratado delas ao versar sobre o crime de racismo. Moreira Alves ainda destacou passagens evidenciando que os próprios judeus não se consideram uma raça. De tal forma, o relator acolheu a tese do impetrante e deferiu a ordem, usando o elemento histórico para interpretar a Constituição e delimitar a proibição ao crime de racismo apenas contra os negros, não contra a *religião judaica* (BRASIL, 2003).

O Ministro Marco Aurélio ressaltou a importância da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, relacionando esse direito fundamental ao regime democrático, em que exerce importante função. No seu voto, utilizou o princípio da proporcionalidade, pois reconheceu que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, podendo colidir com outros direitos fundamentais. As obras da editora de Ellwanger, segundo Marco Aurélio, demonstram claro preconceito, mas ao analisar o caso concreto a partir do postulado da proporcionalidade, o Ministro decidiu que a condenação do impetrante fora desproporcional e excessiva. Citou casos da jurisprudência internacional envolvendo a liberdade de expressão, como do direito alemão e do direito americano e fez um apanhado histórico do racismo nas Constituições brasileiras. Por fim, defendeu que o crime de racismo é imprescritível. Assim, deveria ser interpretado restritivamente – apenas contra os negros. Além do mais, os judeus não teriam histórico de discriminação na cultura brasileira, e a Constituição *foi feita para o povo brasileiro*, não para os alemães. Dessa forma, acolheu a tese do paciente, pois a liberdade de expressão neste caso deveria prevalecer (BRASIL, 2003).

O Ministro Carlos Ayres Britto também votou pela absolvição de Ellwanger. Carlos Ayres Britto entendeu que é possível, sim, a ocorrência de crime de racismo contra os judeus. No entanto, ao julgar o caso, decidiu que não vislumbrava o crime de racismo nas obras de Ellwanger, as quais afirmou ter lido com atenção. Segundo o Ministro, tecer uma ideologia não constitui crime. Na confirmação de seu voto, Carlos Ayres Britto disse que concedia o *habeas corpus* por não enxergar incitação ao ódio por parte de Ellwanger (BRASIL, 2003).

O Ministro Maurício Corrêa votou contra a concessão do *habeas corpus*. O Ministro salientou que a ciência não mais admite a subdivisão da espécie humana em raças, a genética aboliu esse entendimento. De tal forma, o racismo se distancia de qualquer conceito biológico, aproximando-se do viés social. O racismo deve ser interpretado de acordo com os fatores históricos, sociais e políticos que depreciam determinados indivíduos que pertencem a um grupo. Entendeu, assim, que o crime de racismo contra judeus é possível e a liberdade de expressão não garante o direito ao racismo. No mesmo sentido, o Ministro Nelson Jobim alegou que a edição de livros não configura a prática do crime de racismo, mas é um instrumento para propagá-lo, e o racismo é um fenômeno social, que pode vitimar os judeus. O Ministro Carlos Velloso não acolheu a tese de defesa, pois entendeu que a liberdade de expressão não deve ferir a dignidade da pessoa humana e reconheceu a incitação ao ódio na conduta racista do paciente, que hostilizou os judeus por meio da publicação de livros. Colhe-se do seu voto:

Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc. (BRASIL, 2003, p. 159).

O Ministro Sepúlveda Pertence seguiu a mesma linha de entendimento do Ministro Carlos Velloso, confirmando que o antissemitismo pode constituir crime de racismo, ao passo que o Ministro Cezar Peluso concebeu que os livros foram instrumentos utilizados pelo impetrante para instigar o preconceito e o ódio. A Ministra Ellen Gracie também denegou *writ*. Merece destaque o voto do Ministro Gilmar Mendes, que utilizou o princípio da proporcionalidade. Gilmar Mendes reiterou que o racismo, ao longo da história, tem se relacionado com o contexto histórico, bem como com o social. O Ministro frisou que o racismo não se coaduna com o princípio da igualdade e com a própria democracia. A liberdade de expressão deve ser harmonizada com a dignidade humana, não podendo violar valores essenciais à subsistência de uma sociedade pluralista.

É evidente a **adequação** da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja **necessária**, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio

constituente que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. [...]

A decisão atende, por fim, ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie. (BRASIL, 2003, p. 146-147, grifo do autor).

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou de forma clara a sua decisão, explicando o porquê de ter denegado o habeas corpus ao paciente Ellwanger. A proteção de uma sociedade pluralista, ameaçada pela publicação das obras pela editora Revisão, justifica a *adequação* da condenação, condenação também *necessária*, tendo em vista não haver meio menos gravoso. O requisito da *proporcionalidade em sentido estrito foi atendido*, também, pois a liberdade de expressão encontra limites, e a liberdade de expressão do condenado foi exercida de modo abusivo, ferindo a dignidade humana dos judeus, estimulando o ódio. O Ministro Celso de Mello também votou contra a concessão da ordem. Em seu voto, o Ministro ressaltou a importância e a transcendência do julgamento, que se devia ao tema do caso. Celso de Mello assevera que a Constituição garante o direito à *liberdade de expressão do pensamento*, mas esse direito não é absoluto. Aliás, o sistema constitucional pátrio não reconhece nenhum direito ou garantia como sendo de caráter absoluto. A dignidade da pessoa humana e o postulado da igualdade, segundo o Ministro, consistem em limitações externas à liberdade de expressão. Celso de Mello ainda reconhece o dever do Estado em promover ações que defendam a dignidade humana (BRASIL, 2003, p. 420):

[...] **atribuir**, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes, como neste caso, **culminem** por fazer instaurar tratamentos discriminatórios **fundados** em inadmissíveis ódios raciais.

[...] **aceitar** tese diversa significaria tornar perigosamente **menos intensa**, e socialmente **mais frágil**, a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, **especialmente aqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade**. (grifo do autor).

Nota-se que o Ministro Celso de Mello enfrentou diretamente o tema do discurso do ódio, tendo em vista o trecho acima destacado, em que ele utiliza o conceito tradicional da fala odiosa, quando reconhece que Ellwanger utilizou a liberdade de expressão para discriminar e incitar ódio racial contra um grupo *minoritário*, um grupo em situação de *vulnerabilidade*. O limite à liberdade de expressão conferida pela Carta Magna é exatamente a dignidade humana dos indivíduos. José Emílio Ommati (2012) entende que o Ministro Celso de Mello defendeu a tese de uma aparente colisão de direitos em conflito, visto que a Constituição Federal já optara pela dignidade da pessoa humana e pelo direito à igualdade, limitando, assim, a liberdade de expressão.

O julgamento histórico da Corte Suprema entendeu que a liberdade de expressão é um direito limitado e, no caso Ellwanger, um dos seus limites era justamente a prática do racismo e a dignidade humana. Samantha Meyer-Pflug (2009) faz um apanhado geral do julgamento do *habeas corpus*, acentuando alguns pontos discutidos pela Corte. O primeiro deles é o conceito de raça, que foi superado por meio de descobertas científicas. Deu-se, assim, um novo conteúdo à prática do racismo. O racismo passou a ser, então, a perseguição a grupos étnicos, religiosos, culturais, sociais ou de gênero. Reconheceu-se também que a dignidade do povo judeu sobrepunha-se, naquele caso, à liberdade de expressão. Outra questão discutida foi se existia a possibilidade de um livro ser utilizado como instrumento na prática do racismo. A maioria dos Ministros entendeu que obras literárias como as do paciente Siegfried Ellwanger constituem um meio idôneo para a prática do racismo, ponto ao qual a referida autora mostrou-se contrária, pois crê que os livros encontram-se no plano das ideias, não das ações, como quando há distribuição de panfletos, por exemplo.

Samantha Meyer-Pflug (2009) também entende que a discriminação contra o povo judeu, na história do Brasil, não foi acentuada. Ou seja, uma obra de caráter antissemita não teria o mesmo condão de provocar ódio racial como aconteceria com um livro que discrimina negros e indígenas. A autora também concorda com os Ministros vencidos, acreditando que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, mas deve ser restringida apenas em situações excepcionais, visto que uma decisão que limita a liberdade de expressão pode causar receio nos cidadãos, que não mais seriam encorajados a expor livremente suas opiniões. A utilização do princípio da proporcionalidade também se mostrou controversa. Dois ministros utilizaram tal princípio (Gilmar Mendes e Marco Aurélio), no entanto, a sua aplicação teve como consequência dois votos opostos.

O discurso do ódio deve ser proibido em nome da liberdade, da igualdade e da democracia constitucional. A imprescritibilidade e a inafiançabilidade do crime de racismo decorrem de uma posição acertada do constituinte de 1988 na defesa da igualdade e da liberdade. Defender que o crime de racismo é apenas contra *raças*, após o avanço da ciência, representa uma posição defasada e paradoxal. Uma vez que *raças não existem*, o crime de racismo seria um *crime impossível*. Ademais, a democracia na atualidade é caracterizada pelo respeito à diversidade, pela composição de indivíduos que se unem para realizar um projeto comum, pautado na dignidade humana, na igualdade e na pluralidade. A prática do racismo deve ser analisada caso a caso, entendida como a proibição do uso da comunidade – no espaço público ou no espaço privado – para humilhar os cidadãos parceiros desse projeto comum (OMMATI, 2012).

Com efeito, a liberdade de expressão no Brasil não encontra censura prévia. Não há discurso de ódio ou prática de racismo caso não seja exteriorizado, é necessário haver um debate público para saber se o discurso afronta ou não a dignidade humana e o princípio da igualdade. Entende-se também que história brasileira não foi escrita livre de preconceitos contra o povo judeu. Historiadores reconhecem que os indivíduos de origem judaica sofreram preconceitos e racismo desde a época colonial. Eram considerados impuros, mesmo quando convertidos ao catolicismo. Na década de 1930 esse preconceito foi acentuado, seguindo a tendência internacional adotada pelos governos totalitários. Demonstra-se que o preconceito contra os judeus não parou com o fim Estado Novo e a queda de Getúlio Vargas, a sociedade ainda adota a concepção do judeu como uma pessoa dominadora, exploradora, que só pensa em dinheiro (OMMATI, 2012).

O julgamento do caso Ellwanger foi um divisor de águas no Direito brasileiro. Samantha Meyer-Pflug (2009) discordou da decisão do STF, pois é a favor da permissão do discurso do ódio, crendo que a discussão pública deve ser favorecida, o debate não pode ser regulado e que a restrição à liberdade de expressão não é a melhor solução na luta contra o discurso do ódio. Leonardo Martins (2012) também se posicionou contra a decisão, ao considerar que uma medida menos gravosa deveria ter sido imposta ao condenado, e negar o habeas corpus teria violado o direito de Ellwanger à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. A maior parte da doutrina, porém, posicionou-se a favor da decisão. José Emílio Ommati (2012), apesar de criticar alguns votos e os critérios adotados no julgamento, concordou com a decisão final, que limitou a liberdade de expressão. Miguel Reale Júnior (2012) também entendeu que a condenação de Ellwanger foi medida cabível. Daniel

Sarmiento (2006) compreende que o posicionamento da Corte coibindo a prática do *hate speech* se configura como uma posição acertada.

Nota-se que a decisão do STF gerou repercussão jurídica e fomentou o debate sobre o discurso do ódio e racismo no Brasil. Limitar o conteúdo de raça à concepção genética é uma posição falha, bem como defender que o crime previsto na Constituição configurar-se-ia apenas contra os negros. A dignidade da pessoa humana é um princípio de extremo destaque na ordem constitucional brasileira, que não poderia ser ignorado em uma decisão proferida pela Corte que tem o dever de zelar e cuidar da Constituição Federal. O direito à igualdade, a proibição à prática do racismo e o direito à não-discriminação são indispensáveis na análise de casos como este. O voto do Ministro Celso de Mello foi louvável ao ter abordado a proteção a favor dos grupos minoritários e vulneráveis, enquanto o voto do Ministro Gilmar Mendes seguiu a mesma linha, enfrentando diretamente a questão do *hate speech*. Veja-se:

[...] nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício da 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 idéia de igualdade. (BRASIL, 2003, p. 433-435, grifo do autor).

Assim, a liberdade de expressão pode ser limitada, a própria Constituição reconhece tais limitações e os casos concretos podem impor outras, quando há colisão entre direitos fundamentais e bens constitucionais. Com temática semelhante, merece precisa abordagem o caso da escola de samba Viradouro. Em 2008, a escola de samba foi proibida pela Justiça do Rio de Janeiro de utilizar um carro alegórico com o tema Holocausto no desfile de carnaval daquele ano. Esse carro teria vários cadáveres nus empilhados e, sobre esses corpos, uma pessoa representando Hitler. A Federação Israelita do Rio de Janeiro (Fierj) moveu ação contra a Viradouro, tendo a pretensão reconhecida por liminar que impôs multa de 200 mil reais caso a escola desfilasse com o carro, uma multa adicional de 50 mil reais seria também imposta se algum membro da Viradouro estivesse fantasiado como o líder nazista. Na liminar, a juíza responsável afirmou que a manifestação carnavalesca não deve ser utilizada para cultivar o ódio, como ferramenta de racismo, banalizando eventos históricos bárbaros (FONSECA, 2008, *online*).

Os integrantes da escola de samba não descumpriram a decisão, desfilaram, no entanto, com uma mordaca na boca, em clara manifestação contra a censura (MEYER-

PFLUG, 2009). A decisão que proibiu o desfile do carro Holocausto no carnaval de 2008 pode ser compreendida como uma restrição indevida à liberdade de expressão. Nota-se que a escola de samba não tinha objetivo algum de incitar o ódio, promover através do desfile no carnaval uma manifestação de cunho odioso, praticar o discurso do ódio. Pelo contrário, relembrar um fato histórico tão importante como esse faz com que a memória dessa barbárie não se apague e novas atrocidades sejam repudiadas pela sociedade. Essa decisão difere-se do julgamento do caso Ellwanger, na medida em que no caso julgado pelo STF há manifesta violação à dignidade do povo judeu, defesa de ideias racistas e segregacionistas, enquanto neste há uma injustificada restrição à liberdade de expressão.

4.7 O caso Monica Iozzi

Abordar-se-á o caso envolvendo a apresentadora Monica Iozzi e o Ministro do STF Gilmar Mendes. Apesar de não envolver a questão do discurso do ódio, relaciona-se diretamente com os limites da liberdade de expressão. A saber, em uma postagem na rede social *Instagram*, Monica Iozzi publicou uma imagem do Ministro Gilmar Mendes com o questionamento “cúmplice?” transcrito na foto. Os dizeres “Gilmar Mendes concedeu Habeas Corpus para Roger Abdelmassih, depois de sua condenação a 278 anos de prisão por 58 estupros” foram escritos na legenda da imagem. Gilmar Mendes ajuizou ação em desfavor da apresentadora, alegando que sofrera ofensa pública à sua honra, à sua imagem pessoal e profissional, ressaltando a repercussão da publicação, tendo em vista a popularidade da autora da conduta, motivos pelos quais exigiu indenização por danos morais (BRASÍLIA, 2016).

A pretensão de Gilmar Mendes foi reconhecida pelo juízo de 1º grau e Monica Iozzi foi condenada a pagar 30 mil reais ao Ministro. A repercussão midiática da apresentadora, que também é atriz e comedianta, foi um dos fatores que causaram a sua condenação (BRASÍLIA, 2016). No entanto, reporta-se que essa restrição à liberdade de expressão da condenada mostrou-se indevida. Nos Estados Unidos, por exemplo, certamente a pretensão de Gilmar Mendes não seria reconhecida, haja vista a importância conferida à liberdade de expressão. Até mesmo na Alemanha, país que reconhece a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, positivou a dignidade humana como intangível e prevê restrições à liberdade de expressão em certas hipóteses, haveria a possibilidade da liberdade de manifestação do pensamento da apresentadora não ser limitada, como ocorreu no caso *Titanic*, anteriormente abordado.

O contexto em que a manifestação foi feita merece ser analisado. Gilmar Mendes havia concedido *habeas corpus* – em uma decisão do ano de 2009 – a um médico acusado por ter estuprado diversas pacientes. A atriz não foi a autora da imagem que publicou, apenas republicou o conteúdo. De qualquer forma, depreende-se que Monica Iozzi não criticou a pessoa Gilmar Mendes, mas o Ministro Gilmar Mendes, servidor público e representante da mais alta Corte do país, representante da Justiça e do Poder Judiciário. Ao lado da imagem de Gilmar Mendes que a apresentadora publicou no *Instagram*, na mesma rede social, veem-se uma sequência de imagens que demonstram protestos contra a *cultura do estupro* (e violência contra a mulher), tema bastante comentado no ano de 2016.

Nota-se que, à semelhança do caso *Titanic* na Alemanha, muito mais controverso, em que a primeira publicação da revista satírica foi entendida como uma manifestação a favor do pacifismo, o caso da apresentadora Monica Iozzi poderia ser facilmente compreendido como o uso da liberdade de expressão para fazer um protesto. Tem-se que o posicionamento da condenada contra a decisão de Gilmar Mendes representa uma crítica à sociedade, um inconformismo com a violência sofrida diariamente pelas mulheres, uma denúncia aos incontáveis casos de estupro. Sabendo-se que, muitas vezes, a justiça falha em apoiar as vítimas desses casos, por várias razões, Monica Iozzi criticou a decisão de Gilmar Mendes ao demonstrar que até mesmo o Poder Judiciário pode ser “cúmplice” desse mal. A liberdade de expressão não deve ser tolhida em uma situação como a descrita. A simples manifestação do pensamento com o condão de tecer uma crítica, neste caso, merece amparo constitucional.

4.8 O caso Mayara Petruso: ódio contra nordestinos no *Twitter*

Uma estudante do curso de Direito, insatisfeita por conta do resultado das eleições presidenciais no ano de 2010, com a vitória da candidata Dilma Rousseff, publicou mensagens ofendendo os nordestinos, tendo em vista ter sido o Nordeste a região onde a então candidata recebeu mais votos. Trata-se de Mayara Petruso, que utilizou a rede social *Twitter* para publicar mensagens como esta: “Nordestista (sic) não é gente. Faça um favor a Sp: mate um nordestino afogado!” O Ministério Público Federal denunciou a estudante, com fundamento no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989, que dispõe acerca de práticas discriminatórias ou preconceituosas com base no critério de procedência nacional, por exemplo. A lei aumenta a pena no caso da incitação à discriminação ou ao preconceito se dar por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza (SÃO PAULO, 2012).

Na sentença condenatória, reconheceu-se a incitação à discriminação presente nas mensagens da ré, discriminação em desfavor de pessoas de determinada origem do país. A rede social *Twitter* também foi caracterizada como meio de comunicação social. Mayara, ao declarar que nordestinos não são pessoas, negou-lhes a própria qualidade humana. Ademais, ressaltou-se o poder que a palavra tem: ao se externar um pensamento ou sentimento, muitos efeitos podem ser produzidos. A magistrada responsável pela sentença ainda trouxe à tona o conceito de estereótipos e a possibilidade de insultos e abusos verbais serem crimes de ódio (SÃO PAULO, 2012).

A condenação de Mayara Petruso mostrou-se acertada. O comentário feito pela jovem repercutiu e várias outras mensagens de cunho preconceituoso foram externadas. A Carta Magna do Brasil tem o evidente compromisso de combate ao preconceito, à discriminação e ao racismo. Atitudes que ferem a dignidade de milhões de indivíduos, apenas pela procedência nacional, a pretexto de uma manifestação política, não devem ser toleradas. A estudante negou aos nordestinos a própria condição humana, atribuiu valor ínfimo a um grupo de indivíduos. A liberdade de manifestação do pensamento não protege a prática de atos ilícitos, não se harmoniza com a prática de ilícitos penais, principalmente quando essas atitudes contrariam direitos tão preciosos para o ordenamento constitucional.

4.9 Outros casos de discurso do ódio nas redes sociais

A respeito do racismo e do discurso do ódio, outro caso pertinente ocorreu no ano de 2005. Marcelo Valle Silveira Mello, ao criticar o sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília, escreveu expressões ofensivas na extinta rede social *Orkut*. Inconformado com o sistema de cotas, Marcelo publicou que os negros são “burros, macacos subdesenvolvidos, fracassados, incapazes, ladrões, vagabundos, malandros, sujos e pobres”. O réu também proferiu por meio da rede social outras declarações ofensivas, como estas: “vcs macacos vão acabar na prisão mesmo”, “preto correndo é ladrão, preto parado é bosta”, ainda teceu discurso odioso contra as pessoas de procedência africana, bem como contra a cultura africana. O Ministério Público do Distrito Federal ofertou denúncia contra Marcelo Valle pela prática do crime de racismo, conforme o art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989. Após absolvição do réu, o Ministério Público interpôs recurso de apelação (DISTRITO FEDERAL, 2009).

O acusado era portador de distúrbio mental, um transtorno de personalidade emocionalmente instável. Caracterizaram-se, todavia, a capacidade do réu e o dolo ao

perpetrar sua conduta. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal reconheceu o direito à livre manifestação do pensamento garantido pela Constituição Federal, mas a liberdade de expressão não acoberta condutas criminosas, como o racismo. Dessa forma, o recurso do Ministério Público foi provido e o réu foi condenado (DISTRITO FEDERAL, 2009). Sabendo-se que o posicionamento do TJ/DF prestigia a liberdade de manifestação do pensamento, tem-se que Marcelo Valle poderia criticar livremente o sistema de cotas, a Constituição de 1988 reconhece o livre exercício ao direito da liberdade de manifestação do pensamento. Ora, fazer críticas contra algo não constitui crime. A liberdade de expressão, porém, assim como os outros direitos fundamentais, não é ilimitada.

A conduta de Marcelo Valle Silveira Mello teve o claro condão de desqualificar todo um grupo de indivíduos que se unem por causa de uma característica em comum, a cor da pele. O condenado utilizou o direito à livre manifestação do pensamento para praticar atos discriminatórios e propagar o racismo. Sob o manto de posicionar-se contrariamente a um sistema de *inclusão* do qual ele não gostava, insultou explicitamente e promoveu incitação ao ódio contra os negros. Rosane Leal da Silva *et al* (2011) observa que neste caso, por meio dos comentários discriminatórios e racistas, o negro foi tratado como intelectualmente inferior ao branco, como pertencente a uma cultura inferior (a cultura africana) e Marcelo Valle ainda proferiu ofensas gratuitas e sem nenhuma conexão com o tema das cotas. Criou uma situação propícia à incitação, ao passo que estimulou um antagonismo entre brancos e negros.

Marcelo Valle Silveira Mello foi o primeiro condenado por racismo na internet no Brasil. De modo curioso, o condenado continuou a praticar o discurso do ódio nos anos seguintes. Marcelo utiliza a *internet* como meio de propagação do *hate speech*. O discurso do ódio proferido por ele não mais se volta apenas contra os negros, agora as vítimas são também as mulheres, os gays, os judeus, os nordestinos, entre outros grupos. Marcelo Valle, por manter um site que pregava o ódio contra esses grupos, foi novamente condenado pelos crimes de incitação à discriminação ou preconceito de raça e incitação à prática de crime (FURQUIM, 2013, *online*). O discurso do ódio proferido por Marcelo, contra vários grupos, ganhou a simpatia de outras pessoas e alguns seguidores e adeptos das “causas”, o que evidencia o enorme potencial danoso da fala odiosa.

Um caso peculiar é o do promotor de justiça Rogério Leão Zagallo, que utilizou a rede social *Facebook* para expressar discurso de ódio contra manifestantes. O promotor sofreu processo disciplinar e foi penalizado com censura. O Conselho Nacional do Ministério

Público (CNMP) entendeu que seria necessária uma censura mais gravosa, oportunidade em que impôs a Rogério suspensão por 15 dias. A Associação Paulista do Ministério Público impetrou mandado de segurança a favor do promotor e contra a decisão do CNMP por ter agravado a penalidade. A Corte não deu procedência ao mandado de segurança, entendendo que o STF não é instância recursal de decisões administrativas, como a do CNMP, que agiu conforme suas atribuições estabelecidas pela Constituição. Veja-se o teor da manifestação odiosa:

‘Estou há duas horas tentando voltar para casa, mastem um bando de bugios revoltados parando a Faria Lima e a Marginal Pinheiros. Por favor alguém pode avisar a Tropa de Choque que essa região faz parte do meu Tribunal do Júri e que se eles matarem esses filhos da putaeu arquivarei o inquérito policial. Petistas de merda.Filhos da puta. Vão fazer protesto na puta que os pariu...Que saudades da época em que esse tipo de coisa era resolvida com borrachada nas costas dos medras’ (BRASIL, 2015, p. 6).

O STF não analisou o conteúdo da manifestação, ao passo que é certo o seu enquadramento como *hate speech*. Rogério ofendeu indivíduos que poderiam estar unidos por conta de ideologia política ou outros fatores, não fazendo parte de grupos estigmatizados ou vulneráveis. Ainda assim, vê-se o conteúdo odioso da publicação de Rogério. Há claro insulto aos alvos da fala odiosa do promotor. A instigação também está presente: Rogério faz incitação ao ódio e à prática de atos violentos. Tal discurso não deveria estar protegido pela liberdade de expressão e é um dos exemplos da nocividade do mau uso das redes sociais, ambiente em que esse tipo de discurso é cada vez mais propagado.

Ainda nas redes sociais, nos últimos anos, alguns casos de ataques contra personalidades chamaram a atenção da mídia e do público. Em 2015, Maria Júlia Coutinho, jornalista de um telejornal, foi vítima de racismo por conta de comentários ofensivos à sua pessoa na página do jornal – na rede social *Facebook* – em que trabalha (G1, 2015, *online*). Meses depois, a atriz Taís Araújo teve a sua página pessoal da mesma rede social atacada por vários comentários de cunho racista e ofensivo. “Cabelo de esfregão”, “negra escrota”, “macaca”, “Entrou na Globo pelas cotas” e “Já voltou pra senzala?” foram alguns dos comentários escritos contra a atriz no *Facebook*. Cris Vianna, atriz brasileira, também foi alvo de comentários racistas nessa rede social. Além desses episódios, Sheron Menezes (igualmente atriz) foi vítima de racismo na rede social *Instagram* (CORREIO 24 HORAS, 2016, *online*). Reporta-se que outras celebridades também foram vítimas de mensagens racistas, como as cantoras Preta Gil e Ludmilla. O ator Bruno Gagliasso formalizou queixa,

em novembro de 2016, por conta de comentários racistas que sua filha, Titi, recebeu na rede social *Instagram* (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016, *online*).

Nos Estados Unidos, uma funcionária de uma pequena cidade do interior do Estado da Virgínia publicou no *Facebook* o seguinte comentário: "Será revigorante ter uma primeira-dama requintada, bonita, digna na Casa Branca. Estou cansada de ver uma macaca de salto". A prefeita dessa cidadezinha, por sua vez, respondeu à postagem: "Acabei de ganhar o dia, Pam". A funcionária foi demitida, enquanto a prefeita renunciou ao cargo (BBC, 2016, *online*). A "macaca de salto" trata-se de Michelle Obama, esposa do atual presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, o primeiro presidente negro dessa nação. Percebe-se que o discurso do ódio e o racismo estão presentes em várias sociedades. Os Estados Unidos apresentam-se como um país controverso e onde o racismo ainda é acentuado, onde a política tem fomentado discussões e ataques contra grupos minoritários e vulneráveis. Nota-se, ainda, que a internet, por meio das redes sociais e das mídias digitais, tem sido o meio mais frequentemente utilizado para propagar o *hate speech*. Nesse sentido, discorrer-se-á brevemente acerca dessas mídias e da internet, estabelecendo uma relação com o discurso do ódio e os seus efeitos nocivos.

4.10 As mídias digitais e o discurso do ódio na internet

A internet, que hoje é parte do dia a dia de bilhões de pessoas e milhões de brasileiros, surgiu com o avanço da tecnologia. O meio online tornou-se ambiente onde os indivíduos agem e fazem determinadas coisas que anteriormente faziam apenas pessoalmente, fora do mundo digital. Pagar contas, comprar produtos, ler jornais, assistir a filmes, realizar audiências judiciais, exercer o direito fundamental à *liberdade de expressão* e à *livre manifestação do pensamento*. Tudo isso pode ser feito por meio da internet. Atualmente, as mídias digitais, as redes sociais, os fóruns e os blogs têm formado o campo em que os cidadãos mais expressam as suas opiniões.

Com efeito, a internet firmou-se como uma poderosa ferramenta na divulgação de informações e opiniões. A utilização de blogs e redes sociais fomenta o debate acerca dos limites à liberdade de expressão no meio online. A violência urbana, por exemplo, é um dos motivos pelos quais a internet tem sido mais utilizada para manifestar opiniões. Além da violência urbana, outros fatores fazem com que a cidade e as ruas sejam locais de passagem, não mais propícios a manifestações. A internet tem o condão de possibilitar e potencializar o

alcance de um discurso meramente pessoal, alcance maior, às vezes, que na televisão ou no rádio. Alguns enxergam a internet como um espaço anárquico, sem regras. Os indivíduos escrevem comentários e conteúdos desprovidos de razão, senso crítico, o que pode empobrecer o debate público (CONRADO, 2014).

É importante destacar que a internet difere-se dos outros tipos de mídia, como a televisiva ou a impressa, tendo em vista que aquela não é centralizada – não há um órgão ou administração centralizada. A internet caracteriza-se pela sua descentralização. Vários computadores e redes independentes conectam-se para transferir dados, não há um controle da informação. Com a televisão, o rádio ou o jornal, os telespectadores, os ouvintes ou os leitores apenas recebem informações, não há uma maior interação com o conteúdo transmitido e recebido. Já com a internet, o usuário envolve-se ativamente, participa também na produção do conteúdo. O usuário não só recebe dados e informações, mas também as transmite a outros indivíduos. O conteúdo encontrado no mundo online, dessa forma, é continuamente construído pelos usuários (NASCIMENTO, 2009).

A internet é uma fonte de informações. Notícias, imagens, vídeos e textos sobre os mais diversos assuntos são facilmente encontrados em sites. A internet tem se tornado uma fonte de divulgação de pensamentos, de ideias. Ademais, a internet tem sido utilizada como meio de comunicação, seja por meio de e-mails, salas de bate-papo, entre outros sites ou programas que permitem a troca instantânea de mensagens. Com o fito de possibilitar a comunicação entre os seus usuários, surgiram as redes sociais (NASCIMENTO, 2009). Os sites, as mídias digitais e as redes sociais agilizaram a troca de informações e mostraram-se como ferramentas através das quais os indivíduos expressam-se livremente e de forma bastante rápida a respeito dos mais diversos assuntos e conteúdos.

A liberdade de manifestação do pensamento, potencializada pela internet, exercida no mundo virtual não causa só benefícios, também acarreta questões, adversidades e alguns problemas, quando exercida de forma abusiva. O discurso proferido na internet difere-se do discurso reproduzido através de outros meios, haja vista algumas peculiaridades: na internet, há uma incalculável amplitude do alcance da manifestação externalizada, a informação online possui um caráter quase que permanente e há uma facilidade de acesso a essas informações. Qualquer pessoa do mundo que esteja conectada à rede mundial de computadores pode ter acesso a um comentário ou texto veiculado através de sites, mesmo que restritos, já que algum usuário pode reproduzir o seu conteúdo. O caráter permanente das informações se dá ao passo

que, ao serem reproduzidas, dependem de uma interferência humana para que sejam excluídas do mundo digital, do banco de dados online. O nível de permanência de dados e informações na internet é máximo. Ademais, esses dados, informações e opiniões podem ser encontrados pelos usuários da internet com facilidade, os indivíduos não despendem muito tempo ou esforço para acessá-los (NASCIMENTO, 2009).

Nesse sentido, cumpre observar que as redes sociais têm acumulado importância inusitada no mundo atual, em virtude de serem plataformas de conexão e comunicação entre os indivíduos. Não há óbices temporais ou espaciais para que a liberdade de expressão seja fruída na internet. As redes sociais se constituem como plataformas digitais criadas para promover a troca de informações, experiências, opiniões, interesses e gerar um espaço online de convivência para os seus usuários. São tão significativas atualmente que até campanhas políticas são feitas por meio das redes sociais. Movimentos e revoltas sociais nos últimos anos tiveram origem nelas. As pessoas se unem independentemente de fronteiras geográficas, políticas e outros obstáculos. Os indivíduos encontram nas redes sociais uma ferramenta favorável à manifestação de opiniões pessoais. Ademais, tem-se uma falsa sensação de intimidade e proteção na internet e nas redes sociais, mesmo com o potencial de proliferação dos conteúdos veiculados por meio dela. Os cidadãos, na internet e nas redes sociais, sentem-se com maior poder frente aos outros meios de comunicação de massa (ARRIETA ZINGUER, 2014).

As redes sociais possibilitam a segmentação de pessoas e contatos em virtude de interesses comuns, gostos, características etc. Viabilizam, ainda, a participação ativa dos cidadãos na formação da opinião pública, da forma mais interativa possível. Há uma *democratização da informação* (e também da opinião). Até mesmo através de um celular, alguém pode publicar um comentário no *Facebook*, uma foto no *Instagram*, um vídeo no *Youtube* ou publicar um *tweet*. Como exposto, conteúdos nocivos e perigosos também podem ser divulgados nas mídias digitais. Conteúdos que incitam ao ódio fazem apologia a ideias extremistas e ferem a dignidade humana são comumente encontrados e reproduzidos na internet (ARRIETA ZINGUER, 2014).

O problema do *hate speech* ganhou nova feição por conta da internet e das mídias digitais. É certo que o discurso do ódio proferido através da internet tem um amplo alcance, propagação, é facilmente visualizado e pode continuar por anos na rede mundial de computadores. Ao passo que o advento da internet propicia a ativa participação do cidadão na

formação da opinião pública, potencializa a informação e a comunicação, percebe-se também uma baixa qualidade nas informações e nas opiniões veiculadas. A rapidez e a facilidade, que são características próprias das mídias digitais, fazem com que o debate torne-se menos racional e com que os indivíduos publiquem até mesmo fatos inverídicos.

Ademais, a ausência de uma regulamentação certa no que concerne aos conteúdos online, juntamente com a falsa sensação de privacidade e proteção, resulta em um ambiente hostil e favorável à exteriorização do discurso do ódio. Ressalta-se que alguns usuários ainda podem criar perfis anônimos para publicar conteúdos e comentários, dificultando a identificação da autoria da fala odiosa, bem como contrariando a vedação ao anonimato imposta pela Constituição. O presente estudo prefere o termo *mídias digitais* – em detrimento de redes sociais – por conta do seu significado ser mais abrangente. As mídias digitais, por exemplo, englobam sites de notícias, que atualmente dispõem de ferramentas em que os leitores podem comentar os mais variados fatos e notícias, e esses comentários podem ter o claro cunho preconceituoso, discriminatório e racista, sendo o discurso do ódio travestido de liberdade de manifestação do pensamento.

4.11 Por que o discurso do ódio deve ser proibido

Há o pensamento que a liberdade de expressão pode ser uma ferramenta hábil para que se encontre a verdade. A liberdade de expressão, dessa maneira, é vista como um instrumento para que a sociedade obtenha respostas a algumas questões, respostas que seriam encontradas no embate entre ideias, no debate livre, em que as melhores ideias prevaleceriam. A busca da verdade faz com que a liberdade de expressão seja garantida de qualquer forma, protegendo até mesmo opiniões que pareçam erradas ou desprezíveis. Esse direito fundamental serviria, ainda, para o bom funcionamento do *mercado de ideias*, haja vista que o “mercado” decidiria qual ideia é a mais certa, a partir do embate livre entre as variadas opiniões. Sem dúvidas, a liberdade de expressão é crucial para o estabelecimento e desenvolvimento da democracia. A vontade coletiva é formada a partir do concatenamento de ideias e opiniões dos cidadãos (SARMENTO, 2006).

A liberdade de expressão relaciona-se intimamente com a autonomia dos indivíduos, o ser humano possui a necessidade natural de comunicar-se. A dignidade humana concretiza-se, também, a partir do exercício desse direito fundamental. Privar um indivíduo do direito a exprimir livremente suas opiniões significa privá-lo da sua capacidade de realização

individual. Impede-se, assim, que essa pessoa busque seus projetos e objetivos de vida. A formação da opinião não está ligada apenas à figura do emissor, mas também à figura do receptor dos discursos. A sociedade como um todo perde quando o direito à liberdade de expressão é tolhido. Proibir a livre expressão de ideias implica efeitos nocivos à autorrealização e ao livre desenvolvimento da personalidade. Defende-se que uma sociedade plural, de igual forma, deve promover a tolerância, repudiando condutas estatais que impeçam a circulação de ideias. Mesmo que as ideias sejam abomináveis, elas deveriam ser toleradas (SARMENTO, 2006). Argumenta-se também que o discurso do ódio deve ser permitido, pois ele faz com que os cidadãos lembrem que ideias repugnantes existem e devem ser combatidas (LEWIS, 2011).

A liberdade de expressão como ferramenta que propicia a busca da verdade necessita de um ambiente em que todos possam expor suas opiniões. Ambiente onde os cidadãos respeitem-se mutuamente e enxerguem uns aos outros como *livres e iguais*. O autogoverno e a democracia de um povo também dependem do reconhecimento da igualdade e da dignidade humana de todos os indivíduos. O discurso do ódio, por sua vez, só causa danos ao desenvolvimento do processo democrático. A proibição à fala odiosa revela-se justamente como uma ferramenta indispensável para que o debate público siga com integridade. O pluralismo, característica de uma democracia constitucional, impõe o reconhecimento da dignidade e da igualdade dos governados. Restringir a liberdade de expressão por causa do *hate speech* não se configura como uma ameaça à democracia, mas como um instrumento necessário para sua consolidação (SARMENTO, 2006).

É certo que a garantia ao direito da liberdade de expressão do pensamento fundamenta-se na liberdade individual do emissor, assim como na figura do receptor, que pode ser um indivíduo ou a sociedade, que ganha com a veiculação de ideias. Por causa da sociedade e dos indivíduos que podem ser os receptores das opiniões, contudo, registra-se que o discurso do ódio não deve ser permitido. Os alvos das manifestações odiosas são vítimas do exercício abusivo de um direito. A autonomia e a capacidade de autorrealização dessas pessoas são prejudicadas. O *efeito silenciador* do discurso do ódio, prejudicial às suas vítimas, também acomete a sociedade, que similarmente padece por conta desse discurso. Reputa-se a existência de defensores no sentido da não proibição ao discurso do ódio por causa da tolerância que a sociedade deve fomentar. Tolerar manifestações repulsivas possibilitaria o desenvolvimento do autocontrole emocional das pessoas. Essa tese não merece respaldo, haja vista o oneroso ônus que causa às vítimas do *hate speech*. Parte da sociedade pode repudiar o

discurso do ódio, mas a vítima é quem mais sofre com ele – vítima ou vítimas que muitas vezes pertencem a grupos estigmatizados, vulneráveis, que convivem com o preconceito constante (SARMENTO, 2006).

Permitir livremente o discurso do ódio, sem maiores embaraços, ao invés de ajudar na construção de uma sociedade mais tolerante, tornaria essa sociedade, provavelmente, ainda mais preconceituosa e intolerante, com a disseminação do preconceito. O Estado não deve tolerar práticas ilícitas e abusivas, pelo contrário, deve coibi-las e evitar que elas aconteçam. Punir quem lesiona direitos e auxiliar as vítimas são deveres estatais (SARMENTO, 2006). Ressalta-se que os direitos fundamentais não criam obrigações somente para o Estado, a eficácia horizontal desses direitos demonstra o contrário. Rômulo Conrado (2014) sustenta que a liberdade de expressão não pode ser exercida em detrimento da dignidade da pessoa humana. Os indivíduos não podem ser tratados como objetos e coisificados a pretexto do exercício da livre manifestação do pensamento.

Uma sociedade que proíbe o discurso do ódio não deve ser caracterizada como totalitária ou opressora, é uma sociedade que reconhece a importância da dignidade da pessoa humana. O *hate speech* é uma conduta que contraria o princípio da igualdade, já que alguns indivíduos são tratados como inferiores. Os emissores da fala odiosa desqualificam as suas vítimas, acreditam que elas não merecem ter suas opiniões expressadas e defendidas. Os propósitos da liberdade de expressão – tolerância e pluralismo – são diretamente feridos pelo discurso do ódio (CONRADO, 2014). A omissão estatal no sentido de permitir manifestações odiosas, de tolerá-las, transmite uma ideia perigosa: as vítimas acreditam que o Estado não as combate por acreditar que essas condutas não são erradas ou até por concordar com o conteúdo do discurso do ódio. As vítimas, já amedrontadas e silenciadas, ainda acham que a sociedade e o Poder Público concordam com tais manifestações. O Estado torna-se cúmplice do *hate speech* (SARMENTO, 2006). Nesse sentido:

Tudo quanto indigne o homem por outro é criminoso; tudo quanto o indigne partindo de ação ou omissão estatal é contrário ao próprio Estado Democrático e define a nulidade absoluta do comportamento ou da política que tanto a conduza com a responsabilidade de quem tenha assim atuado em nome da pessoa política. (ROCHA, 2001, p. 56).

Sabe-se que o Estado Democrático de Direito está fundado em valores como o da igualdade e o da liberdade. A questão do discurso do ódio coloca em debate direitos essenciais para uma sociedade democrática: a liberdade de expressão e o direito à não-

discriminação. A discriminação compromete a própria ideia de igualdade. Saber se o discurso do ódio pode ser proibido ou não traz à tona outra questão clara: a liberdade de expressão não é absoluta. A liberdade de expressão não pode ser exercida livremente, de modo que viole a dignidade humana dos demais, bem como o princípio da igualdade. O pluralismo faz com que seja mister o respeito às diferenças (MENDES, [200-?]). Sobre a dignidade humana e o preconceito, Cármen Lúcia Rocha (2001, p. 51-62) ilustra:

Toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano é injusta. Toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana. [...]

Toda forma de preconceito é indigna e a sua manifestação é antijurídica. Lesa-se por ela o princípio enfatizado neste estudo. A exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade [...].

A dignidade da pessoa humana é núcleo de conteúdo dos direitos fundamentais. Expressar livremente pensamentos e ideias é concretizar a dignidade humana. Uma sociedade livre, plural e igualitária reconhece a magnitude desse direito. Quando a liberdade de expressão, porém, ultrapassa limites, como no caso do discurso do ódio, e viola a dignidade dos demais membros da sociedade, não há de se falar em liberdade de expressão *ilimitada*, ao passo que sequer o Texto Constitucional a reconhece de tal forma. O discurso do ódio não deve ser permitido, seus danos podem ser incalculáveis, ferem a dignidade de um ser humano, de um grupo de seres humanos, fere a dignidade da sociedade.

Com princípios como a dignidade humana, da igualdade e da pluralidade em jogo, juntamente com o direito à não-discriminação e o combate ao preconceito e ao racismo, condutas nocivas ao Estado Democrático de Direito não devem ser permitidas. O *hate speech* é uma dessas condutas e não deve ser tolerado. O discurso do ódio não se coaduna com a democracia. Os danos provocados pela fala odiosa são vários e não podem ser olvidados. As vítimas do discurso do ódio não podem ser esquecidas. Essas vozes são caladas por um discurso ofensivo e opressivo. Vozes essas que muitas vezes já são tímidas por conta do preconceito, da discriminação, dos estereótipos, da estigmatização. Autorizar o discurso do ódio é permitir um ataque deliberado à dignidade humana da vítima, das vítimas e da sociedade, que sempre sofre com esse tipo de discurso.

4.12 Peculiaridades e fatores a serem observados em casos envolvendo o discurso do ódio

O combate ao preconceito é uma das razões para que se restrinja a liberdade de expressão quando o discurso do ódio é configurado, o que é uma posição adequada, tanto

juridicamente, como moralmente. O Estado não deve censurar e proibir todas as ações preconceituosas e intolerantes, ou manter-se-ia, assim, uma ambiente composto por cidadãos amordaçados. Deve-se buscar um *caminho do meio*, com a análise de cada particularidade dos casos que envolvam os interesses constitucionais, como o da liberdade de expressão (SARMENTO, 2006). José Emílio Ommati (2012) acredita que a Constituição, ao proibir o discurso do ódio através da criminalização do racismo, pretende desenvolver uma sociedade de pessoas livres e iguais.

Limitar esse discurso não significaria limitar a liberdade de expressão, pois não se trataria de liberdade de expressão, mas do seu uso para negar direitos fundamentais. A liberdade de expressão não protege a manifestação de qualquer ideia, o limite encontra-se na dignidade e na igualdade dos outros indivíduos. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o direito à liberdade, à liberdade de expressão e a proibição à prática do racismo devem ser interpretados conjuntamente, fazendo com que se conclua que o Texto Constitucional comprometeu-se com a fundação de uma sociedade democrática de cidadãos que se tratam com respeito e consideração mútua (OMMATI, 2012). Não se pode olvidar, ademais, que a Constituição Federal explicitamente repudia o preconceito e a discriminação.

A busca pelo caminho do meio, em que a comunidade não deve ser censurada por qualquer manifestação e que o discurso do ódio não seja permitido, impõe a adoção da ponderação, que é pautada pelo princípio da proporcionalidade (SARMENTO, 2006). Em casos em que a liberdade de expressão esteja em confronto com o discurso do ódio, tem-se o conflito daquele direito fundamental de um lado, contra a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade de outro. Sobre a proporcionalidade, Jane Reis Gonçalves Pereira (2011) esclarece que ela deve ser adotada por se entender que os direitos fundamentais e os bens constitucionais são princípios. É um critério para que se alcance uma melhor interpretação nos casos constitucionais. Através da proporcionalidade, decide-se como os direitos fundamentais e bens constitucionais devem ser realizados da melhor forma nos casos concretos. Nesse sentido, colhe-se a lição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2012, p. 163):

As principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas. Primeiro, a *interpretação sistemática da Constituição*, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. Segundo, o *critério da proporcionalidade* [...] (grifo do autor).

No mesmo sentido, Humberto Ávila (1999) leciona que a solução da colisão entre princípios pressupõe o dever de proporcionalidade. A partir de uma determinada situação concreta, verificar-se-á qual dos princípios possui maior relevância naquela circunstância. Não há uma ordem de preferência entre os princípios no campo abstrato, visto que não se pode saber quais teriam primazia em condições ainda desconhecidas. A solução deve melhor realizar os princípios colidentes a partir de uma ponderação. As possibilidades fáticas provocam o dever de adequação e necessidade. Já as possibilidades normativas, por sua vez, implicam a imposição da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três dimensões. O processo para que se restrinja um direito fundamental por meio da proporcionalidade exige o exame do subprincípio da idoneidade (ou da adequação). A restrição ao direito fundamental há de ser idônea para que se atinja um fim constitucionalmente legítimo. O subprincípio da necessidade – ou da indispensabilidade, do meio menos restritivo, da intervenção mais restringida possível e do direito à menor desvantagem possível –, por sua vez, proíbe os excessos. A dimensão da necessidade faz com que se considerem as medidas restritivas ao direito fundamental em questão, a fim de que se escolha a menos lesiva e gravosa a esse direito. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito infere que haja um equilíbrio entre o grau de restrição do direito fundamental e a importância da realização do princípio que esteja colidindo com ele e fundamenta essa restrição (PEREIRA, 2011).

O que se busca com a restrição à liberdade de expressão nos casos envolvendo o discurso do ódio é a proteção da dignidade humana, da igualdade, do direito à não-discriminação, que são fins constitucionalmente legítimos. Não impor limites à liberdade de expressão, no caso do *hate speech*, provocaria muito mais malefícios e danos que benefícios, conforme já se destacou ao longo deste estudo. Ou seja, a intervenção é justificada. Limitar a liberdade de expressão não é uma medida louvável em uma sociedade democrática, mas é uma atitude que se impõe quando a dignidade humana é violada de tal forma que não haveria outra maneira de preservá-la – e para garantir um melhor desenvolvimento da sociedade e preservação dos direitos das vítimas do *hate speech*. De tal forma, atende-se ao subprincípio da necessidade e também da proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista que os princípios e os direitos que colidem com a liberdade de expressão têm uma ampla relevância e os bens jurídicos protegidos pela liberdade de expressão estariam ainda mais ameaçados caso o *hate speech* fosse permitido. Ao passo que, também, o ordenamento constitucional adota a dignidade humana como base dos próprios direitos fundamentais.

Ademais, a dignidade da pessoa humana também há de exercer função proeminente no conflito entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio. A dignidade humana não é tão somente um princípio que se viola quando o discurso do ódio é manifestado, ela exerce papel na interpretação constitucional. Como visto, a dignidade humana é núcleo de conteúdo dos direitos fundamentais, é limite imanente desses direitos, é também limite à restrição deles e é o princípio de unidade da Constituição. Assim, os casos que apresentem uma violação à dignidade humana, por conta do uso da liberdade de expressão para externar o discurso do ódio, deverão ser interpretados à luz da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que não apenas nesses casos, já que a dignidade humana norteia o ordenamento constitucional.

O direito à liberdade de expressão tem em seu núcleo de conteúdo a dignidade humana. Ou seja, restringi-lo significa desrespeitar a dignidade humana de quem estiver sofrendo tal restrição. Em contrapartida, o discurso do ódio *viola diretamente* a dignidade humana das suas vítimas, até mesmo de forma imensurável. Permitir o discurso do ódio é permitir a concretização da dignidade humana de quem o manifesta. De modo oposto, tolerar a fala odiosa é **violar a dignidade humana da vítima, ou das vítimas, e da sociedade**. Não se pode olvidar que a dignidade humana é limite dos direitos fundamentais. É limite da liberdade de expressão, que não pode ser exercida caso viole a dignidade da pessoa. Já a dignidade humana como princípio de unidade da Constituição pressupõe que todo o Texto Constitucional será interpretado de modo a concretizar a dignidade dos indivíduos, da sociedade, da comunidade. Tem-se, dessa maneira, que o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana – juntamente com as suas funções no processo de interpretação de conflitos entre direitos e bens constitucionais – são fatores que devem guiar a solução desses conflitos.

Alguns outros fatores e peculiaridades devem ser observados na resolução dos casos que envolvam o discurso do ódio. Nesse sentido, Humberto Ávila (1999, p. 174) apresenta a noção da *razoabilidade*. A razoabilidade estabelece que as circunstâncias pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam levadas em consideração na decisão: “a razoabilidade traduz uma condição material para a *aplicação individual da justiça*”. Daniel Sarmiento (2006) aponta com acerto alguns desses parâmetros: deve haver maior tolerância em relação aos excessos cometidos pelas vítimas do *hate speech*, a intensidade e os níveis dos danos ocasionados pelo discurso do ódio às vítimas não podem ser olvidados, a composição do público que presencia o *hate speech* deve ser considerada e, de igual maneira, o meio utilizado para a manifestação da fala odiosa tem importante relevância.

A *priori*, deve haver maior tolerância quanto aos excessos de expressão praticados pelas vítimas do discurso do ódio, que podem ser integrantes de grupos estigmatizados ou vulneráveis. O discurso proferido contra indivíduos que não fazem parte desses grupos não tem o condão de provocar o efeito silenciador e infligir os danos que causam nas principais vítimas do *hate speech*. A liberdade de expressão quando exercida pelas habituais vítimas – geralmente oprimidas e, de alguma forma, marginalizadas – contra os opressores, está relacionada com a efetivação da igualdade real. Os danos que o discurso do ódio acarreta às vítimas também não podem ser esquecidos. O público que presencia a fala odiosa é de importante influência no que diz respeito aos casos concretos. A restrição à liberdade de expressão torna-se ainda mais imperativa quando crianças e adolescentes, que ainda estão em processo de formação das suas identidades pessoais, fazem parte do auditório das mensagens desse discurso repugnante. Ressalta-se que o meio utilizado para a divulgação do discurso do ódio é relevante. Os meios de comunicação de massa – como a televisão e o rádio –, se forem as ferramentas de propagação do *hate speech*, motivam maior atenção e maior controle (SARMENTO, 2006).

Ademais, importa lembrar que o meio através do qual o *hate speech* é manifestado é um dos fatores mais importantes ao se analisar um caso concreto. Quando se tratam de manifestações artísticas, do exercício da liberdade artística, deve-se ter um maior cuidado. Ao passo que, como este estudo destacou, a internet é atualmente o maior palco da manifestação de ideias e opiniões. Assim, é o meio que, se utilizado para perpetrar a fala odiosa, pode causar mais danos às vítimas do *hate speech*. O conteúdo online dificilmente pode ser controlado e apagado, facilmente é compartilhado e propagado, sendo impossível mensurar quantas pessoas são atingidas por algo exposto nas mídias digitais. Em portais de notícia, por exemplo, ao ler um conteúdo, o usuário da rede mundial de computadores, mesmo sem a intenção de procurar por uma manifestação de ódio, facilmente pode encontrá-la na seção de comentários. A sensação de vergonha, intimidação e exposição na internet pode ser ainda maior que em outros meios. Acrescenta-se a isso o fato de crianças e adolescentes serem parte do público que acessa o conteúdo disponível na internet. É certo que a formação da personalidade – e dos fatores que exercem influência no comportamento – de uma pessoa é algo contínuo, mas nos indivíduos de menor idade o risco de serem corrompidos de alguma forma pelas manifestações de ódio é ainda maior.

O potencial de sofrimento emocional e físico que o discurso do ódio ocasiona relaciona-se aos danos que o *hate speech* pode causar às suas vítimas. O potencial de causar

um *perigo claro e iminente*, de realmente acarretar atos de violência contras as vítimas deve ser tomado como relevante. O contexto emocional, o pessoal e o social da vítima devem ser considerados, já que estão diretamente relacionados com a sua *vulnerabilidade*, tornando o indivíduo ainda mais suscetível aos males da fala odiosa, bem como desamparado e desprotegido. Por fim, com os parâmetros e critérios apresentados não se busca uma restrição desmedida à liberdade de expressão. Pretende-se, pelo contrário, garantir a liberdade de expressão e outros direitos extremamente relevantes para a construção de uma sociedade democrática, justa e igualitária. Frear o discurso do ódio e posicionar-se contra ele é proteger a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e favorecer a luta pelo reconhecimento dos cidadãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano está constantemente se comunicando. Manifestar ideias é uma característica indissociável do homem. À vista disso, conceber um ambiente em que os indivíduos não possam manifestar os seus pensamentos pode parecer inverossímil ou inconcebível – pelo menos atualmente. No passado, o direito à liberdade de expressão não era garantido a todos. Na verdade, poucos podiam exprimir livremente os seus pensamentos e as suas ideias. Não só a liberdade de expressão foi denegada, mas também a liberdade como um gênero. Basta recordar que a escravidão não faz parte de um passado tão distante assim. Pelo contrário, a escravidão tem sido prática constante na construção da história mundial.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou o direito à liberdade, reconheceu a liberdade de expressão como direito fundamental, direito que foi amplamente protegido, e o Texto Constitucional vedou a censura. A censura não poderia subsistir em uma sociedade democrática e plural como a brasileira. A liberdade de expressão está garantida em vários dispositivos constitucionais e está insculpida indiretamente em diversos outros. O direito à liberdade de manifestação do pensamento, ou *liberdade de expressão do pensamento*, está assegurado no art. 5º, IV, da Constituição Federal. Essa liberdade é um dos aspectos externos da liberdade de expressão, sendo uma de suas principais projeções. A liberdade de expressão do pensamento relaciona-se intimamente com a construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e solidária, características imprescindíveis no que se refere ao Estado Democrático de Direito.

Nas sociedades atuais, marcadas pelas diferenças, pela pluralidade e pela diversidade dos cidadãos que as compõem, as mais variadas opiniões são manifestadas, visto que é reconhecido o direito à liberdade de expressão (do pensamento). Nesse sentido, surgem os conflitos envolvendo direitos fundamentais, mais especificamente, envolvendo a liberdade de expressão. A coexistência humana implica respeito, imposição de limites e regulamentação. As ações humanas precisam ser limitadas: fruir os direitos fundamentais de forma absoluta os tornaria meros mandamentos constitucionais sem eficácia – já que os direitos fundamentais têm caráter universal e são constitucionalizados como um conjunto.

O próprio Texto Constitucional pode limitar expressamente os direitos fundamentais ao mesmo tempo em que os reconhece: há uma atuação positiva do Estado, que não pode ser neutro e permitir que os direitos salvaguardados sejam ilimitados. Ademais, há duas teorias que discutem as restrições aos direitos fundamentais: a teoria interna e a teoria externa. No

Brasil, a teoria externa é predominantemente adotada pela jurisprudência e é a mais aceita pela doutrina. Essas restrições aos direitos e bens constitucionais possuem classificação própria: as restrições diretamente constitucionais, as restrições indiretamente constitucionais e as restrições tácitas constitucionais.

Com efeito, a liberdade de expressão é um direito limitado. A Constituição Federal impôs expressamente alguns limites a esse direito fundamental. A vedação ao anonimato, a proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade são algumas das restrições diretamente constitucionais ao exercício da liberdade de expressão. A vedação ao anonimato consagra justamente a intenção do Estado de punir os excessos dos indivíduos, já que o Poder Público não pode permitir que condutas ilegais e que violem direitos alheios sejam perpetradas sem a devida responsabilização. Surgem, então, as restrições tácitas à liberdade de expressão: a soberania popular, a cidadania, o pluralismo político, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são alguns dos princípios constitucionais que podem chocar-se diretamente contra o direito de se expressar livremente. O princípio da dignidade da pessoa humana assume posição eminente no que diz respeito aos casos envolvendo conflitos entre os direitos fundamentais, especialmente quando um dos direitos é o da liberdade de expressão.

Atribui-se magnitude incomparável ao princípio da dignidade da pessoa humana em vários ordenamentos constitucionais na contemporaneidade. No entanto, a dignidade da pessoa humana, apesar de ser geralmente definida como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, nem sempre foi reconhecida de tal forma – semelhantemente ao que ocorreu com o direito fundamental à liberdade de expressão. Pelo contrário, até que fosse positivada nos ordenamentos jurídicos ao redor do globo, a dignidade humana foi negligenciada.

A dignidade humana tem a filosofia kantiana como marco filosófico. O maior marco histórico aconteceu após o fim da Segunda Guerra Mundial. O Holocausto e os horrores provocados pelos regimes totalitários foram essenciais para a positivação da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos. Diversos documentos internacionais, tratados e Constituições cuidaram da positivação da dignidade humana em seus textos. Internacionalmente, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. No plano das Constituições nacionais, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha é a que confere maior destaque ao princípio da dignidade humana: a dignidade humana para os alemães é inviolável e intangível.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi tratada pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, assumindo o papel de fonte ética, valor supremo e valor-fonte dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada, protegida e promovida. Um dos elementos principais da dignidade humana é o valor comunitário. Nesse sentido, restrições à autonomia dos indivíduos são viabilizadas pelo reconhecimento do valor comunitário: o ser humano convive em uma sociedade com outros cidadãos tão livres e iguais quanto ele.

A dignidade humana é um princípio de tamanha magnitude que não se restringe ao âmbito jurídico: faz parte da vida política, social, econômica e cultural. É a base da vida nacional. O Estado Democrático de Direito brasileiro é firmado nesse princípio, que é supremo na hierarquia das normas. Mesmo diante da impossibilidade de se conceituar o princípio da dignidade humana – tendo em vista que o seu conceito está em permanente construção e desenvolvimento –, percebe-se que ele é um princípio inseparável dos direitos fundamentais. A dignidade humana está presente no conteúdo e na projeção desses direitos.

Isto posto, a dignidade da pessoa é parâmetro no que se refere à solução dos conflitos entre direitos fundamentais: os direitos estabelecidos na Constituição devem ser interpretados à luz da dignidade humana. Assim, observa-se que a dignidade da pessoa humana cumpre quatro importantes funções na interpretação constitucional e na resolução de conflitos entre direitos e bens constitucionais: a dignidade da pessoa humana é núcleo de conteúdo dos direitos fundamentais, é limite imanente dos direitos fundamentais, é limite às restrições desses direitos e ainda é o princípio de unidade da Constituição. A dignidade humana torna-se ainda mais elementar quando os conflitos constitucionais são *hard cases*, os casos difíceis. Um dos exemplos de casos difíceis, que dividem opiniões e alimentam intenso debate, é o conflito entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio.

A convivência constante de diversos indivíduos *diferentes* na mesma sociedade é um dos fatores que propicia o discurso do ódio. A democracia viabiliza esse convívio, cidadãos fazem parte de grupos e de classes que integram o mesmo ambiente marcado pela pluralidade e diversidade. Surge, então, a fala odiosa, cujo emissor geralmente acredita que é superior a outros indivíduos ou grupos. Esse tipo de discurso repugnante externaliza o ódio, sentimento que afeta o subconsciente das pessoas e machuca as suas vítimas. O ódio, elemento central do *hate speech*, procura desvalorizar os seus alvos, negando valor a esses indivíduos.

O discurso do ódio tradicionalmente pode ser definido como a fala que ofende, intimida ou assedia indivíduos por conta de diversas características – como raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, religião – ainda instigando o ódio, a discriminação ou a violência contra essas pessoas. O *hate speech* é a manifestação do ódio, desprezo e intolerância – o preconceito é a sua mola motivadora. Qualquer um que possa ser considerado *diferente* é uma vítima em potencial da fala odiosa, que dissemina a discriminação e hostilidade. Os estereótipos também mantêm relação com o discurso do ódio. Algumas pessoas são molestadas justamente por pertencerem a um determinado grupo, grupo que sofre discriminação. Características que formam a identidade do indivíduo são atacadas: a ofensa só cessaria caso essas características fossem suprimidas, características que às vezes sequer podem ser alteradas.

O emissor do discurso do ódio acredita veementemente que é superior, ao passo que a vítima do seu discurso é inferior. Para que a ideia manifestada caracterize-se como discurso do ódio, é necessário que haja a presença da discriminação e da externalidade. Com a discriminação, a fala odiosa procura tratar determinadas pessoas como inferiores e indignas. A externalidade apresenta-se justamente porque não há de se falar em discurso do ódio se este não é emitido: se é apenas pensamento não manifestado, não interessa ao ramo jurídico. O *hate speech* tem o condão de *insultar* e de *instigar*. Insulta ao agredir a dignidade humana da vítima e instiga pela sua natureza panfletária, já que há a possibilidade de conquistar pessoas que simpatizem com as ideias repugnantes defendidas nesse discurso.

A complexidade das sociedades atuais, ambientes em que cada vez mais as diferenças se fazem presentes, é um dos fatores que impulsiona uma nova conceituação no que se refere ao discurso do ódio. O discurso do ódio não mais deve ser entendido sob a óptica tradicional, que se prenda às vítimas habituais do *hate speech* – indivíduos que fazem parte de grupos vulneráveis, estigmatizados ou de minorias. O discurso do ódio pode ser perpetrado contra qualquer indivíduo, pertencente a grupos vulneráveis ou não. A *vitimização difusa* é outra característica peculiar do discurso do ódio: não é possível identificar quantas e quais são as vítimas do *hate speech*. A própria sociedade é vítima desse discurso. O discurso do ódio sempre atinge a sociedade e ofende a dignidade humana dos seus cidadãos, molestando o princípio da igualdade, o princípio democrático e o Estado Democrático de Direito. O debate livre também sofre perdas.

O preconceito, a discriminação e o racismo estão intrinsecamente relacionados ao discurso do ódio. Aquele primeiro pode ser uma das causas e uma das consequências iniciais do discurso do ódio, já que a fala odiosa tem em seu conteúdo o preconceito e, ao mesmo tempo, o propaga. O preconceito é um dos elementos da discriminação, que preconiza a exclusão de determinados grupos da sociedade, violando o direito à igualdade. Por fim, o racismo engloba as ideias generalizadas e os estereótipos do preconceito, adota a supressão de direitos e a crença na inferioridade do grupo alvo da discriminação e vai além: proclama o domínio. A convivência em sociedade só seria tolerada caso houvesse uma separação social entre os racistas e as suas vítimas. A Constituição Federal de 1988 tratou de forma inédita o racismo como crime imprescritível e inafiançável, consequência da busca por uma sociedade justa e igualitária, livre de preconceitos.

O tema do conflito entre o discurso do ódio e a liberdade de expressão sugere a abordagem do sistema constitucional norte-americano e do alemão, a fim de que se entenda como países e jurisprudências podem tratar essa questão de forma muitas vezes oposta. Os estadunidenses privilegiam a liberdade de expressão, atribuindo-lhe posição preferencial em seu sistema constitucional. A liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda, para os americanos, sintetiza a própria noção de liberdade. Nesse sentido, o discurso do ódio só é combatido nos Estados Unidos quando há o perigo claro e eminente de que atos de violência sejam perpetrados. Ou seja, a jurisprudência norte-americana protege o discurso do ódio e a defesa de ideias racistas e radicais, essas ideias encontram-se no âmbito de proteção da liberdade de expressão. A sociedade americana acredita que o discurso do ódio só pode ser combatido com mais liberdade de expressão, não com a sua supressão.

Na Alemanha, país que privilegia a dignidade da pessoa humana em detrimento de outros direitos fundamentais, ocorre o oposto. Nesse país, entende-se que os cidadãos são sujeitos de direitos e deveres, há a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, direitos que não são oponíveis tão somente ao Estado – como nos Estados Unidos – mas também aos particulares. A formação da opinião pública e os valores comunitários são prestigiados na Alemanha. Assim, a análise do conteúdo do discurso é importante para os alemães. Enquanto a liberdade de expressão é praticamente absoluta nos Estados Unidos, a Alemanha impõe diversos limites ao seu exercício, sendo a dignidade humana o maior deles. Esse país, ao mesmo tempo em que reconhece o papel fundamental da liberdade de expressão, combate o discurso do ódio, práticas discriminatórias e, inclusive, a teoria revisionista, que defende a

negação dos fatos ocorridos no Holocausto dos judeus. Tem-se que os americanos combatem o discurso muito tarde, enquanto os alemães combatem o *hate speech* muito cedo.

No Brasil, a Constituição Federal propõe o combate ao preconceito, a construção de uma sociedade livre e igualitária, privilegia a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e ainda criminaliza o racismo. Ao mesmo tempo em que escuda direitos e princípios tão importantes, a Lei Magna também identifica a magnitude da liberdade de expressão. Com direitos e bens constitucionais que podem ser bastante opostos quando exercidos pelos cidadãos, criando-se colisões e conflitos entre eles, o caso paradigma no que se refere ao tema do discurso do ódio e também da liberdade de expressão foi julgado em 2003 pelo STF. No caso Ellwanger, discutia-se a hipótese do autor e editor Siegfried Ellwanger ter praticado ou não o crime de racismo – imprescritível – contra o povo judeu.

Siegfried havia escrito e editado obras de caráter antissemita. Após condenação – inclusive no STJ –, o editor interpôs *habeas corpus*, oportunidade em que o STF promoveu esse julgamento histórico. Ellwanger foi condenado pela prática de racismo por maioria dos votos. Apesar das peculiaridades do caso e dos votos divergentes, o STF reconheceu que o direito à liberdade de expressão é limitado, não é absoluto. Condutas imorais e ilícitas não são protegidas pela liberdade de expressão, a incitação ao racismo é uma dessas condutas. A Corte Suprema do Brasil superou o conceito tradicional de raça, que não mais seria definido tendo como base critérios biológicos, já que a raça humana não pode ser subdividida, os critérios passaram a ser outros. O racismo poderia ser praticado com fundamento em critérios político-sociais, por exemplo. A decisão do STF fomentou intenso debate jurídico e dividiu opiniões. Como intérprete da Constituição Federal, além de ter o dever de zelar e cuidar dela, a posição adotada pelo Supremo foi certa. O racismo é repudiado pelo Texto Constitucional e a construção de uma sociedade lastreada na dignidade humana e na igualdade não deve permitir a prática de determinadas condutas, mesmo que estejam sob o pretenso manto da liberdade de expressão.

Outros casos envolvendo a temática da liberdade de expressão, do discurso do ódio e também do racismo foram discutidos e têm formado uma jurisprudência, mesmo que ainda tímida, que privilegia a dignidade da pessoa humana e posiciona-se a favor da imposição de limites à liberdade de expressão quando há a violação daquele princípio, como é o caso do *hate speech*. A internet, as redes sociais e as mídias digitais têm atingido relevo ainda mais especial, tendo em vista que a internet é o maior campo onde atualmente os indivíduos

manifestam seus pensamentos, ideias e opiniões. Ademais, muitos dos casos envolvendo a liberdade de expressão e o discurso do ódio acontecem com o exercício desse direito fundamental nas redes sociais e nas mídias digitais.

A internet possibilita e potencializa a manifestação de pensamentos. Nesse sentido, alguns acreditam que a internet é um ambiente sem regras, anárquico. Os indivíduos conseguem facilmente exercer o direito à liberdade de expressão nas mídias digitais, o que acarreta inúmeros benefícios, mas proporciona alguns outros problemas, haja vista que no ambiente online as mesmas coisas que ocorrem fora dele podem acontecer. Os problemas da sociedade, os direitos e as obrigações não deixam de existir nele. É apenas mais um espaço onde o indivíduo *coexiste* com outros usuários da rede mundial de computadores. Assim, o discurso do ódio é um dos problemas verificados no ambiente digital, sendo potencializado por ele.

O discurso proferido na internet difere-se daquele manifestado por outros meios, tendo em vista algumas peculiaridades: a amplitude do conteúdo online é imensurável. Qualquer pessoa conectada à internet pode acessar determinados conteúdos, como textos, postagens, comentários. Mesmo que seja restrito, alguém pode reproduzir o conteúdo para que outros o vejam. O caráter permanente da informação online é outra dessas peculiaridades. Uma vez reproduzida, as informações e manifestações veiculadas através da internet dependem de interferência humana para que sejam apagadas, e dificilmente o são, já que podem ser propagadas com facilidade, dificultando o seu controle. Por fim, percebe-se que há uma enorme facilidade de acesso às informações que se encontram na internet. Os indivíduos não precisam despende muito tempo ou esforço para encontrar o que desejam ver – e até mesmo conteúdos indesejados. Assim, a internet é um ambiente propício para que o discurso do ódio seja externado e atinja proporções antes impensáveis, ganhando uma nova feição.

Nos casos de conflito entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio, a dignidade da pessoa humana é o principal elemento para que esse confronto seja decidido. O princípio da proporcionalidade deve ser adotado, sendo observados os critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A dignidade da pessoa humana não pode ser olvidada como núcleo de conteúdo dos direitos fundamentais, limite imanente e limite às restrições desses direitos e como princípio de unidade da Constituição. Já a razoabilidade impõe que sejam consideradas as circunstâncias pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos no caso concreto.

As circunstâncias que contornam o *hate speech* e as suas peculiaridades são importantes para que se decida o caso concreto. As vítimas do *hate speech* devem receber tratamento mais tolerante caso sejam elas que manifestem o discurso do ódio, uma vez que a liberdade de expressão exercida pelos oprimidos “contra” os opressores caracteriza a busca da efetivação da igualdade real. Os danos causados pela fala odiosa e a intensidade deles não podem ser olvidados. O público que presencia a manifestação de ódio também importa nas circunstâncias concretas, visto que deve haver maior cuidado quando crianças e adolescentes fazem parte desse público. O meio utilizado para externar o discurso do ódio é de extrema importância, visto que, a depender do meio, os danos causados às vítimas podem ser ainda maiores – como no caso do *hate speech* manifestado na internet. O potencial de incitação ao ódio, de causar efetivamente um perigo claro e iminente, causando atos de violência contra as vítimas merece igual destaque, bem como as circunstâncias pessoais das vítimas: condições sociais, econômicas, psicológicas e a própria condição de vulnerabilidade.

Ademais, o discurso do ódio pode causar inúmeros danos e efeitos. É certo que o *hate speech* viola a dignidade humana da vítima, das vítimas e da sociedade, mas também é inimigo da liberdade e uma ameaça a ela. O discurso do ódio perdura preconceitos, discriminações e até mesmo o racismo. A vítima desse discurso repugnante geralmente age de duas formas: ou se cala diante da ofensa, ou revida com violência. É a partir daí que surge o *efeito silenciador* do discurso do ódio. As vítimas sentem-se amedrontadas, intimidadas, humilhadas e rebaixadas. Elas podem até acreditar que são inferiores. Assim, elas retiram-se do debate público, podem retirar-se até da sociedade. O debate público perde com a supressão das opiniões das vítimas do discurso do ódio, bem como a sociedade. As pessoas que compõem a sociedade, por sua vez, também podem acreditar nas ideias de ódio defendidas pelo *hate speech*, contribuindo para que o efeito silenciador se alastre, assim como o preconceito. Os indivíduos não mais dariam credibilidade às vítimas do discurso do ódio, os estereótipos e as crenças negativas seriam aceitos e adotados.

Conclui-se que o discurso do ódio é inimigo da dignidade da pessoa humana, da democracia e da liberdade de expressão. As vítimas sentem suas autoridades reduzidas, sentem que a sociedade não as reconhece como dignas de valor, reconhecimento e direitos. A intolerância é alimentada, o comportamento da vítima e da sociedade também é afetado. Quem é atingido pelo discurso do ódio pode sofrer danos emocionais e físicos, mesmo que atos de violência não sejam perpetrados. Ora, a dignidade humana da vítima é abalada, a sua dignidade como cidadão, o desenvolvimento de sua personalidade é acometido, assim como a

sua autorrealização, sua autoestima e seu autorrespeito. A linguagem possui força própria, que pode criar uma nova realidade, ser assimilada de tal forma que as vítimas do discurso do ódio acreditem que as ideias e opiniões defendidas por seus algozes são verídicas. Dessa forma, os sentimentos negativos causados pelo *hate speech* em suas vítimas podem ser psicossomatizados e o sofrimento físico é atingido. Os danos psicológicos são apenas gatilhos, ao passo que podem tornar-se danos físicos.

O discurso do ódio, destarte, é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da pluralidade e com o princípio democrático. Desrespeita a diversidade, o direito ao reconhecimento e à não-discriminação. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade também é acometido. É tolice crer que o discurso do ódio e o preconceito podem ser combatidos com mais liberdade de expressão. A liberdade de expressão é essencial, sim. Entretanto, o Estado não deve tolerar condutas abusivas e ilícitas. O Estado não pode ser cúmplice dos danos causados pelo discurso do ódio. Pelo contrário, deve coibi-lo ao mesmo tempo em que fomenta o livre debate, proporcionando a inclusão das vítimas do discurso do ódio, de pessoas pertencentes a grupos estigmatizados e vulneráveis. A liberdade de expressão não é ilimitada, pelo contrário, ela encontra os seus limites. E um desses limites é exatamente o discurso do ódio.

Uma ideia errada, mesmo que repugnante, pode ser combatida com outras ideias – por mais árdua que essa tarefa possa ser. Os danos causados pelo discurso do ódio, esses danos não podem ser apagados facilmente da memória de suas vítimas, pelo contrário, eles se perduram por décadas, por uma vida, por gerações. Eles ficam gravados na sociedade. Não permitir o discurso do ódio é salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Proibir o discurso do ódio é posicionar-se a favor do Estado constitucional democrático, da luta pelo reconhecimento e permitir que a construção de uma sociedade *livre, justa e igualitária* possa, enfim, ser empreendida. Continuar calando vozes que já sofreram e continuam sofrendo por conta de condutas opressoras é uma posição equivocada: o discurso do ódio é inconstitucional. Esta, sim, é uma posição inequívoca.

REFERÊNCIAS

ARRIETA ZINGUER, Miguel. Libertad de expresión y derecho a la información em las redes sociales en Internet. **Revista de Derecho, Comunicaciones y NuevasTecnologías**, v. 12, p.1-31, 18 dez. 2014.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, 1999.

BAIANO é preso por racismo contra atriz Taís Araújo e Maju em Brumado. **Correio 24horas, Bahia, 17 mar. 2016**. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/bahia/noticia/baiano-e-preso-por-racismo-contra-atriz-tais-araujo-e-maju-em-brumado/?cHash=e338b4be4050e9816634798c3e211198>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 919, p. 127-196, 2012.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Paulo. **Teoria da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, senado, 1988.

_____. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Senado Federal, 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *Habeas corpus* 82.424-2. Relator: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DJ 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 33410. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 07/04/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8340003>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Procedimento Comum. Direito de Imagem. Processo nº 2016.01.1.062108-0. Data do julgamento: 21/09/2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=42&CDNUPROC=20160110621080>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Direito Público**, Brasília, n. 15, p. 117-136, jan./fev./mar. 2007.

BRUNO Gagliasso presta queixa após filha receber mensagens racistas na web. Folha de São Paulo Online, São Paulo, 16 nov. 2016. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2016/11/bruno-gagliasso-presta-queixa-apos-filha-receber-mensagens-racistas-na-web.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio no Brasil: leitura histórica e compreensão jurídica sob a vigência da Constituição de 1988**. 2013. 109p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, 2013.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. **Uma questão de opinião? Liberdade de expressão e seu âmbito protetivo: da livre manifestação do pensamento ao hate speech**. 2015. 113p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, 2015.

CONRADO, Rômulo Moreira. **A função social das liberdades de expressão: limites constitucionais**. 2014. 464 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos: Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da

Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - USP**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

DÍAZ SOTO, José Manuel. Una aproximación al concepto de discurso del odio. **Rev. Derecho del Estado**, Bogotá, n. 34, p. 77-101, jan. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932015000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 nov. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Criminal. Apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra sentença que absolveu o réu do crime de racismo praticado no “Orkut”, *site* de relacionamentos da internet, art. 20, §2º, Lei 7.716/1989. Autoria, materialidade, adequação típica e elemento subjetivo comprovados. Sentença reformada. Condenação imposta. Réu semi-imputável. Continuidade delitiva. Pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direito. Recurso conhecido e parcialmente provido. Apelação nº. 20050110767016 APR. Relator: Roberval Casemiro Belinati. Data do julgamento: 03/09/2009. DJ 17/11/2009.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EBERLE, Edward J. **Dignity and liberty**: Constitutional Visions in Germany and the United States. Westport: Praeger Publishers, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

_____. Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão** – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FONSECA, Pedro. **Justiça proíbe Viradouro de levar carro do Holocausto à Sapucaí**. 2012. REUTERS/BRASIL ONLINE. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/justica-proibe-viradouro-de-levar-carro-do-holocausto-sapuca-i-3634211>>. Acesso em: 10 out. 2016.

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: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013.

FURQUIM, Gabriella. **Justiça condena réu que mantinha site de ódio a negros, nordestinos e gays**: Ele vai cumprir pena em regime semiaberto, mas como ainda cabe

recurso, a prisão preventiva foi mantida. 2013. Disponível em:

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2013/02/18/interna_cidadesdf,350223/justica-condena-reu-que-mantinha-site-de-odio-a-negros-nordestinos-e-gays.shtml>.

Acesso em: 07 set. 2016.

GALLO, Andréia Colhado; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana: considerações sobre o discurso de ódio contra a mulher na internet e seus efeitos. In: Armando Albuquerque de Oliveira; Samantha Ribeiro Meyer Pflug; Hugo César Araújo de Gusmão. (Org.). **Direitos Fundamentais e Democracia II**. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2015.

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

LUNA, Nevita. M. P. A. Franca. ; SANTOS, Gustavo Ferreira . Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade** , v.16, p. 227-255, 2014.

MACACA de salto: o comentário no Facebook sobre Michelle Obama que chocou os EUA.

BBC Online, Brasil, 16 nov, 2016. Disponível em:

<<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38005684>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

MARIA Júlia Coutinho, a Maju, é vítima de comentários racistas no Facebook. **G1**, São Paulo, 03 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/07/maria-julia-coutinho-maju-e-vitima-de-racismo-no-facebook.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**, [S.I.], [200-?]. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

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

_____, Samantha Ribeiro; CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discurso do ódio e democracia: participação das minorias na busca pela tolerância. Em: Margareth Anne Leister; Fausto Santos de Moraes; Juvêncio Borges da Silva. (Org.). **Direitos fundamentais e democracia I**. 1ed, v. 1, p. 370-395. Florianópolis: Conpedi, 2014.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. **Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet**: a evolução de um conflito entre direitos fundamentais. 2009. 95p. Monografia (Especialização) - Pós-graduação em Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

OLIVEIRA, Marcos de Jesus. Notas e Reflexões Sobre Direitos Humanos, Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e Exigência de Justiça. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 45, p.169-187, 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em: <<https://works.bepress.com/janereis/4/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Jane Reis Gonçalves. **Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF**. In: Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. p. 167-206. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. In: Universidade do Oeste de Santa Catarina. (Org.). **Espaço Jurídico**. 1ed. Joaçaba: Unoesc, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 53-71, 2001.

SÃO PAULO. 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP. Ação Penal n.º 0012786-89.2010.403.61.81, São Paulo, São Paulo. Data do julgamento: 03/05/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 5, n. 9, p.361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, mai./jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

_____. Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAUNDERS, Kevin W.. **Saving Our Children from the First Amendment**. New York: New York University Press, 2003.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

_____. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 1, p. 37-64, jan./jun. 2015.

SILVA, Rosane Leal da *et al.* Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**, v. 7(2), p. 445-468, jul./dez. 2011.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. 2007. 130p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THWEATT, Elizabeth. Bibliography of Hate Studies Materials. **Journal of Hate Studies**, v. 1, n. 1, p. 167-239, 2002. Disponível em:
<<http://journals.gonzaga.edu/index.php/johs/article/view/7>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

TSESIS, Alexander. Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy. **Wake Forest Law Review**, v. 44, p. 497-532, jan. 2009.

VIEIRA de ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.