

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO**



VICTOR OLIVEIRA SOUZA

**O DIREITO À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO DIANTE DO
DISCURSO DO ÓDIO**

**BRASÍLIA
DEZEMBRO, 2011**

Victor Oliveira Souza

O direito à igualdade e à não-discriminação diante do discurso do ódio

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Christine Oliveira Peter da Silva

**Brasília
Dezembro, 2011**

Victor Oliveira Souza

O direito à igualdade e à não-discriminação diante do discurso do ódio

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com conceito [].

Brasília, 16 de dezembro de 2011.

Profa. Christine Peter Oliveira da Silva -
Professora Orientadora

Alex Lobato Potiguar – Mestre em Direito Constitucional pela UnB
Membro da Banca Examinadora

Fábio Francisco Esteves – Juiz do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Mestrando da UnB
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, amigos e colegas pelo incentivo, força e apoio nessa jornada.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o direito à liberdade de expressão e os seus limites diante do discurso do ódio, que representa uma afronta a uma série de outros direitos fundamentais, destacadamente o direito à igualdade e à não-discriminação. O estudo pretende demonstrar como a proteção às manifestações de ódio prejudica a construção de uma sociedade plural fundada no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por meio de uma interpretação teleológica e comparativa, busca-se demonstrar que o discurso do ódio deve ser encarado como um abuso de direito e não como uma faceta da liberdade de expressão. Sopesar-se-á os argumentos teóricos que embasam as duas posições extremas do debate, quais sejam, a aceção ampla da liberdade de expressão, garantindo assim a proteção ao discurso do ódio, e a posição mais restrita. O estudo de casos no direito comparado possibilitará uma visão mais ampla da abordagem no tema ao redor do mundo. No direito brasileiro, será analisado o caso Ellwanger, julgado no HC 82.424-4 pelo Supremo Tribunal Federal. O precedente traz o entendimento de que o racismo deve ser combatido e não é digno de proteção constitucional.

Palavras-chave: Igualdade, Liberdade de Expressão, Discriminação, Discurso do ódio, Dignidade da Pessoa Humana. Sociedade Plural. Dignidade da pessoa humana.

Sumário

Introdução.....	6
Capítulo 1. Democracia, Pluralismo e Tolerância como aportes do Estado	
Constitucional.....	8
1.1. A liberdade de expressão e suas nuances	8
1.2 A busca pela verdade e o livre debate de ideias	13
1.3 O papel da tolerância em um Estado Plural.....	21
1.4 As consequências da promoção do discurso do ódio diante do direito à igualdade e à identidade	24
Capítulo 2. O discurso do ódio no direito comparado.....	29
2.1. O sistema norte-americano e a primazia da liberdade.....	29
2.2 O Sistema canadense e o multiculturalismo.....	36
2.3. O Sistema alemão e a dignidade da pessoa humana.....	39
2.4. O Sistema espanhol e a igualdade.	44
2.5. O Sistema internacional e o direito à não discriminação.	48
Capítulo 3. O Sistema Constitucional brasileiro e o racismo.....	53
3.1. Estudo de Precedente: o caso Ellwanger	53
3.2 A ponderação de princípios.	59
3.3 A decisão final do Supremo Tribunal Federal.....	63
Conclusão	66
Referência Bibliográfica.....	67

Introdução

Liberdade e igualdade são valores que sempre estiveram intimamente atrelados ao que se entende por democracia. Esses dois elementos são essenciais para o conceito de dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e culminância do sistema dos direitos fundamentais. As liberdades são constituídas a partir da compreensão do ser humano como um ser em busca de auto-realização e responsável pela escolha dos meios que considera necessários para realizar os seus intentos.

De maneira breve, a liberdade de expressão pode ser entendida como o direito de todo o cidadão de expressar livremente as suas ideias e opiniões. A liberdade de expressão tem a sua origem relacionada com a pretensão de impossibilitar qualquer ação do Estado no sentido de coibir a manifestação de opiniões ou ideias.

Contudo, a prática democrática tem nos apresentado diversas situações em que a afirmação da liberdade, sobretudo a de expressão, vai de encontro a alguns princípios de mesma grandeza. Nesse contexto de conflito de normas fundamentais, é preciso pensar qual a melhor solução para que esses princípios possam ser efetivados harmonicamente no Estado Constitucional.

No decorrer da história, diversos grupos racistas e segregacionistas de toda ordem se utilizaram da liberdade de expressão como escudo para a sua prática. Mas há algum tempo, essas manifestações, também conhecidos como discurso do ódio, não têm sido toleradas como práticas protegidas pelo ordenamento jurídico.

A liberdade de expressão possui limites impostos pela própria Constituição e outros provenientes do conflito com direitos de mesma natureza.

A nossa Constituição, no seu preâmbulo, cita liberdade e a igualdade como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao eleger uma sociedade pluralista e a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, a Constituição Federal estabeleceu balizas ao exercício do direito à liberdade de expressão. Por isto, não é concebível a prática deste direito dissociada do respeito aos fundamentos do nosso ordenamento.

Porém, como identificar quando o exercício da liberdade deixa de ser a prática de um direito fundamental e passa a ser um abuso de direito?

Ao analisar algumas manifestações de intolerância, parece não haver dúvidas em relação à necessidade de se impor, mas como estabelecer balizas que regulem este direito sem comprometer o seu exercício de maneira compatível com as exigências do regime democrático? Há certo temor, em boa medida razoável, de que os limites impostos deixem de ser usados como meio de proteção à democracia e, ao invés disso, passem a ser uma ferramenta para a manutenção de doutrinas morais majoritárias.

É preciso buscar um equilíbrio entre o controle do discurso do ódio como meio de impedir a propagação de práticas discriminatórias e a necessidade de uma expressão livre. Será que é possível excluir das expressões públicas o componente de ódio ou a liberdade de expressão deve ser preservada acima dos demais direitos? Essas perguntas demonstram que é preciso que a sociedade repense os históricos conceitos de liberdade e igualdade.

Para tentar responder essas perguntas, é preciso analisar as principais razões utilizadas contra e a favor da proteção ao discurso do ódio, focando no impacto da proibição e da liberação dessas manifestações nos demais valores fundamentais necessários ao desenvolvimento das sociedades em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. Importante também considerar os efeitos do discurso do ódio nos seus alvos e se a proibição seria um meio eficiente para se atingir os meios buscados.

Ao redor do mundo, há muito tempo já se discute o problema e diferentes respostas são dadas, desde a proteção ampla conferida pelo sistema americano ao rigor do sistema germânico em reprimir tais manifestações. No sistema brasileiro, o tema tem sido debatido na jurisdição constitucional, merecendo destaque o julgamento do HC 82.424, em que o Supremo Tribunal Federal, através de um amplo debate, entendeu que ditas manifestações não são protegidas constitucionalmente.

O debate aqui proposto irá ocorrer tendo por base a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que lhes garante eficácia radiante, dirigente e horizontal. Considerar esses direitos a partir desta perspectiva significa que todo o ordenamento deve ser analisado vinculado aos direitos fundamentais, que deixam de ser uma parte do direito para ser a ciência do direito.

Capítulo 1. Democracia, Pluralismo e Tolerância como aportes do Estado Constitucional.

1.1. A liberdade de expressão e suas nuances

Os direitos humanos constituem uma categoria histórica e nascem com a modernidade, juntamente com as revoluções liberais do século XVIII. O jusnaturalismo racional e o contratualismo são ingredientes históricos fundamentais para a formação desses direitos. O jusnaturalismo racional foi o primeiro a postular direitos naturais a todos os homens e o contratualismo, por sua vez, introduziu a ideia de que as normas e instituições eram originadas da vontade ou do consenso entre os homens. Essas concepções foram as primeiras a postularem direitos jurídicos básicos comuns a todos sem qualquer restrição.¹

Somente a partir do momento em que a todos foram reconhecidos direitos fundamentais é que se pode falar em direitos humanos². A ética de tais direitos é aquela que enxerga no outro um ser igualmente merecedor de consideração e respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas de forma livre, autônoma e plena.³

Já em 1789, a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos promulgada pela Assembleia Constituinte francesa proclamara enfaticamente que todos os homens, desde seu nascimento, possuem direitos como igualdade e liberdade. Segundo Pérez Luño, trata-se de direitos inatos, imprescritíveis, invioláveis e universais.⁴

Os referidos direitos, tais como observados contemporaneamente, são frutos de uma série de conquistas jurídicas e políticas ao longo da história da humanidade. A compreensão de sociedade moderna está intimamente atrelada às diversas garantias proporcionadas por esses direitos. É impossível, por exemplo, conceber a identidade do homem moderno afastado da ideia de liberdade e igualdade. A

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. *Série de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho*, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002. p. 23-24

² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Ob. Cit.* p. 24

³ PIOVENSAN (p.295)

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Ob. Cit.* (p. 25)

própria história do constitucionalismo se mistura com a do reconhecimento desses dois direitos, fundamentos da ordem jurídica.⁵

Ao longo desse processo graves violações aos direitos humanos tiveram como alicerce as diferenças. Esse temor à diferença explicaria a primeira fase de proteção aos direitos humanos, caracterizada por uma proteção geral e abstrata, com base em uma igualdade meramente formal.⁶

A liberdade, tida como direito fundamental, sempre foi posta como mecanismo de proteção contra as formas de opressões contra o povo. Segundo Norberto Bobbio, a garantia à liberdade é uma condição indispensável para a democracia:

É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condições de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc.⁷

Contemporaneamente, as liberdades são constituídas a partir da compreensão do ser humano como um ser em busca de auto-realização e responsável pela escolha dos meios que considera necessários para realizar as suas potencialidades. A concretização dessas liberdades presta serviço ao regime democrático, na medida em que possibilita uma maior participação de todos os que têm interesse nas decisões políticas fundamentais.⁸

Além disso, a garantia da liberdade é condição imprescindível ao desenvolvimento da natureza humana, tal como à integridade e dignidade do indivíduo.⁹

Entre as liberdades, destaca-se a liberdade de expressão, que pode ser definida como a “exteriorização do pensamento, ideias, opiniões, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação”.¹⁰

⁵ MENDES, Gilmar. A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf, acesso em 20 de setembro de 2011.

⁶ PIOVESAN, Flávia C. *Igualdade, diferença e direitos humanos : perspectivas global e regional*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. p. 296

⁷ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 32.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 359.

⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e o discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27

¹⁰ MENDES, Gilmar. *Ob. Cit.*, p. 360.

Entre os pensadores que trataram do tema, merece destaque a obra de John Stuart Mill. Em seu clássico “Sobre a liberdade”, Mill faz uma entusiasmada defesa à plenitude da liberdade de expressão.¹¹

O filósofo inglês recorda como o direito à liberdade era concebido inicialmente em um contexto social em que os interesses dos governantes eram postos em posição antagônica aos governados, o que impunha a necessidade de um âmbito de proteção especial diante da tirania do soberano¹². Em seguida, destaca que não é só diante dos déspotas que se via a necessidade de proteção às liberdades, visto que mesmos nas democracias, “o ‘povo’ que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre quem o poder é exercido”¹³.

Mill expõe a necessidade de uma proteção mais ampla à liberdade, não sendo suficiente a criação de mecanismos que busquem garanti-la só diante das ameaças do Estado, mas principalmente contra a “tirania da maioria”:

A proteção contra a tirania do magistrado não basta. Importa ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além das penalidades civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta, àqueles que delas divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com os seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria. Há um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político.¹⁴

Diversos outros argumentos são utilizados para se justificar o status atribuído à liberdade de expressão, entre eles, destaca-se o seu papel como instrumento para a obtenção da verdade, para o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e para o autogoverno democrático. A visão humanista também defende a liberdade de expressão como corolário da dignidade da pessoa humana.¹⁵

No ordenamento pátrio, é conferida uma ampla proteção à liberdade de expressão pela Constituição Federal, que em seu artigo 5º, *caput*, dispõe que será garantida aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à liberdade. Em seguida, nos incisos IV e IX do artigo referido, dispõe que é livre a

¹¹ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução e prefácio: Alberto da Rocha Barros, apresentação Celso Lafer. 2.ed. – Petrópolis, RJ, Vozes, 1991

¹² MILL, John Stuart. Ob. Cit., p. 45

¹³ MILL, John Stuart. Ob. Cit. p. 48

¹⁴ MILL, John Stuart. Ob. Cit. p. 49

¹⁵ MENDES, Gilmar. Ob. Cit. p. 360

manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.¹⁶

De acordo com a tradição liberal, a liberdade de expressão buscar evitar que o Estado exerça censura. No parágrafo 2º do art. 220 da Constituição Federal, há a vedação expressa a censura nos seguintes termos: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Essa liberdade, porém, não é absoluta, pois encontra limitações impostas pelo próprio constituinte, como também pela colisão com outras garantias fundamentais de mesma grandeza¹⁷. As restrições fixadas pela Constituição são a vedação ao anonimato, proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade e ainda o direito de resposta no caso de abuso do direito de se expressar.¹⁸

Contemporaneamente, a sociedade, marcada pela pluralidade tem enfrentado diversos conflitos que trazem a baila o debate acerca da necessidade de se impor outros limites à liberdade de expressão. Entretanto, ao contrário de outrora, em que se buscava proteger os cidadãos dos abusos do Poder estatal, busca-se o equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes.¹⁹ Segundo José Alfonso da Silva, tais conflitos são inerentes ao pluralismo, pois a sociedade é composta por diversos grupos sociais distintos e “optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos”.²⁰

A partir disso, o ponto nodal da questão são os limites da tolerância nas sociedades multiculturais diante da liberdade e da igualdade. Em todo mundo, discute-se se as garantias conferidas à liberdade de expressão também abarcariam as manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos motivadas por preconceitos de toda ordem, também conhecido como discurso do ódio na doutrina brasileira e *hate speech* no direito comparado.²¹

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹⁷ MENDES, Gilmar. Ob. Cit. p. 366

¹⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit. p. 83.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 208

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.143

²¹ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 208.

O tema desafia os limites tradicionalmente conhecidos do direito à liberdade, especialmente em face da nova concepção de igualdade à luz do direito à diferença²². Surge então uma reflexão necessária acerca da impossibilidade de se tolerar o intolerante, devido aos efeitos danosos que isso pode trazer à sociedade democrática. Necessário que se entenda como se relacionam os comportamentos ou manifestações de caráter discriminatório com a liberdade de expressão.²³

Esse debate se torna ainda mais pertinente no paradigma do Estado Constitucional²⁴, em que a dignidade da pessoa humana é o princípio fundamentador de toda a reflexão filosófica.²⁵ Lembra Christine Peter:

A proteção incontinenti das liberdades civis, principalmente pela utilização de instrumentos e procedimentos adequados, associada ao reconhecimento de direitos fundamentais nos planos social e difuso (os conhecidos direitos fundamentais de 2ª e 3ª dimensão), são provas de que os valores sociais, identificados nas culturas e nos próprios indivíduos, passaram a ser eixos centrais das formulações jurídicas, no contexto do Estado Constitucional.²⁶

Um dos pilares do Estado Constitucional é a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Um dos aspectos da perspectiva objetiva é o efeito irradiante dos direitos fundamentais, assim, as normas de direito infraconstitucional devem ser aplicadas e interpretadas conforme os direitos constitucionais. Além disso, a dimensão objetiva também dá ensejo a uma eficácia dirigente, criando para todo o Estado o dever constante de se concretizar e se efetivar o teor dos direitos materiais.²⁷

O Estado existe para realizar o bem comum. Se os bens mais importantes para a sociedade estão consagrados nos direitos fundamentais, então eles indicam os valores que o Estado deve atuar para sempre proteger e incrementar.

Nesse sentido, válida as lições de Paulo Bonavides:

²² PIOVENSAN, Flávia. Ob. Cit. . 293.

²³ MENDES, Gilmar. A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf, acesso em 20 de setembro de 2011.

²⁴ “De acordo com Antonio-Enrique Pérez Luño, Estado Constitucional constitui uma categoria jurídica já antiga que tem sido compreendida a partir de um novo significado, o qual se refere, em uma das suas perspectivas, à noção de Estado Constitucional como paradigma alternativo ao Estado de Direito, considerado, aqui, como Estado de Direito Legislativo”. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro*. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 4, p. 1-27, 2010, p. 6.

²⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da . A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 4, p. 1-27, 2010. p. 4.

²⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ob. Cit. p. 4.

²⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ob. Cit. p. 13-17.

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade e da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva da garantia contra atos de arbítrio do Estado.²⁸

É preciso compreender quais os limites desejáveis para que a liberdade de expressão continue a exercer o seu papel, sem comprometer os demais valores inerentes ao sistema democrático no contexto de uma sociedade multicultural, com diversas morais.

1.2 A busca pela verdade e o livre debate de ideias.

O discurso do ódio compõe um dos aspectos mais controvertidos da liberdade de expressão²⁹. Como será visto no segundo capítulo, em todas as democracias ocidentais são reconhecidas as implicações nocivas dessas manifestações. No entanto, enquanto nos Estados Unidos entende-se que a censura não é a resposta adequada para a presente questão, o resto do mundo adota medidas cada vez mais restritivas a esse tipo de discurso.³⁰

No Brasil, a questão foi discutida no HC 82.424-4³¹, que será analisado oportunamente neste trabalho. Ao analisar o caso, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ponderação de princípios, decidiu que não se deve estender a proteção constitucional à liberdade de expressão às manifestações como o discurso do ódio, por pregarem valores que vão radicalmente de encontro aos garantidos pela Constituição Federal. Tais manifestações se enquadrariam como um abuso de direito.

Rosenfeld, ao tratar do sistema americano, afirma ser possível distinguir quatro diferentes períodos históricos em que se pode observar significativa mudança na justificação da liberdade de expressão (*free speech*). Também é possível identificar

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 568-569.

²⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit., p. 219.

³⁰ BOYLE, Kevin. *Hate Speech: the United States versus the rest of the world?* Heinonline, Maine Law Review, v. 53, n2, 2001.

³¹ HC 82424-2, Supremo Tribunal Federal

quatro justificativas filosóficas em defesa do discurso livre que explicariam as decisões constitucionais.³²

No primeiro período histórico, a principal função atribuída à liberdade de expressão era garantir ao cidadão uma proteção contra a tirania dos governantes, tratava-se de um direito negativo. No segundo período, porém, garantir proteção ao cidadão individual contra a tirania da maioria (“*tyranny of the majority*”) passou a ser tida como a função basilar do livre debate. No terceiro período, a ênfase migrou do comunicador para o ouvinte, que deveria ter a oportunidade de ter acesso ao maior número de ideias possíveis. No quarto e último período, após o surgimento de diversos movimentos de grupos minoritários, a principal função atribuída à liberdade de expressão passou a ser a proteção das manifestações advindas dos grupos oprimidos e marginalizados contra a tendência hegemônica do discurso dos grupos majoritários.³³

Por sua vez, as quatro justificativas filosóficas encontram respaldo, respectivamente, na defesa da democracia, do contrato social, da busca pela verdade e da autonomia individual. Cada uma dessas justificativas apresenta uma maneira singular de se legitimar a liberdade de expressão. Além disso, diferentes abordagens da mesma justificativa levam a conclusões distintas acerca dos limites necessários entre o discurso que merece ser constitucionalmente protegido e aquele que pode sofrer restrições sem representar uma afronta à Constituição.³⁴

A justificativa democrática se funda na ideia de que a liberdade de expressão é fundamental ao processo democrático como garantidor do autogoverno. Sem a liberdade para convencer e receber ideias, o cidadão não conseguiria promover de maneira adequada o autogoverno. Deve ser assegurada ao discurso político a proteção constitucional, mas não a todos. Os discursos antidemocráticos não seriam abarcados por essa garantia.³⁵

A justificativa com base no contrato social apresenta fundamentos semelhantes à anterior, embora seja mais permissiva em relação à proteção dos discursos. Acredita-se que as instituições políticas fundamentais devem ser justificadas em torno de um acordo atual e hipotético entre todos os membros da “sociedade relevante” (*relevant society*) e mudanças significativas nessas instituições só deveriam

³² ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis*. Working Papers Series n.41/1, 2001. Disponível em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939, acesso em 10 de setembro de 2011.

³³ ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. p. 13

³⁴ ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. p. 15

³⁵ ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. p.15

acontecer através de acordos. Assim, crucial que haja uma livre divulgação e discussão de ideias. Aqui, porém, nenhum discurso pode ser previamente excluído do debate, até mesmo os que representem um risco à democracia.³⁶

A terceira justificativa se funda nas ideias de John Stuart Mill de busca pela verdade. Mill acreditava que a descoberta da verdade ocorre em um processo que consiste na constante tentativa e erro e que requer um debate sem freios. Rosenfeld explica que o pensamento de Mill foi introduzido na jurisprudência americana pelo Justice Oliver Wendell Holmes, que popularizou o famoso argumento de que as melhores ideias venceriam no “livre mercado de ideias”.³⁷

O filósofo inglês foi um dos maiores defensores da liberdade de expressão como meio de se alcançar a verdade. Mill se preocupava com a possibilidade de os governos, ainda que respaldado pela vontade das maiorias, suprimirem do espaço público posições pouco populares acerca de questões controversas. Segundo ele, é impossível afirmar de maneira categórica que uma determinada ideia seja inteiramente errada, dessa maneira, proibir a sua divulgação privaria a sociedade da possibilidade de acesso a uma verdade.

Infelizmente para o bom senso do gênero humano, o fato da sua falibilidade está longe de ter no juízo prático dos homens o peso que sempre se lhe concede em teoria. Pois que, embora cada um saiba bem, no seu íntimo, que é falível, poucos acham necessário tomar quaisquer precauções contra a própria falibilidade, ou admitir que alguma opinião de que estejam certos possa ser um exemplar do erro a que se reconhecem expostos.³⁸

Mill vai além e defende que, mesmo que uma ideia esteja completamente errada³⁹, proibi-la seria um grande erro, pois o confronto de ideias é sempre benéfico para a sociedade, uma vez que as ideias corretas são fortalecidas e sofisticadas no debate público.

Mas o mal específico de se impedir a expressão de uma opinião está em que se rouba o gênero humano; a posteridade tanto quanto as gerações presentes; aqueles que dissentem da opinião ainda mais que os que a sustentam. Se a

³⁶ ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. p.16

³⁷ Rosenfeld destaca, porém, uma divergência entre a abordagem de Mill e a de Holmes: enquanto Mill fundava a sua defesa da liberdade de expressão em uma visão otimista de progresso social, em que a verdade sempre terminaria por superar as concepções erradas, Holmes fundava a sua defesa em uma visão mais cética e pessimista de que o livre mercado de ideias seria necessário como meio de evitar que a expressão fosse suprimida com base em mentiras, além disso, possibilitaria que as pessoas desenvolvessem um senso necessário de dúvidas em relação às próprias certezas. ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. p.17.

³⁸ MILL, John Stuart. Ob. Cit. p. 61.

³⁹ Importante ressaltar que Mill não defende um direito absoluto à liberdade de expressão, pois, para ele, as manifestações que incitassem à violência imediata não gozariam de tal privilégio.

opinião é certa, aquele foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que constitui um bem de quase tanto valor – a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, produzida pela sua colisão com o erro.⁴⁰

Com isso, evitar-se-ia que a opinião correta não terminasse por ser aplicada pela simples reprodução. Mill ensina que, embora algumas opiniões sejam tão robustas a ponto de não se admitir com facilidade a possibilidade de serem falhas, é preciso que sejam frequentemente discutidas, sob o risco de serem sustentadas como um “dogma morto”, não como “verdade viva”.

Quando se proíbe a propagação de um erro, não se arroga maior infalibilidade do que me qualquer outro ato da autoridade pública praticado sob o seu exclusivo critério e responsabilidade. O discernimento é dado aos homens para que o usem. Porque possa ser usado erroneamente, deve-se dizer-lhes que não o usem em absoluto? Quando, pois, eles proibem o que consideram pernicioso, não pretendem que sejam isentos de erro, mas apenas cumprem o dever, que lhes incumbe, de agir segundo sua criteriosa convicção. Se nunca agíssemos segundo nossas convicções porque podem ser erradas, deixaríamos os nossos interesses descuidados e não executaríamos nenhuma das nossas obrigações. Uma objeção aplicável à conduta em geral pode não ser válida em algum caso específico. Os governos e os indivíduos devem formar as opiniões mais verdadeiras possíveis, formá-las cuidadosamente, e jamais as impor a outrem sem que estejam inteiramente seguros da sua justeza. Mas, quando se tem essa segurança (dirão os que nos contradizem), não é consciencioso, e sim covarde, recuar da ação conforme às próprias convicções, bem como tolerar a divulgação irrestrita de doutrinas que honestamente se julgam perigosas à felicidade humana nesta ou noutra vida, baseando-se em que se perseguiram, em épocas menos sábias, pessoas que professavam opiniões hoje tidas por verdadeiras. Tomemos cuidado, dir-se-á, em não cometer os mesmos erros; mas governos e nações têm cometidos erros em outras coisas que não se negam serem objetos adequados do exercício da autoridade: têm lançado maus impostos e feito guerras injustas. Devemos por isso não lançar impostos nem ante qualquer provocação fazer guerras? Homens e governos devem agir segundo o melhor da sua capacidade. Não existe certeza absoluta, mas existe segurança suficiente para os propósitos da vida humana. Podemos e devemos presumir a verdade da nossa opinião, para orientarmos a nossa conduta. Cabe a mesma presunção quando proibimos os maus de perverter a sociedade pela propagação de opiniões que encaramos como falsas e perniciosas.⁴¹

Por fim, a última defesa filosófica do discurso livre apresentada por Rosenfeld é a autonomia, que pode ter duas abordagens distintas. A primeira abordagem é fundada na convicção de que a autonomia individual e o respeito requerem a defesa irrestrita da liberdade de expressão. Dessa maneira, todas as expressões ligadas a uma necessidade própria de cada indivíduo de se expressar deveriam ser protegidas pela constituição.

⁴⁰ MILL, John Stuart. Ob. Cit. p. 60.

⁴¹ MILL, John Stuart. Ob. Cit. p. 62.

Como se pode notar, essa concepção é focada somente no emitente da mensagem. A seu turno, a segunda abordagem foca na autonomia não só do emissor, mas também no impacto dessas mensagens no ouvinte, que pode ter a sua autonomia afetada, especialmente nas hipóteses em que o discurso é utilizado contra minorias oprimidas e historicamente hostilizadas.⁴²

As justificativas aceitas pela jurisprudência constitucional americana, como poderá ser visto em alguns casos emblemáticos analisados adiante, fundam-se principalmente na concepção do contrato social e da busca pela verdade. No caso *Abrahams vs. United States* julgado pela Suprema Corte, o Justice Holmes declarou que “o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição de mercado”. Nessa mesma linha, Ronald Dworkin leciona que a liberdade de expressão favoreceria a tomada de melhores decisões pelas sociedades em temas controvertidos, visto que um maior número de pessoas teria melhores chances de atingir uma resposta correta.⁴³

Um ponto importante aventado por Rosenfeld é a essencialidade da liberdade de expressão para a democracia. Segundo Samanta Ribeiro, deve-se garantir um espaço público onde todos os tipos de opinião, por mais divergentes que sejam, possam ser levados em consideração. Essa proteção individual ampla implica a proteção de todos, pois permite que cada cidadão interessado possa expor abertamente as suas ideias, possibilitando assim a formação de uma opinião pública consciente.⁴⁴

Nesse mesmo sentido, Ronald Dworkin ressalta o papel da política no desenvolvimento consciente e auto refletido da sociedade, o que considera a verdadeira forma de autodesenvolvimento social. Segundo o autor, é por meio da política que as pessoas lutam para fazer vigorar suas convicções acerca da prosperidade humana.⁴⁵

Outro autor que trata da relação do liberalismo com a democracia é Norberto Bobbio, que assevera:

⁴² ROSENFELD, Michel. Ob. Cit. p.17.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 325.

⁴⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, p. 223

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 518. Dworkin ressalva, no entanto, que o argumento “de que a liberdade de expressão é necessária para que o povo governe a si mesmo, explica o fato por que não se deve deixar que o Estado exerça uma censura clandestina, que o povo rejeitaria se dela tivesse consciência. Porém, esse argumento não explica por que não se deve deixar que a maioria das pessoas imponham uma censura que ela queira e aprove”. A liberdade de expressão não seria só um meio, mas também um fim. (DWORKIN, Ronald. O Direito de liberdade... p. 323-324).

Com respeito ao segundo ponto, que se refere não mais à necessidade da democracia para a sobrevivência do Estado Liberal, mas, ao contrário, ao reconhecimento dos direitos invioláveis da pessoa sobre os quais se funda o Estado liberal para o bom funcionamento da democracia, deve-se observar que a participação no voto pode ser considerada como correto e eficaz exercício de um poder político, isto é, o poder de influenciar a formação das decisões coletivas, apenas caso se desenvolva livremente, quer dizer, apenas caso se desenvolva livremente, quer dizer, apenas se o indivíduo se dirige às urnas para expressar o próprio voto goza das liberdades de opinião, de imprensa, de reunião, de associação, de todas as liberdades que constituem a essência do Estado Liberal, e que enquanto tais passam por pressupostos necessários para que a participação seja real e não fictícia.⁴⁶

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio é um defensor ferrenho de uma proteção ampla da liberdade de expressão. Em seu voto dissidente no julgamento do HC 84242-2, o Ministro destacou que a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso VIII, determina que ninguém pode ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.⁴⁷

Nota-se, portanto, que a ideia de democracia vai além de eleições livres e periódicas, é preciso que se garanta ao povo um espaço público aberto em que as ideias controversas sejam debatidas livremente, viabilizando assim que os indivíduos façam parte do autogoverno.⁴⁸

A partir dessa constatação, é preciso verificar se a limitação ao discurso do ódio é uma medida salutar para o regime democrático, que pressupõe, além da liberdade de expressão, a necessidade de garantir a igualdade e outros direitos fundamentais de mesma ordem.

Os que defendem uma concepção mais abrangente da proteção à liberdade de expressão argumentam que o pluralismo político é um dos pilares do regime democrático. Proibir que os indivíduos possam se expressar livremente, ainda que as ideias manifestadas sejam impregnadas das ideologias mais abjetas já produzidas pelo homem, seria inconcebível em uma sociedade plural, que preza pela neutralidade do Estado.⁴⁹

Argumenta-se ainda que a exclusão desses grupos comprometeria a integridade da democracia e que no espaço público é preciso uma postura neutra diante

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6 a ed. Trad. Marco Aurélio. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 44.

⁴⁷ Voto do Ministro Marco Aurélio no HC 82424-2 do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 237.

⁴⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit. p. 224.

das variadas compreensões de como deve se estabelecer a vida em sociedade, não impondo regras a todos com base em padrões e valores de uma moral majoritária.⁵⁰

Não há dúvidas que, diante de uma sociedade plural e com diferentes concepções de mundo, nada melhor do que o debate racional para a tomada de decisões. Ocorre, porém, que o debate racional não é viável em um cenário onde as pessoas se ofendem livremente. Ele só é possível quando os debatedores apresentam uma predisposição a ouvir os argumentos defendidos pelo outro e a ponderar acerca da sua razoabilidade. O discurso do ódio inviabiliza um ambiente adequado para a tomada de decisões.⁵¹

Daniel Sarmiento, partindo de uma concepção deliberativa de democracia, refuta os argumentos acima e opõe que o discurso do ódio só prejudicaria o processo democrático, visto que tende a provocar em suas vítimas ou uma reação violenta ou o silêncio. Em qualquer dos casos, o efeito seria maléfico, pois ou representaria um grande risco à ordem social ou excluiriam do espaço público vozes relevantes que possibilitariam pluralizar o debate.⁵²

Diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência ou retirar-se da discussão, amedrontado e humilhado. Nenhum deles contribui minimamente para “a busca da verdade”.⁵³

As expressões de ódio, além de não contribuem para o debate racional, comprometem seriamente a continuidade da discussão.

O autor continua e expõe que ainda que as ideias radicais não costumem ter grande receptividade nas sociedades democráticas modernas, elas servem para reforçar estereótipos negativos, o que faz com que estes grupos vitimados tenham ainda mais dificuldades para serem ouvidos no espaço público.⁵⁴ Não há como defender o livre embate de ideias quando a dinâmica social coloca uma mordaza em uma parcela relevante dos membros da sociedade que, mesmo tendo muito a dizer e a contribuir, tem o seu espaço de fala suprimido e as suas declarações desvalorizadas.

No entanto, apesar de ser uníssono o reconhecimento de que os efeitos do discurso do ódio pode comprometer o alcance de uma deliberação racional, há ainda os que defendem que, em uma sociedade plural e impregnada das mais diversas visões de

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 419.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 236.

⁵² SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 238.

⁵³ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 236.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 239

mundo, seria necessária a suspensão das regras para que se possibilite aos indivíduos a crítica a moral majoritária.⁵⁵

Norberto Bobbio, ao citar Tocqueville, afirma que a ameaça que deriva da democracia é a tirania da maioria, “o perigo que a democracia corre como progressiva realização do ideal igualitário é o nivelamento, cujo efeito final é o despotismo”.⁵⁶

De fato, o debate público não pode ser limitado com base em regras de civilidade de uma cultura dominante, até mesmo porque, muitas vezes, as demandas dos grupos excluídos não se adequa aos parâmetros socialmente aceitos. Ocorre, porém, que ao considerar o discurso público como meio de possibilitar o autogoverno, é preciso se reconheça determinados princípios normativos, sendo o mais importante deles a dignidade da pessoa humana, pois é ela que possibilita que as interações públicas sejam um verdadeiro debate com alguma possibilidade de entendimento. Importante ressaltar que em uma sociedade plural é onde a necessidade de reconhecimento da igualdade entre os membros da sociedade no debate público é ainda maior.⁵⁷

Outro ponto levantado por aqueles que advogam pela proteção ao discurso do ódio é o de que a liberdade de expressão é fundamental para a autonomia do indivíduo. O ser humano, como criatura social que é, necessita se comunicar. A possibilidade de se expressar é dimensão essencial da dignidade da pessoa humana⁵⁸. Por isto, quando se tolhe esta capacidade, limita-se a possibilidade de o indivíduo seguir um projeto de vida ordenado de acordo com os seus desejos.⁵⁹

Para que o indivíduo possa desenvolver a sua personalidade de maneira livre, é realmente preciso que se permita a exposição às mais diferentes opiniões acerca dos temas mais diversos. Se partirmos somente da ideia de que o homem adulto tem plena capacidade de formar as suas próprias convicções, não competiria ao Estado instituir o que é ou não adequado.⁶⁰ Dworkin argumenta que o Estado não pode ser paternalista a ponto de considerar os seus cidadãos como incapazes de fazer escolhas sem a sua tutela, como se precisassem ser protegidos da própria ignorância.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 357.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Ob. Cit. p. 57.

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Ob. Cit. p. 298.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 242.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 242.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

O Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas.⁶¹

Não se pode negar que o Estado atinge de maneira negativa àqueles que são proibidos de comunicar publicamente as suas ideias e também aos que deixam de ouvi-las. Mas é importante que se ressalte outro aspecto importante da proibição, qual seja, a possibilidade de as vítimas dessas manifestações de ódio desenvolverem a sua identidade de maneira mais completa.⁶²

Rosenfeld destaca também que uma abordagem focada em uma concepção tão restrita de autonomia e respeito não é suficiente. É importante que se considere o ouvinte da mensagem, principalmente no caso do discurso do ódio, que tem o poder de afetar drasticamente a autonomia e o respeito próprio dos seus alvos.⁶³

O efeito silenciador do discurso do ódio não pode ser esquecido ao se ponderar as consequências da sua proibição. O apego aos critérios meramente formais da liberdade de expressão em prol de um amplo debate tem como efeito justamente um debate em que se nega a multiplicidade de manifestações e debatedores.

1.3 O papel da tolerância em um Estado Plural

No contexto cultural em que vivemos, ou seja, de uma sociedade com padrões morais pouco homogêneos, aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito de viver à sua maneira, a tolerância é inquestionavelmente um valor fundamental.⁶⁴

Porém, é importante analisar os limites de tolerância desejável. É salutar que se tolere o intolerante? Karl Popper, em seu livro “A sociedade aberta e seus inimigos”, fala do “paradoxo da tolerância”, em que argumenta que “a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância”. Popper explica que não é sempre que se devem suprimir as manifestações de filosofias intolerantes; enquanto for

⁶¹ DWORKIN, Ronald. Ob. Cit. p. 319.

⁶² SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 243.

⁶³ ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. Working Papers Series n.41/1, 2001. Disponível em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939, acesso em 10 de setembro de 2011.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 243.

possível contrapor a elas o argumento racional e mantê-las controladas pela opinião pública, suprimir não seria a melhor escolha. Mas é importante que se proclame o direito a suprimi-los, ainda que pela força.⁶⁵

Norberto Bobbio, por sua vez, pondera que esse valor não pode ser absoluto e o único critério razoável que pode ser estabelecido é o de que “a tolerância deve ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o princípio de tolerância, ou, mais brevemente, todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes”.⁶⁶ Mas, ressalva que mesmo esse critério não é de fácil realização na prática, pois há vários graus de intolerância e variados âmbitos em que ela poderia se manifestar. Por fim, conclui que:

Responder ao intolerante com a intolerância... é certamente algo eticamente pobre e talvez politicamente inoportuno. Não estamos afirmando que o intolerante acolhido no recinto da liberdade, compreenda necessariamente o valor ético do respeito às ideias alheias. Mas é certo que o intolerante perseguido jamais se tornará um liberal. Pode valer a pena pôr em risco a liberdade fazendo com que ela beneficie também o seu inimigo, se a única alternativa possível for restringi-la até o ponto de fazê-la sufocar, ou, pelo menos, de não lhe permitir dar todos os seus frutos. É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão.⁶⁷

De acordo com Ronald Dworkin, apesar de a sociedade correr o risco de, ao menos em um primeiro momento, ficar em uma situação menos favorável por tolerar o discurso político odioso, não obstante, ao analisar os efeitos a longo prazo, ficará em situação melhor se tolerar esse discurso.⁶⁸ A tese esposada por Dworkin é consonante com a tradição norte-americana em garantir uma ampla proteção à liberdade de expressão. Além disso, a desconfiança estaria ligada à desconfiança comum que nutre o povo americano no que se refere a atribuir ao Estado o poder de ser o censor e decidir o que deve ou não ser tolerado.⁶⁹

No caso *Snyder vs. Phelps et al.*, o Justice Black bem ilustrou o pensamento liberal norte americano ao asseverar que nenhuma legislatura tem o poder

⁶⁵ POPPER, Sir Karl R. A sociedade aberta e seus inimigos. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiana, 1974, pg. 289.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos: tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 213.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. Ob. Cit. p. 214.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo, Martins Fontes, 2001, pg. 523.

⁶⁹ KAHN, Robert A. Why There Was no Cartoon Controversy in the United States, disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=1008997> (2007, pg. 5)

de decidir quais assuntos públicos o povo americano pode discutir, pois, em um país livre, trata-se de escolha individual.⁷⁰

Não restam dúvidas de que há uma ligação direta entre os limites da tolerância e as balizas que buscamos a proteção à liberdade de expressão. Sarmento comenta a obra de Leo C. Bollinger, que defende a proteção ao discurso do ódio, partindo da concepção de sociedade tolerante. Segundo Sarmento, Bolinger diz que as teorias tradicionais não são mais suficientes para justificarem a ampla proteção dada à liberdade de expressão no direito norte-americano. Propõe então o desenvolvimento da tolerância na sociedade como justificativa alternativa para tal proteção. Segundo essa teoria, a necessidade de tolerar ideias pelas quais os indivíduos nutrem desprezo teria como efeito positivo o desenvolvimento do autocontrole emocional.⁷¹

Todavia, o preço a ser pago pelas vítimas dessas manifestações de ódio torna tal proposição injusta. As minorias estigmatizadas são obrigadas a conviver com problemas que vão muito além do simples desconforto com ideias desprezíveis, pois o efeito desses discursos reflete-se de maneira drástica na forma que vivem e na dinâmica de convivência com os demais grupos sociais.

Aliás, como bem sustenta Sarmento, é improvável que a liberação do discurso do ódio promova a ideia de tolerância. Parece-nos mais provável que o efeito seja a disseminação cada vez maior do preconceito contra os grupos alvos e a instauração de um ambiente de hostilidade entre os diferentes grupos sociais.⁷²

Claudio Zangui, ao tratar do tema, argumenta que, da mesma forma que a tolerância não concebe uma verdade absoluta, também não se compatibiliza com a indiferença. Assim, a tolerância não pode ser vista como aceitação sem critérios, pois a admissão da liberdade e da diferença aqui estará sempre conectada com outros valores fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade, o direito a não discriminação e a dignidade humana.⁷³

Não é possível que se sustente que um Estado que se funda em valores como a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a própria liberdade fique inerte

⁷⁰ Snyder vs. Phelps et al. Manifestação do justice Black: “My own belief is that no legislature is charged with the duty or vested with the power to decide what public issues Americans can discuss. In a free country that is the individual's choice, not the state's. State experimentation in curbing freedom of expression is startling and frightening doctrine in a country dedicated to self-government by its people. I reject the holding that either state or nation can punish people for having their say in matters of public concern”.

⁷¹ BOLLINGER apud SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 244.

⁷² SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 255.

⁷³ ZANGUI, Cláudio. *Direitos humanos e tolerância*. In Direitos Humanos: novas dimensões e desafios / Janusz Symonides. Brasília: UNESCO Brasil, secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, p. 265.

diante de tais ameaças. Diante dos que são alvos dessas agressões, a neutralidade do Estado soa justamente como uma tomada de posição.

Válido aqui citar as palavras do Constituinte Carlos Alberto Caó em emenda aditiva que deu origem ao art. ao artigo 5º, XLII:

Passado praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1988. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-la em crime.⁷⁴

As violações aos direitos fundamentais não devem ser toleradas pelo Estado, tendo em vista que o seu papel é justamente o de evitar as violações e, caso não consiga, ao menos deve punir os responsáveis e amparar as vítimas.⁷⁵

1.4 As consequências da promoção do discurso do ódio diante do direito à igualdade e a identidade

O exercício da liberdade de expressão pode ter efeitos indesejados, a formação de um debate robusto de ideias é um de seus objetivos. Nesse debate, alguns fatalmente são prejudicados e esta é uma implicação desagradável, mas razoável da liberdade de expressão. Um exemplo recente é o de um famoso cozinheiro francês Bernard Loiseau, que cometeu suicídio após descobrir que o seu restaurante perderia a classificação de três estrelas no Michelin – a maior nota do mais influente guia de restaurantes do mundo.⁷⁶

Apesar de o efeito trágico neste caso pontual, parece não restar dúvidas de que não seria razoável que se proibisse a revista em proceder a sua avaliação para que resultados como esse não voltassem a acontecer.

Todavia, alguns danos graves causados pelo uso abusivo da liberdade de expressão devem ser evitados pelas instâncias jurídicas, pois os seus efeitos extrapolam o razoável. Neste ponto, válido citar as lições de Sarmento:

Com efeito, as manifestações de ódio, preconceito e intolerância tendem a provocar uma babel de sentimentos negativos nas suas vítimas – angústia,

⁷⁴ Voto do Ministro Moreira Alves no HC 82.424

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 246.

⁷⁶ http://veja.abril.com.br/230507/p_134.shtml

revolta, medo, vergonha. Estes sentimentos, segundo Mari J. Matsuda, jurista expoente da *Critical Race Theory* nos Estados Unidos, são frequentemente psicossomatizados e podem atingir a dimensão de sofrimento físico. Como tais ataques expressivos são quase sempre dirigidos contra integrantes de grupos vulneráveis, que já enfrentam o estigma social, e têm por isso, com frequência, problemas de autoestima, eles podem desencadear verdadeiras crises de identidade nas suas vítimas, como foi destacado na decisão do já citado caso *Regina vs. Kegstra* proferida pela Suprema Corte do Canadá.⁷⁷

Outro efeito nefasto dessas manifestações é o de reforçar preconceitos e estigmas sociais, que provocam a discriminação. Em seus estudos, o sociólogo Erving Goffman⁷⁸ trata do estigma e de como ele afeta a percepção da sociedade em relação à identidade social do indivíduo estigmatizado e como o próprio sujeito alvo passa a se perceber.

As atitudes que nós, normais, temos com uma pessoa com um estigma, e os atos que empreendemos em relação a ela são bem conhecidos na medida em que são as respostas que a ação social benevolente tenta suavizar e melhorar. Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida: Construimos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. Utilizamos termos específicos de estigma como aleijado, bastardo, retardado, em nosso discurso diário como fonte de metáfora e representação, de maneira característica, sem pensar no seu significado original.⁷⁹

No discurso do ódio, as palavras são usadas como armas para atacar, aterrorizar, humilhar e degradar, sendo que os danos não se limitam ao grupo alvo ou ao estado psicológico e emocional individual, mas também à liberdade, dignidade e personalidade individuais e da sociedade como um todo. Em uma escala individual é provado que “de maneira imediata, os danos do discurso do ódio incluem respiração rápida, dores de cabeça, aumento da pressão arterial, vertigem, batimentos cardíacos acelerados, abuso de drogas, comportamento de risco e até mesmo suicídio”⁸⁰. Alguns estudos científicos aventam a hipótese de a pressão alta comum em muitos afrodescendentes estar relacionada com a repressão ou supressão de raiva, não excluindo os fatores genéticos.⁸¹

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 246.

⁷⁸ GOFFMAN, Erving, *Estigma-Notas sobre a Manipulação da Identidade deteriorada*, 1980, Brasil, Zahar Editores.

⁷⁹ GOFFMAN, Erving, Ob. Cit. p.14-15.

⁸⁰ BAKIRCIOGLU, Onder. *Freedom of Expression and Hate Speech*. Heinonline, 16 Tul. J. Comp. & Int'l L. 1 2008-2009, p. 4).

⁸¹ BAKIRCIOGLU, Onder. Ob. Cit. p. 5.

Os efeitos psicológicos do discurso do ódio ainda incluem medo, pesadelos e a exclusão dos indivíduos ou grupo alvos do resto da sociedade. As crianças e os jovens seriam mais suscetíveis a serem afetadas negativamente pelo discurso opressor; a compreensão que desenvolvem de raça é a de que pertencer a uma determinada raça faz diferença, pois algumas são melhores do que outras.⁸²

Os efeitos nocivos do discurso do ódio afetam a toda a sociedade. É certo que não só os indivíduos alvos “sofrem uma perda de dignidade, autoestima e noção de pertencimento à comunidade, mas o grupo alvo sofre estranhamento da sociedade, uma perda de identidade cultural e em termos de reputação do próprio grupo”. Como consequência natural, a sociedade como um todo se torna mais frágil, pois a intolerância desagregadora impede uma participação igualitária e saudável de todos no processo democrático.⁸³

No Brasil, vemos os efeitos dessas manifestações em ataques violentos cada vez mais corriqueiros às minorias sociais, como os negros, nordestinos e homossexuais.

Válido aqui, mais uma vez, citar Daniel Sarmiento:

Ademais, é certo que o modo como a sociedade envolvente enxerga as pessoas é um componente importante da forma como elas mesmas se reconhecem. Por isso, como ressaltou Charles Taylor, ‘a projeção sobre o outro de uma imagem inferior ou humilhante pode em realidade deformar e oprimir até o grau em que esta imagem seja internalizada’. A falta de reconhecimento social tende a conduzir a uma “perda de autoestima pessoal, ou seja a uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidade de características’, como salientou Axel Honneth. E a autoestima é um bem absolutamente fundamental para o indivíduo, que se conecta não só ao seu bem estar psíquico, mas à sua própria capacidade de eleger e de perseguir autonomamente os seus planos de vida.⁸⁴

Essas consequências variam de acordo com diversos fatores, entre eles a sensibilidade natural de cada indivíduo para lidar com situações adversas, mas é certo que os danos à sociedade de um modo geral são graves e devem ser considerados pelo Estado.

Muitos dos que advogam pela proteção ao discurso do ódio defendem ainda que a repressão não produz efeitos práticos, além de o perigo da punição dar

⁸² BAKIRCIOGLU, Onder. Ob. Cit. p. 5.

⁸³ BAKIRCIOGLU, Onder. Ob. Cit. p. 5.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 246.

maior publicidade às manifestações de ódio ⁸⁵. Outro argumento é o de que esta limitação criar um perigoso precedente que pode ser usado contra as próprias minorias, como aconteceu na Inglaterra, onde o primeiro a ser punido pela lei contra a incitação ao ódio racial foi um negro. ⁸⁶

Por óbvio, a proibição dessas manifestações por si só não é a solução para o problema do racismo, da homofobia, da xenofobia e demais preconceitos que assolam a sociedade. É certo que é preciso que os Estados adotem outras medidas que permitam que a igualdade e demais direitos fundamentais tenham mais do que o caráter formal e possam ser objetivamente concretizados. E proibir as manifestações de ódio é uma medida que pode e deve ser adotada juntamente com outras para que se garanta a efetividade dos direitos fundamentais em sua plenitude e em consonância com uma sociedade plural e justa. ⁸⁷

Cada manifestação deve ser analisada isoladamente para se entender o contexto e o seu poder nocivo. Rosenfeld propõe que a melhor maneira para se regular o discurso do ódio é conformar determinados princípios fundamentais que vão além de diferenças históricas, geográficas e culturais e, ao mesmo tempo, são suficientemente abertos para acomodar importantes variáveis relacionadas às aludidas diferenças. Os princípios envolvidos seriam a abertura ao pluralismo e respeito pelo mais elementar grau de autonomia, igualdade, dignidade e reciprocidade. As variáveis, por sua vez, incluiriam a necessidade de se atentar às particularidades da origem e natureza da discriminação, os costumes e ainda o status e poder tanto do interlocutor como do ouvinte. ⁸⁸

⁸⁵ Norberto Bobbio afirma que “a tolerância como mal menor, ou como mal necessário (...) não implica a renúncia à própria convicção firme, mas implica pura e simplesmente a opinião (a ser eventualmente revista em cada oportunidade concreta, de acordo com as circunstâncias e as situações) de que a verdade tem tudo a ganhar quando suporta o erro alheio, já que a perseguição, como a experiência histórica o demonstrou com frequência, em vez de esmagá-lo, reforça-lo”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*: tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992., p. 213

⁸⁶ POTIGUAR, Alex Lobato. *Igualdade e Liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, pg. 15.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 249.

⁸⁸ No original: “In the last analysis, the best way to deal with the problems likely to arise in connection with regulation of hate speech is to approach them consistent with a set of fundamental normative principles, and in light of certain key contextual variables. In other words, the standards of constitutionally permissible regulation of hate speech should conform to certain fundamental principles that transcend geographical, cultural and historical differences¹⁴¹, and at the same time remain sufficiently open to accommodate certain highly relevant historical and cultural variables. The fixed principles involved are openness to pluralism and respect for the most elementary degree of autonomy, equality, dignity and reciprocity. The variables, on the other hand, include the particular history and nature of discrimination, status as minority or majority group, customs, common linguistic practices, and

Quanto à alegação de que os limites impostos à liberdade de expressão possam ser utilizados contra as minorias, essa preocupação é real e deve ser tratada com cautela. Ocorre que não podemos limitar a proteção normativa por considerarmos que os agentes estatais responsáveis poderão utilizá-las de maneira desigual, pois, se assim o fosse, teríamos de rever todos os documentos do nosso ordenamento jurídico, que é constantemente aplicado de maneira desigual contra aqueles que menos possuem ferramentas para se defenderem.

Para uma análise mais ampla do assunto, será analisado a seguir como os sistemas jurídicos tem lidado com a situação no caso concreto. É diante das peculiaridades do caso real que a complexidade do tema se torna mais evidente.

Capítulo 2. O discurso do ódio no direito comparado.

2.1. O sistema norte-americano e a primazia da liberdade.

No sistema americano, a liberdade de expressão foi incorporada ao ordenamento jurídico pela Primeira Emenda, que dispõe:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.⁸⁹

Apesar de ter sido incluída tão cedo, somente no século XX que o direito passou a ser efetivamente protegido pelo direito americano. Desde então, o Poder Judiciário vêm ampliando o âmbito de proteção, ainda que represente uma agressão a outros direitos.⁹⁰

É importante ressaltar, entretanto, que apesar da leitura ampla que alguns possam fazer das garantias contidas no texto da Primeira Emenda, até os mais liberais concordam que o referido direito não tem caráter absoluto. Em um famoso voto, o juiz Oliver Wendell Holmes afirmou que a liberdade de expressão não protege àquele que grita falsamente “fogo” em um teatro lotado.⁹¹

A proteção à liberdade de expressão conferida pelo sistema americano tem sido delimitada por intensos debates públicos e uma vasta jurisprudência, havendo setores que são considerados fora do alcance de proteção da 1ª emenda, como a obscenidade, expressamente rechaçada no próprio texto constitucional e outros setores que recebem uma proteção menos intensa, como a propaganda comercial, e ainda os setores aos quais é garantida uma proteção quase absoluta, como é o caso do discurso político.⁹²

⁸⁹ Tradução livre: "O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou acerca do direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas."

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 211

⁹¹ POTIGUAR, Alex Lobato. *Igualdade e Liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, p. 33

⁹² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e o discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 141.

O caso *Beauharnais vs. Illinois*⁹³, julgado no início da década de 50 pela Suprema Corte, é tido como um dos primeiros julgados relevantes envolvendo a matéria. Tratava da condenação criminal de um homem por distribuir panfletos em Chicago em que chamava os brancos a se unirem contra os negros e a não se miscigenarem, acusando os afrodescendentes de serem os responsáveis por diversos crimes, como estupros, assaltos, entre outros absurdos. A condenação teve por base Lei do Estado de Illinois⁹⁴ que vetara a exposição em espaço público de publicações que atribuíssem a determinados grupos minoritários características negativas, sujeitando o grupo ao desprezo ou podendo causar tumulto. A Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da lei, com base na vedação à difamação coletiva.

Válido aqui destacar o trecho do voto do magistrado Frankfurter, em que sustentou que as ofensas pessoais “não são parte essencial de qualquer exposição de ideias, e possuem um valor social tão reduzido como passo em direção à verdade que qualquer benefício que ser derivado delas é claramente sobrepujado pelo interesse social na moralidade e na ordem” e ainda ressaltou que “o trabalho de um homem e suas oportunidades educacionais e a dignidade que lhe é reconhecida podem depender tanto da reputação do grupo racial ou religioso a que ele pertença como dos seus próprios méritos. Sendo assim, estamos impedidos de dizer que a expressão que pode ser punível quando imediatamente dirigida contra indivíduos, não pode ser proibida se dirigida a grupos”⁹⁵.

Apesar de a decisão ter sido favorável à restrição ao discurso do ódio, três juízes (Justice Black, Justice Douglas e Justice Jackson) apresentaram votos dissidentes, que, posteriormente, representariam a posição preponderante sustentada pela Corte em suas decisões, como se poderá verificar nos casos a seguir analisados.

⁹³ 343 U.S. 250 de 1952, a decisão da Suprema Corte está disponível em http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/beauharnais.html, acessado em 08/10/2011.

⁹⁴ § 224a of the Illinois Criminal Code, Ill. Rev. Stat., 1949, c. 38, Div. 1, § 471: "It shall be unlawful for any person, firm or corporation to manufacture, sell, or offer for sale, advertise or publish, present or exhibit in any public place in this state any lithograph, moving picture, play, drama or sketch, which publication or exhibition portrays depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion which said publication or exhibition exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots. . . ."

⁹⁵ A tradução foi retirada de SARMENTO, Daniel, Ob. Cit. p. 213. No original: “a man's job and his educational opportunities and the dignity accorded him may depend as much on the reputation of the racial and religious group to which he willy-nilly belongs, as on his own merits. This being so, we are precluded from saying that speech concededly punishable when immediately directed at individuals cannot be outlawed if directed at groups with whose position and esteem in society the affiliated individual may be inextricably involved”.

Em seu voto divergente, o Justice Black afirma que, em um país livre, nenhuma legislatura é revestida com o poder de decidir acerca de quais assuntos de interesse público o povo pode ou não discutir. No mesmo sentido, Justice Douglas afirma que a decisão da Suprema Corte representa um atentado a Primeira Emenda e reflete a ideia de que os legisladores podem controlar os grupos minoritários.⁹⁶

A posição da Suprema Corte, porém, foi logo revertida. Apesar de a Corte não ter repudiado expressamente a ideia de difamação coletiva, passou a dar maior ênfase ao fortalecimento do debate⁹⁷. No caso *Brandenburg vs. Ohio*⁹⁸, ocorrido em 1969, a Suprema Corte reformou a condenação de um líder da Ku Klux Klan por apologia ao crime. Brandenburg, líder do grupo racista no Estado de Ohio, telefonou para um repórter de uma estação de TV em Cincinnati e o convidou para assistir a um encontro dos membros da Ku Klux Kan que ocorreria em uma fazenda. Com a cooperação dos organizadores, o repórter e um cinegrafista registraram o evento. Posteriormente, parte das gravações foi ao ar em um canal local e em rede nacional.

Nas gravações, o acusado diz que os negros devem ser devolvidos para África e que, caso o Congresso e a Suprema Corte continuassem a tomar medidas que prejudicassem os caucasianos, era possível que ocorresse alguma represália⁹⁹.

Em sua decisão, a Suprema Corte não chegou a enfrentar a questão do racismo, limitou-se a dizer que o Estado de Ohio não poderia proibir a defesa da ideia do uso de armas ou da desobediência a uma determinada lei, pois isso seria um atentado à Primeira Emenda, distinguindo assim a defesa de ideias racistas da incitação à prática

⁹⁶ No original: “Debate and argument even in the courtroom are not always calm and dispassionate. Emotions sway speakers and audiences alike. Intemperate speech is a distinctive characteristic of man. Hotheads blow off and release destructive energy in the process. They shout and rave, exaggerating weaknesses, magnifying error, viewing with alarm. So it has been from the beginning; and so it will be throughout time. The Framers of the Constitution knew human nature as well as we do. They too had lived in dangerous days; they too knew the suffocating influence of orthodoxy and standardized thought. They weighed the compulsions for restrained speech and thought against the abuses of liberty. They chose liberty. That should be our choice today no matter how distasteful to us the pamphlet of Beauharnais may be. It is true that this is only one decision which may later be distinguished or confined to narrow limits. But it represents a philosophy at war with the First Amendment--a constitutional interpretation which puts free speech under the legislative thumb. It reflects an influence moving ever deeper into our society. It is notice to the legislatures that they have the power to control unpopular blocs. It is a warning to every minority that when the Constitution guarantees free speech it does not mean what it says.”

⁹⁷ ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis*. Working Papers Series n.41/1, 2001. Disponível em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939, acesso em 10 de setembro de 2011.

⁹⁸ 410 U.S. 444 de 1969

⁹⁹ “We're not a revengent organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revengeance taken.”

de atos violentos, estes sim não protegidos pelo ordenamento¹⁰⁰. Alguns juízes foram além e defenderam que as manifestações de ódio, ainda que pudessem dar ensejo a uma ação concreta, representando um perigo claro e iminente (*clear and present danger*), era duvidosa a possibilidade de imposição de restrições à Primeira Emenda. Assim foram os votos dos Justices Black e Douglas.

Outro caso simbólico citado é o caso *Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*. O Partido Nacional Socialista da América organizou uma passeata em que seus membros pretendiam marchar trajando uniformes militares nazistas e carregando bandeiras com a suástica. O município escolhido para ser palco do evento foi o de Skokie, localizado no subúrbio de Chicago e habitado por 70.000 habitantes, sendo destes 40.000 judeus e 5.000 sobreviventes do Holocausto. O município tentou das diversas formas impedir a marcha, mas todas as medidas foram consideradas inconstitucionais pelos tribunais de Illinois. O caso não chegou a ser analisado pela Suprema Corte, pois esta se recusou a examinar. Por fim, os manifestantes, mesmo com a autorização para fazerem a passeata, optaram por transferir o evento para cidade de Chicago, onde marcharam protegidos pela força policial.¹⁰¹

O entendimento firmado pela jurisprudência norte americana é o de que as restrições ao discurso do ódio envolvem limitações ao discurso político, o que representaria uma afronta à proteção constitucional garantida pela Primeira Emenda. Tal entendimento parte da ideia de que o Estado deve ser neutro em relação às ideias presentes na sociedade, cabendo a ele conferir às ideias mais abjetas, como as racistas e segregacionistas, a mesma proteção que dedica às manifestações de defesa dos direitos humanos. A única exceção aceita é a vedação às chamadas *fighting words*, ou seja, manifestações que tem o poder de causar uma reação violenta imediata¹⁰². Todavia, até mesmos nesses casos não há garantia de proteção.

Nesse sentido, o precedente *R.A.V. vs. City of St. Paul*¹⁰³, em que a Suprema Corte relativiza o entendimento em relação às *fighting words*. Nesse caso, jovens foram presos por atarem fogo em uma cruz, símbolo da Ku Klux Kan, e a colocarem no quintal da casa de uma família negra. Eles foram condenados com base em uma lei local que tipificava a conduta daquele que colocasse símbolo em propriedade pública ou privada, elencando como exemplos uma cruz em chamas e

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 214.

¹⁰¹ ROSENFELD, Mitchel. Ob. Cit. p. 22

¹⁰² SARMENTO, Daniel Ob. Cit. p. 215.

¹⁰³ 505 U.S. 377 (1992)

suástica nazista, tendo a consciência de que tal símbolo causa medo, raiva ou ressentimento com base em raça, cor, credo, religião ou gênero¹⁰⁴.

Em sua sustentação oral¹⁰⁵, o advogado da defesa Mr. Cleary sustentou a tese de que o Estado não poderia optar por criminalizar somente certas categorias de *fighting words*, pois isto representaria uma postura parcial. Segundo a tese defendida por Cleary, esse tipo de lei afronta a 14ª Emenda, que trata do direito à igualdade, pois o Estado limitaria somente a uma parcela da sociedade os direitos garantidos pela 1ª Emenda.

A Suprema Corte entendeu que apesar de ser lícito ao Estado criar leis que combatessem as *fighting words*, não poderia criar leis combatendo somente as ideias pelas quais temos desprezo, pois cabe ao legislador manter a imparcialidade.¹⁰⁶ Segundo o princípio da neutralidade de conteúdo, o Estado é proibido de “controlar a decisão das pessoas acerca dos diversos pontos de vistas enfrentados, favorecendo ou prejudicando uma das partes em debate”.¹⁰⁷

Aqui, a Suprema Corte se mostrou indiferente ao conturbado histórico de conflitos raciais que marcaram a história dos Estados Unidos e o impacto dessas manifestações. Ao analisar tal decisão, Rosenfeld destaca que o grupo alvo nesse caso já havia experimentado o ódio, o medo e a preocupação por conta da tensão racial existente na sociedade americana.¹⁰⁸

Entretanto, em outro caso semelhante, *Virginia vs. Black et al*¹⁰⁹, a Suprema Corte considerou constitucional uma lei do Estado da Virginia que criminalizava a queima de cruzeiros com o intento de intimidação de qualquer pessoa ou grupo¹¹⁰. Apesar de haver uma evidente semelhança entre os dois casos, a Suprema

¹⁰⁴ No original: "Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor."

¹⁰⁵ O áudio e a transcrição do debate oral do caso estão disponíveis em http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1991/1991_90_7675, acessado em 15/11/2011.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 216.

¹⁰⁷ FISS apud MEYER-PFLUG. Ob. Cit. p. 147.

¹⁰⁸ ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. Working Papers Series n.41/1, 2001. Disponível em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939, acesso em 10 de setembro de 2011, pg. 27

¹⁰⁹ 538 U.S. 343 (2003). O áudio e a transcrição do debate oral do caso estão disponíveis em http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2002/2002_01_1107#argument, acessado em 15/11/2011.

¹¹⁰ No original: §18.2-423. That statute provides: "It shall be unlawful for any person or persons, with the intent of intimidating any person or group of persons, to burn, or cause to be burned, a cross on the property of another, a highway or other public place. Any person who shall violate any provision of this section shall be guilty of a Class 6 felony."

Corte alegou que, enquanto no primeiro caso a lei havia direcionado a limitação contra um determinado discurso, o mesmo não teria acontecido no caso da lei do Estado da Virgínia.

Recentemente, em 2011, a Suprema Corte julgou o polêmico caso *Snyder vs. Phelps et al*¹¹¹. Nos últimos 20 anos, a Igreja Batista Westboro tem realizado piquetes em funerais militares para comunicar a sua crença em que Deus odeia os Estados Unidos da América pelo estilo de vida dos seus cidadãos e por tolerar os homossexuais, particularmente nas forças Armadas. Fred Phelps, fundador da Igreja, acompanhado de seis fiéis, todos seus parentes, viajaram para Maryland para protestarem no funeral de Matthew Snyder, soldado da Marinha morto na Guerra do Iraque. Os protestantes se posicionaram nas proximidades da igreja em que ocorreria o funeral, empunhando cartazes com os seguintes dizeres “Thank God for Dead Soldiers”, “Fags Doom Nations” e “You’re Going to Hell”.

O pai de Snyder entrou com uma ação alegando ofensa a vários preceitos legais¹¹², entre eles difamação e infligir intencionalmente sofrimento emocional. Em sua defesa, Westboro alegou que o discurso da Igreja estava protegido pela Primeira Emenda.

Em sua decisão, a Suprema Corte entendeu que as mensagens dos manifestantes eram referentes a problemas de interesse público, quais sejam, a conduta política e moral dos Estados Unidos e seus cidadãos, o destino da nação, a presença de gays no exército e os escândalos envolvendo a Igreja Católica.¹¹³

E, mesmo que nos cartazes utilizados alguma ofensa fosse direcionada a um indivíduo em particular, isto não mudaria o fato de que o assunto dominante no discurso era alusivo a um tema de interesse público. Sustentaram ainda que o contexto da manifestação por si só não seria suficiente para transformar a natureza do discurso. A escolha do enterro seria uma estratégia utilizada para que a mensagem atingisse um número maior de pessoas e, apesar de ser causa de um grande sofrimento aos familiares de Snyder, isto não teria o poder de diminuir a proteção garantida pela Primeira Emenda.¹¹⁴

Any such burning of a cross shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group of persons.”

¹¹¹ 200 U. S. 321 de 2011.

¹¹² Defamation, publicity given to private life, intentional infliction of emotional distress, intrusion upon seclusion, and civil conspiracy.

¹¹³ Voto do Chief Justice Roberts, representando a opinião da Corte.

¹¹⁴ Voto do Chief Justice Roberts, representando a opinião da Corte.

Em seu voto discordante, Justice Alito sustentou “que para se tenha uma sociedade onde questões públicas possam ser abertas e vigorosamente debatidas, não é necessário que se permita a brutalização de vítimas inocentes”.¹¹⁵

Válida aqui a crítica feita por Daniel Sarmiento ao tratamento dado às manifestações de ódio pelo sistema americano. Segundo o autor, o que assusta não é o que foi dito nas decisões da corte, mas o que foi deixado de fora da discussão. Em nenhum dos casos, o Judiciário norte-americano enfrentou a questão da igualdade, protegida pela 14ª Emenda da Constituição, e os demais valores envolvidos no debate¹¹⁶.

A posição americana diverge de maneira substancial do resto do mundo¹¹⁷, que também confere um amplo prestígio à liberdade de expressão, crucial para a concretização de um Estado plural. Daniel Sarmiento aponta a tradição do constitucionalismo americano em conferir uma maior proteção à liberdade em face da igualdade como um dos motivos para a posição sustentada pelos americanos.

Em relação à liberdade propriamente dita, predomina no sistema americano uma concepção muito formal desse direito, que tende a não levar em consideração o efeito silenciador dessas manifestações nos grupos ou pessoas que são alvos.¹¹⁸

Outro motivo elencado é a desconfiança que os americanos nutrem do governo, aliado à confiança que depositam no mercado de ideias. Deve-se considerar que o constitucionalismo americano parte da antiga concepção de que era necessário proteger os direitos do cidadão de um Estado opressor. No que tange às liberdades, sobretudo a liberdade de expressão, isso tem se evidenciado em decisões que demonstram o grande temor a qualquer medida que represente uma intervenção no debate público, ainda que isso represente ampliar os segmentos participantes nesse debate.¹¹⁹

Rosenfeld diz que um dos motivos seria o entendimento ainda comum entre os juristas americanos de que os direitos e princípios constitucionais só

¹¹⁵ No original: “In order to have a society in which public issues can be openly and vigorously debated, it is not necessary to allow the brutalization of innocent victims like petitioner. I therefore respectfully dissent”.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 216.

¹¹⁷ BOYLE, Kevin. Hate Speech: the United States versus the rest of the world? Heinonline, Maine Law Review, v. 53, n2, 2001.

¹¹⁸ ROSENFELD, Mitchel. Ob. Cit. p. 59.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 218.

vinculariam o Estado, não podendo ser estendido para os particulares¹²⁰. Além disso, válida também a observação de Daniel Sarmento:

O pano de fundo destas ideias é uma cultura profundamente individualista, que cultiva o ideal de *self-made man*, forte, corajoso e independente do Estado, que quer falar e ser ouvido na sociedade, e que deve, em contrapartida, formar uma couraça dura o suficiente para suportar e superar todas as agressões que possa sofrer no “mercado de ideias”, por mais odiosas que elas sejam.¹²¹

Apesar de esse ser o entendimento predominante nos Estados Unidos, não é a única corrente existente, como ficou evidenciado pelos votos divergentes na Suprema Corte. A proteção conferida ao discurso do ódio gerou um racha entre os defensores dos direitos humanos; aqueles que tradicionalmente defendiam as bandeiras liberais passaram a rever a sua postura na medida em que o debate foi se aprofundando¹²². A liberdade de expressão deixa de ser encarada unicamente como instrumento de luta contra a opressão e passa a ser vista também com meio de ataques a grupos minoritários e estigmatizados¹²³.

Em seu livro *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, Dworkin deixa clara a cisão que ocorreu entre os doutrinadores americanos.

As decisões atuais da Suprema Corte demonstram a tendência em manter a proteção quase absoluta conferida à liberdade de expressão, girando o debate atualmente em torno das universidades. Discute-se se as universidades, que têm proibido as manifestações intolerantes nos campus, estariam ou não obrigadas a seguir aos comandos da 1ª Emenda. O posicionamento das universidades demonstra que o entendimento esposado pela Suprema Corte não é uníssono no país.¹²⁴

2.2 O Sistema canadense e o multiculturalismo.

O Canadá, apesar de possuir inúmeras semelhanças históricas e socioeconômicas com os Estados Unidos, vem apresentando uma resposta diversa da americana quanto à regulação da liberdade de expressão. Uma provável razão para

¹²⁰ ROSENFELD, Mitchel. Ob. Cit. p.

¹²¹ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 218.

¹²² DWORKIN, Ronald. O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 315

¹²³ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 219.

¹²⁴ Capaldi, Nicholas (org.) - Da liberdade de expressão - Uma antologia de Stuart Mill a Marcuse, Rio, FGV, 1974, p. 213.

explicar essa abordagem é a ênfase dada nesse sistema à diversidade cultural e à necessidade de se promover a ideia de um “mosaico étnico” (*ethnic mosaic*).¹²⁵

A Carta Canadense de Direitos e Liberdade garante proteção à liberdade de expressão, mas também determina o direito à igualdade, vedando expressamente discriminações e se coloca o multiculturalismo como o compromisso basilar da sociedade canadense. A Carta institui ainda que é permitida a imposição de limites a direitos fundamentais, ressalvado que sejam razoáveis, determinados por lei e que possam ser justificados em uma sociedade livre e democrática.¹²⁶

A Corte canadense vem entendendo que os limites impostos aos direitos fundamentais que são demonstravelmente justificáveis devem obedecer a dois controles: a restrição deve ser urgente e substancial e a medida restritiva tem de atender aos princípios da proporcionalidade na sua tríplice dimensão, de maneira semelhante ao procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.¹²⁷

O quadro normativo do sistema jurídico canadense favoreceu para que a sua Corte Constitucional adotasse o entendimento de que a proteção constitucional a liberdade de expressão não deveria ser estendida ao discurso do ódio. O caso emblemático neste assunto foi o caso *Regina vs. Keegstra*¹²⁸. Discutiu-se na ação a condenação de um professor de 2º grau que defendia e ensinava entre os seus alunos doutrinas antisemitas. Keegstra ensinou aos seus alunos que judeus eram traidores, subversivos, sádicos. Ensinou também que o povo judeu, além de ter como objetivo a destruição do cristianismo, era responsável por depressões, anarquia, caos, guerras e revoluções, chegando a negar o Holocausto, que não passaria de uma invenção dos judaicos com o intento de conquistar a simpatia da comunidade internacional.

O professor foi acusado por promover o ódio contra um grupo identificável por meio de comunicação que não enquadrava como mera conversa privada¹²⁹. Utilizando os critérios acima descritos, a Corte entendeu que, apesar de

¹²⁵ ROSENFELD, Mitchel. Ob. Cit. p. 29.

¹²⁶ 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 221.

¹²⁸ *Regina vs. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697

¹²⁹ **319.** (...) (2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or (b) an offence punishable on summary conviction. (3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2) (a) if he establishes that the statements communicated were true; (b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject; (c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable

representar uma limitação à liberdade de expressão, os efeitos negativos promovidos pelo discurso do ódio e a necessidade de se tutelar outros direitos de mesma importância, tais como a igualdade e a promoção do multiculturalismo, diante dos poucos benefícios em se proteger tais manifestações, fazia da restrição normativa o remédio legal apropriado e em conformidade com a Carta canadense.¹³⁰

A jurisprudência dos tribunais canadenses vem reiterando esse posicionamento de proteção aos direitos à identidade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana em face das manifestações de ódio, mas sem ignorar a necessidade de proteger a liberdade de expressão, também tida como crucial pelo sistema canadense.¹³¹

Com esse posicionamento, a Corte Constitucional enfatiza o compromisso da Constituição canadense com valores como a diversidade, identidade de grupo, dignidade da pessoa humana e igualdade, adotando uma abordagem que busca harmonizar os valores essenciais a uma sociedade plural com aqueles advindos da liberdade expressão. E é com base nisto que a Corte tem entendido que manifestações de ódio agridem muito mais aos valores protegidos pela Constituição do que promovem uma necessidade legítima do indivíduo se expressar.¹³²

As agressões morais às quais são submetidos os alvos dessas manifestações têm uma influência nefasta na capacidade de interação desses indivíduos com os demais grupos sociais. A Suprema Corte Canadense demonstra uma grande sensibilidade ao incluir em sua análise a necessidade de se repensar os limites de

grounds he believed them to be true; o (*d*) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred towards an identifiable group in Canada.

(...)

(6) No proceeding for an offence under subsection (2) shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(7) In this section, "communicating" includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means; "identifiable group" has the same meaning as in section 318; "public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied "statements" includes words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

318. (...) (4) In this section, "identifiable group" means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

¹³⁰ No original: "Hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. Moreover, the narrowly drawn terms of s. 319(2) and its defences prevent the prohibition of expression lying outside of this narrow category. Consequently, the suppression of hate propaganda represents an impairment of the individual's freedom of expression which is not of a most serious nature."

¹³¹ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 224.

¹³² ROSENFELD. Mitchel. Ob. Cit. p. 30.

proteção à liberdade de expressão diante do conflito com outros valores fundamentais, também pilares do Estado Constitucional.¹³³

2.3. O Sistema alemão e a dignidade da pessoa humana.

Em sua história recente, a Europa foi o palco principal da Segunda Guerra Mundial e das atrocidades provocadas pelas doutrinas nazistas e fascistas. Nesse contexto, o ressurgimento na Alemanha e em toda Europa de movimentos antissemitas e xenófobos se tornou uma grande preocupação para o sistema democrático europeu¹³⁴. A Alemanha, que no período do Terceiro *Reich* orquestrou grande parte das barbaridades cometidas contra diversas minorias étnicas, especialmente o povo Judeu, possui um sistema naturalmente mais sensível aos grupos antissemitas e as suas manifestações de ódio.

No sistema alemão, a abordagem ao discurso do ódio é determinada por dois pontos principais¹³⁵: a concepção de que a liberdade de expressão tem os seus contornos delimitados por outros valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, que recebe o status de valor máximo da ordem jurídica¹³⁶, e a memória atual dos crimes cometidos pelo regime nazista contra os judeus, em grande parte atribuída à intensa propaganda discriminatória utilizada pelo Partido Nazista¹³⁷.

Na Alemanha, a liberdade de expressão possui duas dimensões. Como direito subjetivo, é essencial para a auto realização do indivíduo; e, como direito objetivo, é um elemento da ordem democrática, pois permite que a formação de uma opinião pública livre e garante um debate amplo e plural.¹³⁸

Não se enxerga aqui o direito à liberdade de expressão somente como um direito negativo que deva ser exercido perante o Estado. A jurisprudência alemã tem

¹³³ MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf, acesso em 20 de setembro de 2011.

¹³⁴ BOYLE, Kevin. *Hate Speech: the United States versus the rest of the world?* Heinonline, Maine Law Review, v. 53, n2, 2001, pg. 11

¹³⁵ ROSENFELD, Mitchel, Ob. Cit. p. 38.

¹³⁶ KOMMERS, Donald. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Duke University Press. 1997, p. 298

¹³⁷ ROSENFELD, Mitchell. Ob. Cit. p. 39.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 225.

proferido decisões no sentido de que é função do Estado agir positivamente de maneira a promover o pluralismo de ideias, garantindo assim à sociedade o acesso às mais variadas perspectivas de mundo. Além disso, a Corte também entende que a liberdade de expressão, como as demais garantias fundamentais, não se restringem aos entes públicos e devem se irradiar para as relações privadas.¹³⁹

Assim como no sistema americano, no sistema germânico a liberdade de expressão se fundamenta na defesa da democracia, na busca pela verdade e na autonomia do indivíduo. Ocorre, porém, que esses mesmos fundamentos são concebidos distintamente, em parte pelo comprometimento constitucional alemão com a democracia militante, o que evidencia na não aceitação alemã aos discursos antidemocráticos, o que inclui o discurso do ódio, que advoga pela negação dos valores democráticos e aos seus alvos.¹⁴⁰

O conceito de democracia militante, segundo Sarmento, envolve a noção de que é dever do Estado defender a democracia daqueles que não aceitam as suas premissas e por isso pretendem subvertê-la. Com base nesse entendimento, a Constituição da Alemanha criou uma série de vedações aos grupos considerados perigosos à estabilidade da democracia.¹⁴¹

No ordenamento jurídico alemão, são comuns as diversas barreiras às manifestações de ódio, criminalizaram-se condutas como a publicação de livros que incitem a discriminação racial e também são proibidas propagandas que promovam o ódio, difamem ou ridicularizem grupos raciais, religiosos, étnicos ou nacionais. E, para que se configurem tais crimes, não é preciso que a manifestação tenha a capacidade de gerar uma ação concreta, sendo suficiente o incitamento ao ódio e a violência contra grupos de maneira abstrata.¹⁴²

Nesse sentido, um caso de grande repercussão julgado em 1994 na Corte Constitucional alemã foi a decisão pela Constitucionalidade de um ato do Governo da Baviera. O Governo condicionava a autorização para um Congresso organizado por um partido de extrema direita e que contaria com a participação de David Irving, conhecido revisionista, ao compromisso de que no encontro não seria sustentada no encontro a tese de negação do holocausto.¹⁴³

¹³⁹ HC 82424-4 Voto do Min. Gilmar Mendes

¹⁴⁰ ROSENFELD, Mitchell. Ob. Cit. p. 39.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. 226.

¹⁴² MEYER-PFLUG, Samatha Ribeiro. Ob.Cit. p. 179.

¹⁴³ BVerfGE 241

O governo apoiou a sua decisão na *Public Assembly Act*, em que se permitia a proibição de reuniões quando houvesse a probabilidade de que as coisas ditas nestes encontros por si só constituíssem violação à lei penal. No caso em análise, as violações seriam o a difamação da memória dos mortos, incitação criminal, além de ofensa criminal. O Partido Nacional Democrático alegou que a condição imposta pelo Estado seria inconstitucional por ir contra a liberdade de expressão.¹⁴⁴

A Corte Constitucional Alemã sustentou a sua decisão com o argumento de que a negação do holocausto não se trataria de expressão de opinião, mas de uma inverdade sobre fatos e que permitir a sua divulgação em nada contribuiria para a formação da opinião pública¹⁴⁵, enfatizando ainda que as características peculiares do Holocausto fez dele elemento constitutivo da identidade do povo judeu e que a sua negação seria permitir a continuação da discriminação contra este grupo¹⁴⁶.

Kevin Boyle relata que, em ocasião distinta, David Irving processou Deborah Lipstadt e a editora Penguin Books, sob a alegação de ter sido difamado. Em seu livro *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*, Deborah o chama de antisemita, partidário de Hitler e o acusa de ser um falso historiador. O juiz, em uma sentença de 300 páginas, afirmou que Deborah estava correta, Irvine era tudo aquilo.¹⁴⁷

Em outro caso de destaque, o Tribunal Constitucional, ao ser chamado a discutir acerca da inclusão de um livro que impunha aos adversários da Alemanha a culpa pela eclosão da II Guerra Mundial em uma lista de obras considerada “imoral” ou “perigosa” pelo Governo, decidiu-se pela prevalência da Liberdade de Expressão.¹⁴⁸

¹⁴⁴ KOMMERS, Donald. Ob. Cit. p. 383

¹⁴⁵ KOMMERS, Donald. Ob. Cit. p. 385.

¹⁴⁶ “The historical facts itself, that human beings were singled out according to the criteria of the so-called “Nuremberg Laws”, and robbed of their individuality for the purpose of extermination, puts Jews living in the Federal Republic in a special, personal relationship vis-à-vis their fellow citizens; what happened [the] is also present in this relationship today. It is part of their personal self-perception to be understood as part of a group of people who stand out by virtue of their fate and in relation to whom there is a special moral responsibility on the part of all others, and this is a part of their dignity. Respect for this self-protection, for each individual, is one of the guarantees against repetition of this kind of discrimination and forms a basic condition of their lives in the Federal Republic. Whoever seeks to deny these events denies vis-à-vis each individual the personal worth of [Jewish persons]. For the person concerned, this is continuing discrimination against the group to which he belongs and, as part of the group, against him.

¹⁴⁷ BOYLE, Kevin. Ob. Cit. pg. 12

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 229.

Emerge das decisões do Tribunal Constitucional alemão o entendimento de que a não proteção legal às inverdades propagadas pelo discurso do ódio não representaria um empecilho à busca pela verdade.¹⁴⁹

Em ulterior decisão, em 1994, um indivíduo foi condenado por insulto a um grupo determinado, qual seja, as forças armadas, por pregar em seu carro um adesivo em que constava a frase “soldados são assassinos” junto a diversos outros adesivos com mensagens antibelicistas. O caso ficou conhecido como *Tucholsky I*¹⁵⁰. Kurt Tucholsky fora um escritor e conhecido pacifista que perdeu a sua cidadania alemã em 1933 por defender abertamente ideias antimilitaristas e antinazista; foi ele o criador dos adesivos “soldados são assassinos”, posteriormente adotados pelos movimentos pacifistas alemães.

O Tribunal Constitucional mais uma vez entendeu pela prevalência da liberdade de expressão, visto que a mensagem não tinha o intento de ofender a um grupo específico, mas de defender, ainda que de maneira enérgica, um posicionamento político válido, o pacifismo.

Em um caso semelhante, em que indivíduos foram presos por distribuir os mesmos adesivos, a Corte Constitucional sentenciou que “o Código Penal não pode limitar as instituições públicas da crítica pública, por mais dura que seja, uma vez que esta crítica é expressamente garantida pelo direito constitucional à liberdade de expressão”¹⁵¹.

Outro caso em que o problema do discurso do ódio é enfrentado é o que ficou conhecido como *Titanic*. Tratava-se de uma condenação por danos morais de uma revista satírica que publicou a fotografia de um militar tetraplégico com o título de “assassino nato”.

O militar que ilustrava a publicação ficara famoso após ter sido reformado por incapacidade depois de ter se tornado tetraplégico em um acidente de carro. Ele se manifestou publicamente afirmando que desejava permanecer no exército, pois a sua cabeça ainda estava bem. O militar encaminhou uma carta para a revista após a publicação. Esta, por sua vez, publicou a resposta em outra edição, em que disse considerar obsceno o fato de um “aleijado” estar empenhado em entrar no exército, que tinha a função de aleijar e matar pessoas¹⁵².

¹⁴⁹ ROSENFELD, Mitchell. Ob. Cit. p. 39

¹⁵⁰ EuGRZ 463-465

¹⁵¹ KOMMERS, Donald. Ob. Cit. p. 393-394.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 229.

A Corte decidiu que, quanto à primeira publicação da imagem do militar, esta compunha uma crítica, ainda que satírica, ao militarismo. Todavia, em relação à segunda publicação, considerou que a condenação deveria ser mantida, pois a palavra aleijado fora utilizada com o intuito único de humilhar o militar.¹⁵³

Segundo Sarmento, esses precedentes demonstram que o sistema alemão consegue conciliar de maneira satisfatória a proteção à liberdade de expressão diante dos demais valores necessários para a proteção de um Estado plural e fraterno.

Essa postura, porém, é questionada por parte da doutrina. Ronald Dworkin questiona o que justificaria uma mentira ser alvo de uma censura especial e ser punida com tanto rigor. O autor argumenta que os grupos intolerantes não precisam negar o holocausto para incitar os simpatizantes do nazismo a atacarem os judeus. Cita ainda como exemplo histórico dos efeitos maléficos da censura a proibição pelos criacionistas de se lecionar a teoria darwinista nas escolas do Tennessee na década de 20. Segundo ele, os criacionistas também agiram para proteger pessoas que se sentiam profundamente humilhadas por o que consideravam mentiras daquela doutrina.¹⁵⁴

É tentador dizer que a situação da Alemanha é especial, que o holocausto está fora dos padrões normais da história e poder ser invocado como motivo para exceções de todo tipo, inclusive exceções à liberdade de expressão. Mas muitos outros grupos acreditam que sua situação também é especial, e alguns tem bons motivos para isso.¹⁵⁵

Argumenta ainda:

Toda Lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. Tome cuidado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você.¹⁵⁶

Contudo, mais acertadas as observações de Kevin Boyle, ao afirmar que, mais do que nas palavras, a resposta ao discurso do ódio está em ações que demonstrem que a identidade da democracia está ligada com os objetivos opostos aos propagados pelo racismo:

Algumas vezes é dito que a resposta ao discurso do ódio é mais discurso. Mas ações falam mais alto do que palavras. Ações que identificam a democracia inequivocamente com os objetivos exatamente opostos aos do

¹⁵³ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 230.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 360/361.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. Ob. Cit. p. 361.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. Ob. Cit. p. 362.

racismo, com a luta das minorias por igualdade, esta sim é a verdadeira resposta para o discurso do ódio.¹⁵⁷

No mesmo sentido, Rosenfeld observa que, diferente da resposta norte-americana, a resposta dada pelo sistema alemão estabelece de maneira evidente uma condenação àquelas ideias, o que pode representar um importante auxílio no combate aos movimentos políticos antidemocráticos.¹⁵⁸

Diante da história alemã e dos compromissos constitucionais com a dignidade da pessoa humana, ainda mais em um contexto de uma sociedade global, cada vez mais menos homogênea, a postura alemã diante do problema se apresenta como a mais adequada.

2.4. O Sistema espanhol e a igualdade.

A abordagem do sistema espanhol à problemática do discurso do ódio está intimamente ligada aos valores consagrados pela Constituição Espanhola. Em seu art. 1º, outorga à liberdade, à justiça, à igualdade e ao pluralismo político o status de valores superiores em seu ordenamento jurídico¹⁵⁹. Esses valores superiores exercem um papel crucial para o ordenamento, pois têm uma eficácia irradiante sobre todos os demais¹⁶⁰.

No sistema espanhol, a liberdade de expressão usufrui de uma proteção especial, o que não faz com que tenha caráter absoluto. No art. 16 da Constituição Espanhola, faz-se referência expressa à liberdade ideológica, com a ressalva de que só é possível alguma limitação quando esta é necessária para a manutenção da ordem pública.¹⁶¹

O texto constitucional traz ainda em seu art. 20.4 que as liberdades encontram os seus limites no respeito aos direitos constitucionalmente reconhecidos e

¹⁵⁷ BOYLE, Kevin. Ob. Cit. p. 16. No original: “It is sometime said that the answer to hate speech is more speech. But action speaks louder than words. Action that identifies the democracy unequivocally with the exact opposite goals of the racist, with the struggle of minorities for equality, is the real answer to hate speech.”

¹⁵⁸ ROSENFELD, Mitchel. Ob. Cit. p. 51

¹⁵⁹ Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad de la justicia, la igualdad y el pluralismo político, (...)

¹⁶⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit. p. 160.

¹⁶¹ Artículo 16 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

também nos preceitos legais, especialmente, no que refere o direito à honra, à intimidade, à própria imagem e os relacionados à proteção da juventude e da infância.¹⁶²

Um caso emblemático julgado pelo Tribunal Constitucional Espanhol é o STC 214/1991, conhecido como o caso Violeta Friedman¹⁶³. Em 1986, León José Degrelle Ramirez Reinaque, ex-chefe da Waffen SS, levantou dúvidas acerca da existência de das câmaras de gás durante a Segunda Guerra Mundial e que, na verdade, os judeus, aos quais chamou de eternos perseguidos, estavam criando uma política de perseguição à Hitler.

Violeta Friedman, judia sobrevivente do campo de concentração de Auschwitz, ingressou com um pedido de indenização pelos danos sofridos a sua honra. Em sua defesa, León afirmou que não foi racista, pois teria somente questionado alguns aspectos da existência das câmaras de gás e o fez apoiado em diversos historiadores.

Nas instâncias ordinárias, Friedman teve o seu pedido negado, sob a alegação de que nenhuma das ofensas foi direcionada diretamente a ela, mas sim a um grupo de maneira genérica, no caso, os Judeus. Afirmaram ainda que por serem críticas genéricas e inominadas, não seriam ofensivas nem a uma pessoa e nem a um grupo. A honra aqui só poderia ser considerada afetada se as ofensas fossem diretamente direcionadas a um indivíduo específico.¹⁶⁴

O Tribunal Constitucional Espanhol, quando chamado a decidir, entendeu que estavam presentes no discurso elementos que afrontam o direito à igualdade e que estariam diante de um caso de difamação coletiva. Além disso, sustentou que os judeus não possuíam órgãos de representação a quem o ordenamento pudesse atribuir o direito ao exercício das ações civis e penais em defesa da sua honra, por isso, a legitimação ativa de todos e qualquer membro deste grupo seria uma medida necessária para a proteção dos valores fundamentais garantidos pela Constituição Espanhola.¹⁶⁵

¹⁶² 20.4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

¹⁶³ Recurso de amparo STC 214/1991, disponível em http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/stc%20214-1991.pdf, acesso em 15 de novembro de 2011.

¹⁶⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit. p. 165.

¹⁶⁵ No original: “En tal supuesto y habida cuenta de que los tales grupos étnicos sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1 b) C.E., la legitimación activa de todos u cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho

Samanta Ribeiro, ao analisar o caso, considera que a posição da Corte seria contraditória, pois em certo momento reconhece a proteção constitucional às manifestações antidemocráticas e ao revisionismo, porém, no caso concreto, termina por concluir que o discurso do ódio ultrapassaria o campo de proteção da liberdade de expressão. Traz ainda como argumento contra a decisão o fato de as manifestações, ainda que dignas da mais alta repulsa, terem sido feitas de maneira pacífica, sem o emprego de violência.¹⁶⁶

Neste ponto, importante que se destaque que as manifestações, ainda que não tenham sido expressas de maneira agressiva, o conteúdo por si só representava um ataque violento à identidade dos Judeus. Como bem salientou o Tribunal Constitucional alemão ao decidir acerca das limitações necessárias ao revisionismo, o holocausto é um componente importante na construção da identidade dos judeus.

Outro caso representativo é o STC 235¹⁶⁷, em que o Tribunal Constitucional Espanhol foi chamado a decidir acerca da constitucionalidade do art. 607.2 do Código Penal, que tipifica a difusão por qualquer meio de ideias ou doutrinas que neguem ou justifiquem os delitos de genocídio, ou pretendam a reabilitação de regimes ou instituições que amparem a práticas geradoras dos mesmos.

O processo que deu ensejo à Questão de Inconstitucionalidade tratava da condenação de Pedro Varela Geis, dono e diretor da livraria Europa, a 2 anos de prisão por ter, de forma habitual e continuada, praticado a distribuição, difusão e venda de materiais, tais como, livros, publicações e cartas, os quais, “de forma reiterada e inequivocamente vexatória para os integrantes da comunidade judia, negava-se a perseguição e genocídio sofrido por dito povo durante o período da Segunda Guerra Mundial”. A maioria das publicações continham textos em que se incitava a discriminação e o ódio contra a raça judia, considerando-os seres inferiores a quem se devia exterminar como aos ratos.

A Seção Terceira da Audiência Provincial de Barcelona ingressou então com a questão de inconstitucionalidade.

fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 11 CE) y que el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresamente proscribe (<<toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley>>).”

¹⁶⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit. p. 165.

¹⁶⁷ Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000 do Tribunal Constitucional da Espanha

A Corte destacou o papel central da liberdade de expressão no sistema espanhol, ressaltando que as garantias advindas deste direito não se limitam a uma liberdade individual básica, mas configuram elementos conformadores do sistema político democrático espanhol. Proteger o direito do cidadão de se expressar livremente, podendo assim comunicar e receber informação, garante a formação e existência de uma opinião pública livre, interesse constitucionalmente protegido e que ainda é requisito para o exercício de outros direitos fundamentais.¹⁶⁸

A Corte destacou ainda que em reiteradas decisões pacificaram o entendimento no sentido de que a liberdade de expressão compreende a liberdade de crítica, mesmo que essa possa desagradar a quem esta se dirigia, pois de tal modo requer a tolerância necessária para a existência de um Estado Plural. Destacou também que até mesmo as manifestações expressivas que representem um ataque ao próprio sistema democrático devem ser toleradas, pois “a Constituição protege também aqueles que lhe negam”.¹⁶⁹

Sustentou ainda que, por decisões históricas ligadas a sua origem, o ordenamento constitucional espanhol se sustenta na mais ampla garantia dos direitos fundamentais, que não podem ser limitados com finalidade anticonstitucional. A Corte ainda refutou o modelo germânico de “democracia militante”, pois, em um modelo imposto não haveria o respeito, somente a adesão positiva ao ordenamento.¹⁷⁰

O valor do pluralismo e a necessidade do livre intercâmbio de ideias como substrato do sistema democrático representativo impedem qualquer atividade dos poderes públicos tendentes a controlar, selecionar ou determinar gravemente a circulação pública de ideias ou doutrinas.

A Corte lembra ainda que, em ocasiões anteriores, já concluiu que as afirmações, dúvidas e opiniões acerca da atuação nazista com respeito aos judeus e aos campos de concentração, por mais reprováveis e falsas que sejam, estariam amparadas pelo direito à liberdade de expressão e pelo direito à liberdade ideológica, previsto no art. 16 da Constituição espanhola. Desta forma, tais manifestações são entendidas somente como opiniões subjetivas e interessadas sobre acontecimentos históricos.

Conclui, no entanto, que tudo isso não significa que a livre transmissão de ideias em suas diferentes manifestações seja um direito absoluto. De maneira

¹⁶⁸ Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000 do Tribunal Constitucional da Espanha.

¹⁶⁹ Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000 do Tribunal Constitucional da Espanha.

¹⁷⁰ Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000 do Tribunal Constitucional da Espanha.

genérica, a difusão de frases e expressões ultrajantes ou ofensivas, sem relação com as ideias ou opiniões que se querem expor, e por tanto, desnecessárias a este propósito não estariam protegidas pela Constituição. E, ao se deparar com os casos concretos de manifestações, expressões ou campanhas de caráter racista ou xenófobo, conclui-se que a Constituição Espanhola não garante:

“o direito a se expressar e difundir um determinado entendimento da história ou concepção de mundo com o deliberado ânimo de menosprezar ou discriminar, ao tempo de expressá-lo, a pessoas ou grupos por razão de qualquer condição ou circunstância pessoal, étnica ou social, pois seria o mesmo que admitir que, somente por que ocorreu em um segmento de discurso histórico, a Constituição permite a violação de um dos valores superiores do ordenamento jurídico, como é a igualdade (art. 1.1 CE) e um dos fundamentos da ordem política e da paz social: a dignidade da pessoa (art. 10.1 CE)”.¹⁷¹

Deste modo, a decisão estabelece que o reconhecimento constitucional da dignidade humana configura um marco dentro do qual deve se desenvolver o exercício dos direitos fundamentais.

Como se verifica na análise dos julgados acima, apesar de haver uma grande preocupação do Tribunal Constitucional com a proteção à liberdade de expressão, entende-se que deve ser compatibilizado com o direito à igualdade e demais direitos previstos na Constituição espanhola.

2.5. O Sistema internacional e o direito à não discriminação.

No campo do direito internacional, as principais convenções que tratam dos direitos humanos protegem liberdade de expressão como um direito fundamental. Ainda assim, tais documentos não alargam tal proteção a qualquer tipo de manifestação¹⁷². São diversos os documentos que cuidam da proibição do discurso do ódio, partindo da concepção de que, em um Estado que se intitula democrático e plural, o abuso do direito à liberdade de expressão com o fim de atingir minorias estigmatizadas deve ser repreendido.¹⁷³

A Declaração de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XIX, garante o direito à liberdade de expressão:

¹⁷¹ Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000 do Tribunal Constitucional da Espanha

¹⁷² ROSENFELD, Mitchel. Ob. Cit. p. 46.

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 231.

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

Em seu artigo VII, dispõe acerca do direito à igualdade, ressaltando não só o direito à proteção contra a discriminação, mas também a proteção contra o incitamento a tal discriminação.

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Válido ainda citar o art. XVII, em que se dispõe que as liberdades tratadas na Declaração estão sujeitas à limitações quando estas são estabelecidas com o fim de se assegurar exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Artigo XXIV 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

E, finalmente, em seu último artigo, destaca que nenhuma das disposições da Declaração pode ser interpretada de maneira a justificar atos que busquem destruir quaisquer dos direitos e liberdades estabelecidos.

Artigo XXX - Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Como se verifica nos artigos acima transcritos, a Declaração de Direitos Humanos traz uma concepção de direitos humanos abalizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Segundo as lições de Flávia Piovesan, os direitos humanos “compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionados”,

“quando um deles é violado, os demais também são”.¹⁷⁴ A partir dessa leitura, nota-se a preocupação da comunidade internacional em compatibilizar os direitos fundamentais a uma sociedade multicultural. Reconhece-se o direito a liberdade, mas em um quadro em que também é necessário o reconhecimento de identidades e o direito à diferença.¹⁷⁵

Nesse contexto, destaca-se também a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial¹⁷⁶, que condena expressamente o discurso do ódio. Já em seu preâmbulo, afirma a convicção em que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e ainda em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum.

Em seu art. 4º, assim dispõe:

Art. 4º Os Estados signatários condenam toda propaganda e todas as organizações que sejam baseadas em ideias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de uma cor ou origem étnica, ou que tentem justificar ou promover o ódio racial ou a discriminação de qualquer forma, e comprometem-se a, com a devida atenção aos princípios contidos na Declaração Universal Dos Direitos Humanos e aos direitos expressamente estabelecidos no art. 5º desta Convenção, adotar medidas positivas e imediatas destinadas a erradicar todos os atos de incitamento a discriminação, ou de discriminação desta espécie, dentre as quais:

a) Declarar como punível pela lei toda disseminação de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b) Declarar ilegais e proibir as organizações, e também as atividades de propaganda organizada ou não, que promovam o ódio e incitem à discriminação racial, e reconhecer a participação nestas organizações ou atividades como puníveis pela lei.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, que em seu ordenamento também prevê a possibilidade de se restringir a liberdade de expressão em defesa de outros direitos fundamentais, por diversas vezes teve a oportunidade de enfrentar o problema do discurso do ódio. Em 2006, julgou o caso *Roger Garaudy vs. França*¹⁷⁷, em

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia C. *Igualdade, diferença e direitos humanos : perspectivas global e regional*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, 299.

¹⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. Ob. Cit. p. 298.

¹⁷⁶ Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>

¹⁷⁷ *Garaudy v. France*, Application No.65831/01, Admissibility Decision of 7 July 2003, disponível em <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/498>

que manteve a condenação de um escritor francês que publicara livros com a negação do holocausto, sob o argumento de que tal afirmação compunha uma forma de difamação racial contra o povo judeu.

Na decisão, a Corte sustentou não haver dúvidas que as teorias revisionistas não caracterizavam uma pesquisa histórica, pois eram definidas por objetivos e resultados completamente distintos. As teorias antissemitas, tais como as trazidas por Garaudy em seu livro, têm como principal objetivo a revitalização do Partido Nazista, acusando as vítimas de falsificarem a história. Essas ações enfraqueceriam a luta contra o racismo e antissemitismo e configurariam uma séria ameaça a ordem pública. Tais manifestações seriam incompatíveis com a democracia e com os direitos humanos, pois infringiriam danos ao direito dos outros.¹⁷⁸

Da mesma forma, a Comissão de Direitos Humanos da ONU tem agido no sentido de não tolerar as manifestações de ódio. No caso emblemático *Faurisson vs. France*¹⁷⁹, Robert Faurisson, ex-professor de filosofia da Universidade de Sorbonne em Paris, foi condenado por defender publicamente a ideia de que não teriam existido câmaras de gás nos campos de concentração nazista.

Na decisão, a Comissão citou o Sr. Arpaillange, ex-Ministro da Justiça, que bem sintetizou a posição do Governo francês ao declarar que o racismo não constitui uma opinião, mas uma agressão e, toda vez que é permitido que se expresse publicamente, a ordem pública é seriamente comprometida. Faurisson rebateu os argumentos do Governo francês afirmando que, apesar de ser certo que a liberdade de opinião e expressão tem limites, a liberdade de pesquisa e dúvida são mais abrangentes e não devem ter restrições.¹⁸⁰

A Comissão manteve a condenação estabelecida pela França, mas, ao analisar o documento legal em que foi baseada a condenação, o *Gayssot Act*, cujo conteúdo criminalizava a conduta daqueles que questionassem a existência dos crimes

¹⁷⁸ No original: “There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth. The aim and the result of that approach are completely different, the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history. Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others.”

¹⁷⁹ Robert Faurisson v. France, Communication No. 550/1993, U.N. Doc.CCPR/C/58/D/550/1993(1996). Disponível em <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS55058.htm>, acesso em 15 de novembro de 2011.

¹⁸⁰ Robert Faurisson v. France, Communication No. 550/1993, U.N. Doc.CCPR/C/58/D/550/1993(1996).

contra os direitos humanos reconhecidos pelo Tribunal de Nuremberg, a Comissão entendeu que a lei era muito genérica e poderia enquadrar publicações de boa fé que discordassem das conclusões do Tribunal.¹⁸¹

A decisão da Comissão de direitos Humanos legitimou as restrições aos discursos revisionistas, coerentes com o propósito de defender o direito legítimo da comunidade judia de viver livre do medo da atmosfera do antissemitismo.¹⁸²

Como se vê, o sistema internacional diverge drasticamente do modelo americano, pois, diferente deste, defende que os Estados devam adotar uma postura firme diante dos movimentos discriminatórios. A abordagem é semelhante à ideia de democracia militante adotada pela Alemanha, consistente na concepção de que não se pode adotar uma postura neutra em face de expressões manifestamente antidemocráticas.

¹⁸¹ Robert Faurisson v. France, Communication No. 550/1993 , U.N. Doc.CCPR/C/58/D/550/1993(1996).

¹⁸² ROSENFELD, Mitchell. Ob. Cit. p. 48

Capítulo 3. O Sistema Constitucional Brasileiro e o racismo

3.1. Estudo de Precedente: o caso Ellwanger

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de tratar do assunto no HC 82.424-2, também conhecido como caso Ellwanger¹⁸³. O julgado é tido como um dos mais relevantes apreciados pela Corte em matéria de direitos humanos¹⁸⁴.

O Habeas Corpus foi impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, condenado a dois anos de reclusão como incurso no “caput” do artigo 20 da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, por ter editado, distribuído e comercializado obras antissemitas de sua autoria e de outros autores.

O art. 20 da referida Lei estabelece:

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

O caso suscitou diversas questões. Os debates se centraram na questão de se o crime de racismo poderia abranger a discriminação ao povo judeu e, além disso, se seria ou não legítimo limitar a liberdade de expressão em face dessas manifestações odiosas. Por maioria de votos, o Supremo votou pela negação da segurança. Três foram os ministros dissidentes: Moreira Alves, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio.

O Ministro Moreira Alves, relator do processo, não chegou a enfrentar a questão do conflito de princípios. Em seu voto, limitou-se a analisar o alcance da expressão racismo, a fim de verificar se seria possível ampliar a imprescritibilidade conferida pelo art. 5º, XLII, da Constituição de 1988, às ações antissemitas contra o povo judeu.¹⁸⁵

A partir de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo no contexto brasileiro, remetendo-se à intenção do constituinte original, aliado a uma concepção conservadora de que a acepção de raça não se aplicaria ao povo judeu, o Ministro restringiu a extensão deste conceito à discriminação racial contra os negros.

Por sua vez, em seu voto, o Ministro Ayres Britto justificou a sua posição através do argumento de que, em um Estado plural e democrático, faz-se necessário a

¹⁸³ HC n.º 82.424-2/RS do Supremo Tribunal Federal

¹⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 209.

¹⁸⁵ Voto do Ministro Moreira Alves no HC 82.424.

tolerância dos mais diversos ideais políticos. As publicações de Ellwanger, por piores que sejam, seriam só reflexo de uma ideologia, não teriam o cunho discriminatório ou racista. Aduz ainda ao inciso VIII do art. 5º da Constituição Federal, que determina que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção religiosa ou política”.¹⁸⁶

Finalmente, no último voto dissidente, o Ministro Marco Aurélio fundamentou o seu posicionamento na defesa à liberdade de expressão como ferramenta essencial para o bom funcionamento da Democracia.¹⁸⁷

O Ministro Maurício Corrêa, presidente do Supremo à época, em seu voto, denegou o *habeas corpus*. Utilizando-se de uma interpretação teleológica e comparativa¹⁸⁸, entendeu que a intenção do constituinte não teria se limitado a condenar a discriminação contra negros, mas sim uma aceção mais ampla de racismo.

“Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características física, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nos ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.”¹⁸⁹

E diz ainda:

“Analisando o caso dos autos, à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu sim o ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3º da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, **raça**, sexo, **cor**, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A referência à raça deve ter conteúdo mais amplo, sob a pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor.”¹⁹⁰

O Ministro menciona ainda diversos tratados internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em que há a previsão da proibição legal de “apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua

¹⁸⁶ Voto do Ministro Ayres Brito no HC 82.424.

¹⁸⁷ Voto do Ministro Marco Aurélio no HC 82.424.

¹⁸⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e o discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 200

¹⁸⁹ Voto do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424.

¹⁹⁰ Voto do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424.

incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”. Conclui, então, que não ocorre violação ao princípio da liberdade de expressão, pois “como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal”.¹⁹¹

Outrossim, o Ministro Celso de Mello denegou a ordem, sob o argumento de que publicações que vão além da investigação científica e tem como fito o estímulo à intolerância e ao ódio “não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal”.¹⁹²

O Ministro Gilmar Mendes também se voltou ao direito comparado para analisar a questão. Para a solução do conflito de princípios, recorreu ao princípio da proporcionalidade. Ao analisar as três máximas parciais da proporcionalidade, julgou evidente a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

“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 inexcusável 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.”¹⁹³

Em seu voto, o Ministro Nelson Jobim asseverou que a conceituação de racismo deve ser pragmática, devendo ser verificado em cada caso se ali se configura uma conduta ostensiva ou velada da prática de racismo. Ressaltou ainda que “não é a edição do livro **stricto sensu** que enseja a prática do racismo, mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode-se produzir o racismo”.¹⁹⁴

Igualmente, a Ministra Ellen Gracie denegou a ordem, por considerar manifesta a irracionalidade da manifestação antissemita das obras escritas e editadas pelo impetrante do Habeas Corpus.¹⁹⁵

¹⁹¹ Voto do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424.

¹⁹² Voto do Min. Celso de Mello no HC 82.424.

¹⁹³ Voto do Min. Gilmar Mendes no HC 82.424.

¹⁹⁴ Voto do Min. Nelson Jobim no HC 82.424.

¹⁹⁵ Voto da Ministra Ellen Gracie no HC 82.424.

O Ministro César Peluso entendeu que não era possível atribuir ao racismo um sentido tão estreito, sob o risco de se limitar a proteção constitucional a um pequeno grupo. Enfatizou em seu voto também que a edição de livros por si não seria suficiente para configurar o crime, mas no caso em tela, Ellwanger “dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos”.¹⁹⁶

O Ministro Sepúlveda Pertence, após aventar por diversas vezes durante o debate a dúvida acerca de se seria possível um livro ser utilizado como instrumento para prática do racismo, conclui que, além de ser uma ferramenta apta para esse fim, a punição em casos como esse não afrontariam à liberdade de expressão, denegando o habeas corpus.

Superada a questão de que a prática de racismo compreende a discriminação contra o povo judeu, amplamente discutida nos votos acima mencionados, válido para o nosso tema focar em outro ponto central no julgado, a colisão entre direitos fundamentais.

Os ministros foram uníssonos em constatar que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que limites podem advir tanto do conflito de outras normas constitucionais, tais qual o direito à igualdade e a dignidade da pessoa humana, como por normas de caráter penal.

Neste ponto, uma das questões importantes a serem tratadas foi aventada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que questionou se um livro pode ser considerado como um instrumento hábil para a prática do racismo. Como visto, a resposta dada pela Corte foi positiva, com a exceção dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que não estão sozinhos nessa defesa.

Há ainda certa controvérsia acerca da utilização do livro como meio para a incitação do ódio. No sistema americano, por exemplo, em que a resposta dada pela jurisdição constitucional ao conflito de princípios é no sentido de só proibir o discurso que represente um perigo claro e iminente, não se aceita a posição hegemônica do Supremo. Neste sistema, o livro é considerado um meio para exposição de ideias.

¹⁹⁶ Voto do Min. César Peluso no HC 82.424.

Segundo Dworkin, “ninguém deve ser impedido de publicar ou ler o que quiser a pretexto de o conteúdo da publicação ser imoral ou insultuoso”.¹⁹⁷

O Ministro Marco Aurélio sustentou que “o livro apenas apresenta um pensamento e concede ampla liberdade ao público tanto na opção de escolha do que deve ser lido como na tomada de posição ao término da leitura”¹⁹⁸, diferente de outros meios de comunicação em massa de caráter panfletário, como a televisão. O Ministro ressalta que o conteúdo de um livro somente possui o poder de se proliferar a partir do momento em que há um ambiente propício à disseminação daquelas ideias naquela comunidade política, o que segundo ele não ocorre no Brasil em relação à comunidade judia.

O Ministro argui que arrogar ao Judiciário o papel de censor das obras do autor e também daquelas simplesmente editadas, responsabilizando-os, enseja um precedente perigoso. Cita o caso de vários livros, cujos autores já faleceram e que representam o pensamento de uma época, tal como “Os Africanos do Brasil” de Nina Rodrigues, em que a autora atribui os problemas de desenvolvimento do Brasil à miscigenação entre os portugueses e os índios. Menciona ainda Gilberto Freire, duramente criticado em seu tempo por pregar que a miscigenação havia tornado o povo brasileiro um povo com características únicas no globo.

Samantha Ribeiro defende que o “ato de escrever um livro está no mundo das ideias e não no mundo fático, das ações, essas sim capazes de levar a efeito agressões e práticas racistas”¹⁹⁹. De acordo com a autora, o livro, diferentemente do que ocorre com a distribuição panfletária, depende da predisposição do leitor, não é algo imposto.

O livro não é algo imposto ao cidadão, é necessária uma predisposição para a leitura de uma obra, diferentemente do que ocorre no caso da distribuição de panfletos. No caso dos panfletos, tem-se que a finalidade única de sua distribuição é a de fomentar o racismo e suas práticas, ou seja, o objetivo daquela manifestação não é outra senão a de gerar uma ação concreta ilegal.²⁰⁰

Não há dúvidas de que o meio de comunicação escolhido influencia no impacto do discurso do ódio, por certo, alguns meios de comunicação tem um impacto

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006 p. 350. Dworkin também trata do tema em sua obra *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

¹⁹⁸ Voto do Min. Marco Aurélio no HC 82.424.

¹⁹⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit. p. 208.

²⁰⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit. p. 208.

muito mais imediato no receptor da mensagem. Ocorre, porém, que não se pode ignorar o impacto de um livro, ainda mais quando utilizado de forma panfletária, como ocorre no caso Ellwanger.

Conforme se percebe nos trechos do livro colacionados ao acórdão, pode-se constatar que o intento do autor era unicamente o de disseminar o desprezo pelo povo judeu, como bem ressaltou o Ministro Cézar Peluso. Destaca-se ainda que os livros do autor, ao contrário do que defendido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, não possuem qualquer valor científico. Nesse sentido, válidas as lições de Alex Potiguar que, ao analisar o caso, asseverou que “não se pode dizer que meras citações ou argumentos de autoridade podem garantir a cientificidade de uma obra; a obra precisa, isto sim, encontrar respaldo nos fatos comprovados e na comunidade científica”.²⁰¹

Todavia, a conclusão de que o livro é meio eficaz para a prática do racismo não soluciona o problema do discurso do ódio, pois ainda é preciso identificar quais são os limites da liberdade de expressão para que se possa então verificar a legalidade ou não dessas manifestações.

A posição preponderante entendeu que proteção conferida à liberdade de expressão pela constituição não abrangia práticas expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico pátrio, tal como o racismo. Os Ministros Marcos Aurélio e Carlos Ayres Britto, aqui também dissonaram da maioria.

O Ministro Marco Aurélio destacou o caráter instrumental da liberdade de expressão, pois “funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular”²⁰². Segundo o Ministro, a tolerância é uma virtude da democracia e é preciso que se respeite o direito de cada indivíduo de se expressar, ainda que essa ideia cause repulsa na maioria da população. Sustenta ainda que é preciso que o Estado assegure um ambiente público sem restrições ao livre debate, permitindo assim que o indivíduo tenha acesso ao maior número de informações.

“O que importa, assim, é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito

²⁰¹ POTIGUAR, Alex Lobato. *Igualdade e Liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, pg. 111.

²⁰² Voto do Ministro Marco Aurélio no HC 82.424..

de opinião como uma forma de expressão a um enfoque meramente individual significa podar, de maneira erosiva, a própria democracia.”²⁰³

Válido aqui citar a crítica de Michel Rosenfeld a esta visão da autonomia. Segundo o autor, tolerar o discurso do ódio é totalmente incompatível com o funcionamento adequado de uma democracia marcada por um compromisso com a ideia de pluralidade²⁰⁴.

So long as the pluralist contemporary state is committed to maintaining respect for diversity, it cannot simply embrace a value neutral mind set, and consequently it cannot legitimately avoid engaging in some minimum of viewpoint discrimination.

Outro argumento que não merece guarita é o de se proteger o discurso do ódio para que se permita a busca pela verdade. Como já explanado anteriormente, tais manifestações em nada contribuem com o debate, muito pelo contrário, reforçam estigmas e preconceitos. A ministra Ellen Gracie definiu de maneira precisa o valor das manifestações racistas ao classifica-las como irracionais.

3.2 A ponderação de princípios.

Por fim, necessário destacar o método utilizado por alguns ministros para solucionar o conflito entre princípios, a ponderação de princípios. O Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Marco Aurélio fizeram menção direta ao princípio da proporcionalidade em seus votos.

O princípio da proporcionalidade cuida de aferir a adequação e a necessidade do ato legislativo em conformidade com os fins constitucionalmente previstos.²⁰⁵

Ao contrário do sistema alemão, em que há previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição, em que o princípio encontra o seu fundamento tanto nos direitos fundamentais, como no contexto do Estado de Direito. No entanto, é comum que a aplicação do referido princípio decorra da compreensão geral da ordem jurídica como um todo.²⁰⁶

²⁰³ Voto do Ministro Marco Aurélio no HC 82.424..

²⁰⁴ ROSENFELD, Mitchell. Ob. Cit. p. 57.

²⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008, pg. 321.

²⁰⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ob. Cit. p. 257.

O Min. Gilmar, ao utilizar o princípio da proporcionalidade como método racional para tomada de decisões, apoiou-se em Robert Alexy²⁰⁷, no sentido de que “a máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição de determinado direito fundamental”²⁰⁸. Ao analisar as circunstâncias do caso concreto, entendeu que a decisão condenatória atendia as três máximas parciais da proporcionalidade.

Primeiramente, considerou patente a adequação da condenação para se garantir a proteção de uma sociedade pluralista, em que impera a tolerância, objetivo esperado pela condenação. A posição do Estado estaria assegurada pelo princípio de combate ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais. Em seguida, considerou indene de dúvidas que a decisão condenatória tenha sido necessária, visto a ausência de “meio menos gravoso e igualmente eficaz”. Destacou que a própria Constituição determinou a criminalização e a imprescritibilidade do racismo. Finalmente, avaliou que a decisão atende ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, aferindo haver proporção entre o fim almejado, resguardar os valores essenciais a uma sociedade pluralista, e os gravames infligidos à liberdade de expressão.²⁰⁹

O Ministro Carlos Ayres Britto, por sua vez, através do mesmo método, chegou a uma conclusão diametralmente oposta. Diferente do Min. Gilmar Mendes, tomou como argumento principal a premissa de que a liberdade de expressão como aspecto primário da democracia, só poderia ser restringida na forma como alguém a exerce, isto é, na forma como difunde a ideia.²¹⁰

A partir dessa premissa, o Ministro considerou que a decisão não seria razoável, posto que as obras escritas e publicadas pelo paciente não configurariam o crime de racismo, mas sim a defesa honesta e imparcial de uma ideologia, o que é protegido pela Constituição. Além do que, destaca-se o meio utilizado pelo acusado, o livro, cujo impacto na sociedade brasileira seria ínfimo, já que esta não seria afeita à leitura e, ao longo da sua história, jamais registrou episódios de intolerância aos judeus.

Desta forma, a condenação não seria o meio razoável para acabar com a discriminação contra o povo judeu. Da mesma forma, a condenação não seria

²⁰⁷ Ver: POTIGUAR, Alex Lobato. *Igualdade e Liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília.

²⁰⁸ Voto do Ministro Gilmar no HC 82.424..

²⁰⁹ Voto do Ministro Gilmar no HC 82.424..

²¹⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg; New York: Springer, 2010, pg. 25.

necessária, pois a restrição à liberdade de expressão não garantiria a proteção à dignidade do povo judeu. E, quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também não seria cabível manter a condenação, pois o conteúdo das obras dificilmente geraria na sociedade brasileira algum tipo de indisposição contra o povo judeu.

Como se vê, apesar de utilizarem o mesmo método, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio chegaram a conclusões distintas. Segundo Alex Potiguar, isto ocorreu pelo fato de ambos possuírem “pré-compreensões diversas acerca do que seriam as finalidades e os valores a serem alcançados pela decisão”. Potiguar cita uma crítica pertinente feita por Marcelo Cattoni acerca das decisões dos ministros:

Com o ‘HC sobre o racismo’, o Supremo Tribunal assume explicitamente a tarefa de empreender uma reflexão sobre o que seria uma ‘metódica constitucional’ adequada à proteção dos direitos fundamentais. Contudo, a alternativa que se delineia, fortemente influenciada pela ‘jurisprudência dos valores’, não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, já que, por um lado, submete o exercício desses direitos a um cálculo de custo/benefício e, por outro, faz do tribunal um poder legislativo de segundo grau, a controlar positivamente as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus onze Ministros considerem ser o melhor – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira. E, tudo isso em função da realização de premissas materiais, elas próprias não discutidas, ao longo dos votos.²¹¹

Segundo Alex Potiguar, a adjudicação de direitos deve ser norteada por um sistema de normas e não de valores, pois em um sistema baseado em normas, a decisão considera aquilo que deve ser feito, mas no caso de uma decisão fundada em valores, a decisão é em torno do que é preferível.

Assim, mesmo que a decisão chegue a um resultado, a priori, correto, este correto no mundo dos valores é o comportamento que, ao final, mostre ser o melhor para uma certa cultura ou forma de vida.

A decisão do Supremo, portanto, ou considera que a sociedade, toda ela, comunga os mesmos pontos de vistas, que compartilha dos mesmos costumes e que possui as mesmas visões de mundo, ou decide simplesmente pelo que os próprios Ministros entendem como preferível e de mais bom gosto.²¹²

Nesse sentido, a crítica de Schmidt ao princípio da proporcionalidade:

O emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à

²¹¹ CATTONI apud POTIGUAR, Alex Lobato. *Igualdade e Liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, p. 122.

²¹² POTIGUAR, Alex Lobato. Ob. Cit. p. 123.

vontade de quem toma a decisão e, por isso não pode pleitear reconhecimento geral.²¹³

Alex Potiguar aponta a teoria da adequabilidade de Klaus Günther como uma alternativa para que decisão possa ser vista e interpretada mais corretamente.²¹⁴

Em sua teoria, Klaus Günther delimita a diferença entre o âmbito de justificação e o âmbito de aplicação das normas. O discurso de justificação concerne a elaboração de normas válidas pautadas pelo princípio universalista, que busca sopesar os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em debate.²¹⁵ Apesar da pretensão universalista, não é possível antecipar todas as consequências possíveis, pois isso exigiria condições ideais de tempo e conhecimento que vão além das capacidades humanas.

Desta forma, a situação de aplicação, normalmente precedida pela norma válida, deve ser complementada por uma exposição completa da conjuntura que sopesa também as situações variáveis não previstas pela descrição normativa. O discurso de aplicação considera que há normas válidas e aplicáveis *prima facie* que deverão ser adequadas a um caso específico. Uma norma aplicável *prima facie* é “aquela cuja aplicação não deve ser determinada, exclusivamente, pela identidade semântica entre os fatos hipoteticamente descritos na disposição normativa e aqueles utilizados na descrição do caso concreto e singular”.²¹⁶

Analisando o voto a partir da teoria da adequabilidade, pode-se dizer que o Ministro Gilmar Mendes teria se utilizado do código binário do direito, enquadrando a ação de Sigfried Ellwanger dentro de um dos direitos supostamente colidentes, quais sejam, a liberdade de expressão e a igualdade racial. Em seu voto, o Ministro teria procedido da seguinte maneira: após delimitar o que entendia por raça e racismo, tomou como válidas e *prima facie* aplicáveis os princípios da liberdade de expressão e o princípio da igualdade.²¹⁷

O Ministro arguiu então que a liberdade de expressão não tem o caráter absoluto e encontra limites em face de discursos de conteúdo racista, exigência do

²¹³ SCHMIDT apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 429.

²¹⁴ POTIGUAR, Alex Lobato. Ob. Cit. p. 123.

²¹⁵ GÜNTHER, K. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993, p. 23

²¹⁶ MARTINS, Argemiro; OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. A Contribuição de Klaus Günthe acerca da distinção entre regras e princípios. Disponível em http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RDGV_03_p241_254.pdf, acessado em 2 de novembro de 2011, p.5.

²¹⁷ POTIGUAR, Alex Lobato. Ob. Cit. p. 123.

sistema democrático, que implica a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. Dessa forma, entende-se que há limites a adequação da liberdade de expressão e somente diante do caso concreto é que é possível verificar se tal princípio pode ser aplicado.²¹⁸

A teoria da adequabilidade se demonstra mais compatível com o código binário do direito, em que o conflito de normas não é tratado no plano de validade, mas no que “tende as variações semânticas relacionadas e relacionáveis perante um caso concreto”.²¹⁹

3.3 A decisão final do Supremo Tribunal Federal

O caso *Ellwanger* é um marco na jurisprudência constitucional brasileira no que se refere aos direitos humanos, cuja preponderância na Constituição de 1988 corresponde às exigências do Estado Constitucional.

Já em seu preâmbulo, a Constituição se compromete com a garantia ao exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. No corpo do texto, em seu artigo 3º, inciso IV, ao tratar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, define como objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A partir de tais premissas, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu a adequação do direito à igualdade e à não-discriminação diante de situações em que a expressão é utilizada como meio para se ferir esses direitos.

²¹⁸ POTIGUAR, Alex Lobato. Ob. Cit. p. 123-124.

²¹⁹ “As normas, quer como regras, quer como princípios, visam ao que é devido, são enunciados deontológicos: à luz de normas, põe-se decidir qual a ação ordenada. Já os valores visam ao que é bom, ao que é melhor; condicionados a uma determinada cultura, são enunciados teleológicos: uma ação orientada por valores é preferível. Ao contrário das normas, valores não são aplicados, mas priorizados. Nesse sentido, o conflito de normas não é resolvido no plano de um conflito de validade, mas no que tende a variações semânticas relacionadas e relacionáveis perante um caso concreto. Esses conflitos de normas são tão invisíveis longe do concreto que sua possibilidade de existência depende da constelação de características da situação. A predeterminação de uma ordem concreta de valores leva a inconvenientes que não permitem uma aplicação apropriada”. POTIGUAR, Alex Lobato. Ob. Cit. p. 125.

Com base nas novas descobertas científicas, entendeu pela inexistência da subdivisão da raça humana e asseverou, conforme ementado, que “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”.²²⁰

Decidiu ainda que tais manifestações de ódio não são conciliáveis com os padrões éticos e morais estabelecidos na Carta Magna do Brasil e também do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático.

Apesar de ter havido uma grande receptividade da decisão, tanto pela sociedade, que acompanhou o caso, como da comunidade acadêmica, a despeito das discordâncias em relação à metodologia de ponderação de princípios adotada pelo Supremo, há ainda aqueles que criticam a adequação das limitações impostas à liberdade de expressão como meio de combate ao racismo.

Samantha Ribeiro questiona se a decisão teria efetivamente algum efeito prático no combate ao racismo e a discriminação. Defende que é por meio do livre confronto de ideias que a sociedade brasileira obterá êxito contra as ideias racistas e preconceituosas. Diz ainda, citando Francisco Javier Blázquez-Ruiz, que a proteção à liberdade de expressão exige uma “certa tensão existencial e um forte compromisso” para que não ceda diante da intolerância.²²¹

Nesse mesmo sentido, Ronald Dworkin arrazoa que tais manifestações odiosas nos fazem lembrar quão caro nos é o preço da liberdade. Segundo o autor, “a liberdade é importante, importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso”.²²²

Todavia, a decisão do Supremo Tribunal Federal se demonstra adequada ao contexto do Estado Constitucional, que se funda uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. A liberdade de expressão não pode ser vista com caráter absoluto, principalmente em um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana, cuja garantia depende da eficácia de diversos outros direitos fundamentais, tais como o direito à igualdade e o direito à identidade.

²²⁰ HC 82424-4, Supremo Tribunal Federal

²²¹ MEYER-PFLUG, Ob. Cit. p.216.

²²² DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 362.

Com esta decisão, o Supremo reforça o compromisso do Estado brasileiro em combater todas as formas de preconceitos e reafirma a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do nosso ordenamento.

Conclusão

No último século, a humanidade testemunhou os horrores do nazismo, uma ideologia fundada na superioridade da raça ariana em relação aos demais povos. Mais de 50 anos depois, ainda convivemos com o racismo, a xenofobia, a homofobia e manifestações discriminatórias de toda ordem.

O discurso do ódio busca se abrigar na proteção constitucional à liberdade de expressão. Propusemo-nos neste trabalho a analisar qual a melhor maneira de combater esse mal. Para este estudo, verificamos os argumentos teóricos envolvidos no debate e ainda fomos ao direito comparado para entender qual o tratamento dado ao tema em diversos outros ordenamentos.

Diante dos argumentos teóricos, pode-se notar a necessidade de uma releitura dos direitos à liberdade diante de uma sociedade cada vez mais plural e complexa. A garantia de um espaço público em que o debate possa ocorrer de maneira livre não pode mais ser entendida como um espaço sem regras em que a participação do Estado fique restrita a não intervenção.

Um debate robusto não é fundado no ódio e na negação da igualdade do outro. A crença na neutralidade do Estado já foi superada. É preciso sim tomar uma posição diante das ameaças aos direitos fundamentais. E o discurso do ódio se propõe justamente a essa papel, o de negar a cidadania do outro.

Para além do debate público, não se pode tratar tais manifestações como simples retórica. Como disse Rubem Alves, palavras “são armas que os poderosos usam para ferir e dominar os fracos”.

Argumenta-se que é preciso garantir o livre desenvolvimento dos indivíduos, incluídos aqui aqueles que para se expressarem negam a identidade do outro. Mas e aqueles que têm o seu livre desenvolvimento covardemente tolhido por meio dessas agressões? Não nos parece adequado que em um ordenamento fundado no princípio da dignidade da pessoa humana seja negado aos cidadãos o direito à identidade e à igualdade.

É certo que a luz das peculiaridades dos casos concretos o problema assume contornos ainda mais complexos. As diferentes formas de abordagem apresentadas pelos diversos ordenamentos aqui estudados demonstram a dificuldade do tema.

O liberalismo americano em oposição antagônica à democracia militante germânica são exemplos das posições antagônicas deste debate. Por mais que se reconheça o comprometimento histórico da jurisdição constitucional norte americana com a defesa dos direitos fundamentais, a postura dos demais sistemas aqui analisados enquadra-se de maneira mais coerente com os ideais de uma sociedade multicultural comprometida com a efetivação dos direitos humanos.

Na jurisdição constitucional nacional, ilustrada aqui pelo estudo do caso *Ellwanger*, a resposta dada é no sentido de se negar proteção constitucional ao discurso do ódio. A decisão é coerente com os princípios fundamentais da Carta Política brasileira e também com a história da sociedade brasileira, que tem como traço mais marcante a pluralidade de culturas.

A mistura que nos deu origem e nos caracteriza como povo, no entanto, não nos livra das mazelas dos diversos preconceitos ainda enraizados em nosso comportamento. Infelizmente, a discriminação ainda é uma triste realidade na sociedade brasileira, que ainda convive com o preconceito racial contra os negros, a xenofobia contra os nordestinos e nortistas, o machismo, a homofobia, entre outras manifestações de ódio.

O Estado ao não se posicionar com a justificativa de uma suposta neutralidade, na verdade assume uma posição. Calar-se diante de agressões tão vis aos direitos fundamentais não pode ser encarado como uma opção. É dever do Estado agir sempre no sentido de garantir a efetividade dos direitos fundamentais de maneira harmônica e tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

Referência Bibliográfica

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism.** Heidelberg; New York: Springer, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. **Liberalismo e democracia.** 6 a ed. Trad. Marco Aurélio. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. **A era dos direitos:** tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOYLE, Kevin. **Hate Speech: the United States versus the rest of the world?** Heinonline, Maine Law Review, v. 53, n2, 2001.

CAPALDI, Nicholas (org.) - **Da liberdade de expressão - Uma antologia de Stuart Mill a Marcuse,** Rio, FGV, 1974

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Uma questão de princípio.** São Paulo, Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOFFMAN, Erving, **Estigma-Notas sobre a Manipulação da Identidade deteriorada,** 1980, Brasil, Zahar Editores.

GÜNTHER, K. **The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law.** Trad. John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993.

KAHN, Robert A. (2007, pg. 5) **Why There Was no Cartoon Controversy in the United States,** disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=1008997>

KOMMERS, Donald. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany.** Duke University Press. 1997, p. 298

MARTINS, Argemiro; OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. **A Contribuição de Klaus Günthe acerca da distinção entre regras e princípios.** Disponível em http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RDGV_03_p241_254.pdf, acessado em 2 de novembro de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf, acesso em 20 de setembro de 2011.

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

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio: Alberto da Rocha Barros, apresentação Celso Lafer. 2.ed. – Petrópolis, RJ, Vozes, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Série de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/Colombia, 2002.

PIOVESAN, Flávia C. **Igualdade, diferença e direitos humanos : perspectivas global e regional**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. p. 294-322.

POPPER, Sir Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1978.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Igualdade e Liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Christine Oliveira Peter da . **A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro**. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 4, p. 1-27, 2010.

ZANGUI, Cláudio. **Direitos humanos e tolerância**. In Direitos Humanos: novas dimensões e desafios / Janusz Symonides. Brasília: UNESCO Brasil, secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.