ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO NO BRASIL

FREE SPEECH AND HATE SPEECH IN BRAZIL

Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna *
Gustavo Ferreira Santos **

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar as restrições de conteúdo à liberdade de expressão quando esta se aproxima do discurso do ódio. Nessa perspectiva, visa-se a responder à seguinte questão: qual é a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em casos que envolvem o conflito entre liberdade de expressão e discurso do ódio? A metodologia utilizada combina uma revisão bibliográfica sobre os pressupostos teóricos da pesquisa (conceito de liberdade de expressão e discurso do ódio, além da compreensão do direito de defesa das minorias tradicionalmente discriminadas) e pesquisa empírica (análise documental e jurisprudencial de julgados da Suprema Corte americana, do Tribunal Constitucional alemão e do Supremo Tribunal Federal brasileiro). Em um primeiro momento, aborda-se a liberdade de expressão, delimitando seu significado, conteúdo e propósito. Em seguida, aponta-se o discurso do ódio como elemento inibidor da liberdade de expressão por ofender os membros das minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação cultural, socioeconômica ou política. Posteriormente, discutem-se alguns aspectos dos modelos norte-americano (liberdade negativa) e alemão (liberdade positiva), para mostrar que culturas diversas aportam soluções jurídicas diferentes. Ao final, conclui-se que há uma aproximação do posicionamento brasileiro com a doutrina germânica, a partir da análise de casos emblemáticos como o do editor Siegfried Ellwanger (2003) e da Escola de Samba Unidos do Viradouro (2008). O entendimento do Brasil, país multicultural e formado por diferentes etnias, orienta um novo processo de defesa das minorias que, apesar de envolver a colisão de direitos fundamentais consagrados (dignidade, igualdade e liberdade), ainda encontra barreiras incompatíveis com a democracia pluralista contemporânea.
Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso do ódio. Direito comparado. Minorias. Preconceito.

* Doutoranda em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora substituta do Departamento de Filosofia da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). João Pessoa – Paraíba – Brasil.

** Doutor em Direito pela UFPE, com estágio pós-doutoral na Universidade de Valência, Espanha. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UFPE e da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Recife – Pernambuco – Brasil.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the restriction of free speech when it comes close to hate speech. In this perspective, the aim of this study is to answer the question: what is the understanding adopted by the Brazilian Supreme Court in cases involving the conflict between free speech and hate speech? The methodology combines a bibliographic review on the theoretical assumptions of the research (concept of free speech and hate speech, and understanding of the rights of defense of traditionally discriminated minorities) and empirical research (documental and jurisprudential analysis of judged cases of American Court, German Court and Brazilian Court). Firstly, free speech is discussed, defining its meaning, content and purpose. Then, the hate speech is pointed as an inhibitor element of free speech for offending members of traditionally discriminated minorities, who are outnumbered or in a situation of cultural, socioeconomic or political subordination. Subsequently, are discussed some aspects of American (negative freedom) and German models (positive freedom), to demonstrate that different cultures adopt different legal solutions. At the end, it is concluded that there is an approximation of the Brazilian understanding with the German doctrine, from the analysis of landmark cases as the publisher Siegfried Ellwanger (2003) and the Samba School Unidos do Viradouro (2008). The Brazilian comprehension, a multicultural country made up of different ethnicities, leads to a new process of defending minorities who, despite of involving the collision of fundamental rights (dignity, equality and freedom), is still restrained by incompatible barriers of a contemporary pluralistic democracy.
Keywords: Freedom of expression. Hate speech. Comparative Law. Minorities. Prejudice.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO; 3 O DISCURSO DO ÓDIO COMO ELEMENTO INIBIDOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO; 3.1 O MODELO NORTE-AMERICANO, A LIBERDADE NEGATIVA E O MERCADO DAS IDEIAS; 3.2 O MODELO ALEMÃO, A LIBERDADE POSITIVA E A INTANGIBILIDADE DA DIGNIDADE HUMANA; 3.3 DUAS EXPERIÊNCIAS, DUAS RESPOSTAS; **4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO;** 4.1 O CASO ELLWANGER: **literatura e nazismo**; 4.2 O CASO UNIDOS DO VIRADOURO: **samba e holocausto**; 4.3 O CASO MONTEIRO LOBATO: **letras e discriminação**; 4.4 O CASO LEVY FIDELIX: **intolerância e preconceito**; **5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

A complexa relação entre discurso e ação suscita o debate sobre a possibilidade ou não de reprimir o Estado discursos que possam levar à restrição de direitos e à violência. O exercício de um direito fundamental

como a liberdade de expressão pode, em uma democracia constitucional, ser instrumento de ataque a pessoas e grupos sociais.

O objetivo deste artigo é analisar as restrições de conteúdo à liberdade de expressão quando esta é usada para veicular um discurso do ódio. A metodologia utilizada combina uma revisão bibliográfica sobre os pressupostos teóricos da pesquisa com uma pesquisa empírica por meio da análise documental e jurisprudencial. Em um primeiro momento, aborda-se a liberdade de expressão, delimitando seu significado, conteúdo e objetivo. Em seguida, aponta-se o discurso do ódio como elemento inibidor da liberdade de expressão por ofender os membros das minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação cultural, socioeconômica ou política. Posteriormente, discutem-se alguns aspectos dos modelos norte-americano (liberdade negativa) e alemão (liberdade positiva), para mostrar que culturas diversas aportam soluções jurídicas diferentes. Ao final, conclui-se que há uma aproximação do posicionamento brasileiro com a doutrina germânica, a partir da análise de casos emblemáticos como o do editor Siegfried Ellwanger (2003) e da Escola de Samba Unidos do Viradouro (2008).

Fazendo um breve roteiro histórico, os direitos humanos são uma conquista bastante tardia na história da humanidade, tendo sido firmados como elementos jurídicos apenas com as Revoluções Liberais do século XVIII, momento em que a liberdade de expressão afirmou-se definitivamente e passou a integrar as Constituições liberais, bem como convenções e tratados internacionais, como direito fundamental.

A liberdade de expressão foi expressa, pela primeira vez, em 1689, no *English Bill of Rights*, um estatuto político formulado no contexto da Revolução Gloriosa, que defendia os direitos dos cidadãos britânicos. Em seguida, vários outros documentos passaram a incorporar em seus textos o direito à liberdade de expressão, como os arts. 10 e 11[1] da Declaração

1 "Art. 10.º Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11.º A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei" (FRANÇA, 1789).

dos Direitos do Homem e do Cidadão. No Brasil, desde a Constituição do Império, havia a garantia da liberdade de expressão, o que foi preservado até a Constituição de 1937. Já no período conhecido como Estado Novo, durante o governo do presidente Vargas, o princípio constitucional da liberdade de pensamento desapareceu e foi adotada a censura como meio de impedir a publicação ou a reprodução de determinadas informações. A liberdade de expressão só ganhou força novamente na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)[2], que trouxe várias inovações em relação à liberdade de manifestação do pensamento, dando maior amplitude ao rol de direitos e garantias individuais, vedando apenas o anonimato como forma de evitar a verbalização do discurso sem a devida responsabilidade.

Em 1979, em uma conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, o jurista tcheco-francês Karel Vasak propôs uma classificação dos direitos humanos em gerações, inspirado no lema da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade, Fraternidade). Os direitos da primeira geração, em que está inserida a liberdade de expressão, são considerados direitos negativos, que se esgotam num dever de abstenção do Estado na esfera particular do indivíduo. Trata-se de uma limitação para os poderes públicos, erigida para que eles não tenham como impedir nem coibir a manifestação de quaisquer opiniões ou ideias.

Com efeito, a liberdade de expressão é um direito fundamental dos indivíduos, entendida como liberdade de consciência e de crença, e está intrinsecamente relacionada à livre manifestação de ideias, opiniões, posições e pensamentos, de interesse público ou não, providos de importância

2 "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; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]" (BRASIL, 1988).

e valor ou não, por meio de qualquer meio de comunicação, não podendo esse direito ser restringido por ninguém. Em suma, a liberdade de expressão só pode ser plenamente garantida se os indivíduos tiverem a possibilidade de manifestar seus pontos de vista segundo suas convicções, seja na esfera pública ou privada.

2 OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão destina-se ao alcance de vários objetivos. Sem maior aprofundamento e, ao mesmo tempo, destituído de preocupação exaustiva, podem-se apontar, com base em enumeração especificada por Machado (2002), os seguintes: a) a procura da verdade; b) o mercado livre das ideias; c) a autodeterminação democrática; d) o controle da atividade governativa e do exercício do poder; e) o estabelecimento de esfera aberta e pluralista de discurso público; f) a garantia da diversidade de opiniões; g) a acomodação de interesses, com a transformação pacífica da sociedade; h) a promoção e expressão da autonomia individual; i) a formação de concepção multifuncional das liberdades de comunicação. Além dos objetivos expostos, a liberdade de expressão tem um importante papel no debate público e nas eleições, uma vez que é necessária uma opinião pública livre e informada como requisito legítimo para o exercício dos direitos políticos (DAHL, 1997). O controle dos poderes públicos e a denúncia dos casos de corrupção dos governantes são tarefas necessárias dos meios de comunicação como um compromisso do direito à informação e da responsabilidade social da imprensa.

Há uma relação direta entre o conceito de Estado Democrático de Direito e a garantia da liberdade de expressão. As expressões 'Estado de Direito' e 'democracia' não são mais vistas apenas em suas acepções formais. O conceito de Estado de Direito evoluiu, das revoluções burguesas aos dias atuais, para acrescer um conjunto de preocupações democráticas. Por outro lado, o conceito de democracia incorporou um conjunto de exigências quanto à garantia da autonomia dos participantes do processo.

O conceito de Estado de Direito remete originariamente à ideia de limitação do poder estatal para a garantia de direitos de indivíduos e grupos. No entanto, não basta a contenção do poder; é necessário, também, que exista uma legitimação democrática na produção das próprias regras de garantia. A fórmula "Estado Democrático de Direito" acresce ao conceito de Estado de Direito essa preocupação com legitimidade. No dizer de Canotilho (1999, p. 10), o princípio da soberania popular "serve de 'charneira' entre o 'Estado de direito' e o 'Estado democrático', possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático". Na mesma linha, Burgos (2010, p. 242, tradução nossa) afirma que "o Estado de direito permite que a democracia deixe de ser um procedimento e integre fins ligados com os direitos e a autonomia humana".

Com efeito, levando em consideração a liberdade de consciência, o exercício dos direitos políticos e o controle dos poderes públicos, toda intervenção do Estado para limitar a liberdade de expressão, em sistemas democráticos, deve ser vista como suspeita e exige uma justificativa especial. Constituições democráticas proíbem a censura. No entanto, a relação entre liberdade de expressão e outros direitos e interesses constitucionalmente consagrados é complexa e desafia intérpretes/aplicadores a encontrar soluções de compromisso.

3 O DISCURSO DO ÓDIO COMO ELEMENTO INIBIDOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os Estados defrontam-se com alguns aspectos polêmicos no domínio da tutela à liberdade de expressão e são vários os temas que suscitam o debate público acerca da legitimidade da intervenção estatal. Entre esses temas, destaca-se a resposta ao discurso do ódio, que pode ser definido como toda manifestação que denigra ou ofenda os membros das minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política ou cultural. Em outras palavras, o discurso do ódio compõe-se de todas as formas de expressão que propagam, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, a

homofobia, o antissemitismo e outras formas de ódio baseadas na intolerância (BRUGGER, 2007). Tal discurso serve para insultar, perseguir e justificar a privação dos direitos humanos e, em casos extremos, para dar razão a homicídios, acarretando conflitos com outros valores igualmente tutelados pela Carta Magna, como a dignidade humana e a vedação à prática do racismo.

Com efeito, a questão central é indagar quanto à melhor forma de combater o discurso do ódio. Para isso, será analisado o tratamento doutrinário e jurisprudencial dispensado ao tema no direito nacional e estrangeiro, buscando, assim, encontrar uma solução jurídica eficaz para evitar e combater o discurso do ódio, sem, contudo, violar a liberdade de expressão e a dignidade humana de suas vítimas e comprometer o Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, as principais polêmicas são: o discurso ou as palavras podem causar danos? Em que medida o dano é quantificável? Toda ofensa é uma incitação à violência? Qual deveria ser a tolerância legal de expressões, ainda que fossem repugnantes? Trata-se de perguntas com respostas difíceis, porque existem diversas concepções de liberdade de expressão e a solução mais adequada ao caso concreto varia segundo a cultura jurídica de cada país. Para esclarecer tais questões, serão apresentados alguns aspectos das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira sobre o tema e estabelecidas as justificativas dos limites a um direito fundamental em três culturas jurídicas, que estão sensibilizadas com os problemas das minorias, mas aportam soluções diversas.

A questão da regulação do discurso do ódio pode ser interpretada como uma questão de conflito de direitos e os sucessivos casos judiciais que serão apresentados oferecem diferentes ponderações, demonstrando que só é possível interpretar adequadamente as decisões judiciais apelando aos fundamentos filosóficos de cada modelo apresentado.

3.1 O MODELO NORTE-AMERICANO, A LIBERDADE NEGATIVA E O MERCADO DAS IDEIAS

O modelo norte-americano está baseado na ideia de liberdade negativa, sendo marcado pela visão adotada pela jurisprudência da Suprema Corte americana de que há um mercado das ideias. Esse tribunal outorgou um papel prioritário à liberdade de expressão, que deveria limitar a intervenção estatal apenas aos casos de um perigo claro e presente ou à ameaça de desordens públicas. A visão da liberdade negativa traduz-se na não interferência no âmbito individual e, portanto, na ausência de barreiras para seu exercício. Significa não ser impedido por outras pessoas a fazer o que se deseja fazer.

A perspectiva americana pode ser sintetizada em sua Primeira Emenda Constitucional, de 1791, segundo a qual o Congresso não fará nenhuma lei que restrinja a liberdade de expressão ou da imprensa[3]. Fiss (2005, p. 30), comentando a Primeira Emenda da Constituição Americana, aduz:

> O discurso é tão valorizado pela Constituição, eu sustento, não porque ele é uma forma de auto-expressão ou auto-realização, mas porque ele é essencial para a autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja, para usar a agora famosa fórmula do Juiz Brennan, 'desinibido, robusto e amplamente aberto'.

Todavia, foi a jurisprudência da Suprema Corte que mostrou de forma mais clara o significado desse preceito constitucional com a concepção de mercado de ideias, que apareceu pela primeira vez no voto divergente do Juiz Oliver Wendell Holmes, no caso Abrams *versus* Estados Unidos (1919) (BINEMBOJM, 2006). Inclusive, Posner (2011) considera que não existe

3 "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" (ESTADOS UNIDOS, 1791),

voto mais eloquente na história do direito norte-americano do que esse voto divergente.

Segundo a visão de mercado de ideias, não é papel do Estado proibir a expressão de ideias, ainda que alguém as considere equivocadas, pois o melhor teste para a verdade é a competição no mercado do discurso. A livre circulação de ideias permite que todos chequem a consistência das opiniões. Assim, a correção de uma ideia não depende da consciência dos juízes e jurados, mas da concorrência com outras ideias. Os diferentes pontos de vista em uma sociedade competem entre si em um debate aberto e plural, no qual algumas opiniões têm mais êxito do que outras, dependendo do número de seguidores e da qualidade dos seus argumentos.

O mercado de ideias propõe a não intervenção estatal na determinação da verdade ou falsidade dos argumentos, o que supõe que o Estado deve ser neutro. Trata-se de uma posição que enfatiza a visão da liberdade negativa e que desconfia da intervenção governamental em assuntos de liberdade de expressão. A procura da verdade como *telos* da liberdade de expressão assinala que, num discurso aberto de ideias, a verdade é mais facilmente desvendada, enquanto, num espaço onde há carência de liberdade de expressão, a verdade fica oprimida a uma só opinião, que se impõe como verdadeira. Se houver um debate livre e aberto, a verdade tenderá a prevalecer.

Os pressupostos filosóficos implícitos desse modelo, de acordo com Ingber (1984), são: a) a verdade é algo capaz de ser descoberto pelo pensamento, a partir da pluralidade de ideias; b) o poder da racionalidade dos indivíduos pode separar a forma da substância das posições competitivas que se apresentam. No entanto, o autor critica o argumento do mercado de ideias, afirmando ser ele mais um mito do que uma realidade, pois, na prática, se refletem os pontos de vista convencionais sobre a sociedade, a economia e a política; a diversidade de perspectiva é inexistente e é difícil sustentar que esse mercado não sofre interferência.

Todavia, Machado (2002, p. 254) contesta grande parte dessas críticas ao estabelecer que:

> O mercado livre de ideias, a despeito das suas imperfeições, traduz os valores fundamentais da descentralização da produção e difusão de ideias e da autonomia individual na adesão ou no abandono das mesmas, bem como na estruturação dos procedimentos comunicativos de acordo com o princípio da persuasão, nos termos do qual o Estado não pode suprimir um discurso com base no facto de que o mesmo tem a capacidade para persuadir as pessoas.

A fundamentação teórica que justifica a liberdade de expressão como meio de chegar à verdade encontra-se na obra clássica *Sobre a liberdade* (MILL, 1991). Nela, o filósofo afirma que a liberdade de expressão jamais deve ser restringida, pois, se o discurso for silenciado e for verdadeiro, haverá privação do conhecimento da verdade; se a opinião silenciada for errada, pode haver nela, ainda assim, uma porção de verdade; e, se a opinião estiver errada, será por meio do enfrentamento de opiniões diversas que se chegará ao conhecimento pleno da verdade (RIBEIRO, 2012).

Nessa obra, Mill (1991) também formula o princípio do dano a terceiros, segundo o qual o único propósito que justifica a intervenção da espécie humana, coletiva ou individualmente, na liberdade de ação é sua própria proteção, ou seja, o fim para que o poder possa ser exercido legitimamente sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é obstar que provoque danos aos demais. Assim, o Estado só pode intervir regulando as condutas que prejudiquem danos a terceiros. Depreende-se, desse modo, que a defesa do debate, o contraste das ideias, a recusa da censura e a livre circulação do discurso são necessários para que os indivíduos, como agentes morais, possam decidir autonomamente seus planos de vida. Logo, no modelo norte-americano, a intervenção estatal só se justificaria quando as ações dos indivíduos provocassem danos aos demais. Nesse ponto, um novo dilema instaura-se: quem e como se definem esses danos?

Alguns casos polêmicos julgados pela Suprema Corte americana (CORNELL..., 2014) podem embasar as respostas para tais questionamentos:

a) caso **Brandenburg** (1969): a Suprema Corte americana anulou a condenação de Clarence Brandenburg (líder do ramo de Ohio do Ku Klux Klan), apesar de suas alegações em rede de TV sobre a supremacia da raça ariana. A Corte fundamentou a absolvição do réu na ausência de violência intencional, provável e iminente do discurso contra negros e judeus. Ora, mas o que é violência? Aparenta que a Corte americana só considerou a violência e os danos físicos, não levando em conta a violência moral e psíquica das vítimas do discurso, bem como o direito à memória dos familiares dos mortos nos campos de concentração;

b) caso **Skokie** (1977): a Suprema Corte americana decidiu em favor do Partido Nazista, revertendo a decisão da Corte de Illinois, e autorizou uma marcha nazista em bairro judeu. O nazismo foi um aviltamento a todas as liberdades humanas, que se desenvolveu em um meio que consentia o exercício da liberdade, em especial, da liberdade de reunião. Isso suscita um novo problema: até que ponto é legítimo dar liberdade para quem ofende a liberdade? Em que medida deve-se tolerar o intolerante?

c) caso **RAV x City of St. Paul** (1992): a Suprema Corte americana anulou o julgamento que condenava alguns adolescentes por queimar uma cruz no jardim de uma família afro-americana. No contexto da sociedade estadunidense, o ato de queimar cruzes representa uma manifestação de ódio. Então, no âmbito do conflito entre direitos humanos fundamentais, até que ponto a não interferência do Estado (liberdade negativa) é eficaz para a proteção das minorias?

d) caso **Cohen** (1971): a Suprema Corte americana anulou a decisão que condenou um sujeito chamado Cohen por usar nos corredores de um tribunal de justiça uma jaqueta com a expressão '*fuck the draft*'. O fato aconteceu em um agitado momento de crítica à política bélica norte-americana por ocasião da Guerra do Vietnã e a punição tinha a premissa de que a agressiva frase incitaria distúrbios e ameaçaria a paz. Nesse caso, a Suprema Corte alegou que

> o Estado não tem o direito de proibir o uso de palavras ofensivas. Por que deixar, então, impune os agressores do distúrbio gratuito da paz de vítimas de grupos minoritários, como negros e judeus?

Não existem outros danos relevantes relacionados ao discurso do ódio? Não é sério ataque à dignidade humana a utilização de determinadas expressões? As respostas a essas indagações, segundo a filosofia americana, é que qualquer discurso, por si mesmo, não produz dano, ódio, violência ou intolerância. No entanto, quando o discurso não mais está sendo feito in abstrato, revelando não mais apenas um posicionamento político, mas está dirigido a incitar a violência, ameaçando concretamente pessoas reais, a Suprema Corte entende ser possível a penalização dos responsáveis. As chamadas fighting words, ou seja, palavras que incitam a briga, podem ser objeto de repressão pelo ordenamento. No dizer de Stone (apud GULLCO, 2011, p. 68, tradução nossa), não estão dirigidas a comunicar ideias, mas a causar danos: "São ataques verbais, mais parecidos com um soco na boca, que a uma expressão protegida constitucionalmente".

Para Fuente (2010), aos olhos de um jurista europeu, a regulação estadunidense da liberdade de expressão é, no mínimo, paradoxal, pois a Suprema Corte ora se mostra neutra frente ao racismo, ora se mostra parcial diante do aborto, da escravatura e da obscenidade. Os pilares do sistema baseiam-se na filosofia de Mill (1991) e no princípio de danos a terceiros, em que o dano está vinculado ao perigo de violência iminente.

3.2 O MODELO ALEMÃO, A LIBERDADE POSITIVA E A INTANGIBILIDADE DA DIGNIDADE HUMANA

A história da ditadura nacional socialista por Adolf Hitler claramente influenciou a construção de um entendimento judicial que atribuiu importância relativa à liberdade de expressão, de modo que, no panorama das Constituições europeias do segundo pós-guerra, destaca-se, em particular, a *Grundgesetz* (GG), ou seja, a Lei Fundamental Alemã, de 1949,

que já no início do seu texto proclama solenemente a inviolabilidade da dignidade humana:

> Artigo 1
> [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]
> (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
> (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
> (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário (ALEMANHA, 1949).

Como se observa, no sistema jurídico alemão, a liberdade de expressão não é o valor constitucional mais importante; essa posição pertence à dignidade humana, tratada como princípio constitucional supremo e direito fundamental. Portanto, quando os casos apresentam fatos nos quais a dignidade humana e a liberdade de expressão colidem, esta deve render-se para que a dignidade humana prevaleça. Além disso, a Lei Fundamental Alemã ressalta a conduta positiva do ente público como garantidor da proteção à dignidade humana: o Estado existe para o bem do homem e não o homem, para o bem do Estado. Os indivíduos requerem que o Estado tenha um papel proativo para assegurar as possibilidades de realização de seus planos de vida. Isso não significa que o modelo alemão seja antidemocrático, mas pressupõe que a esfera pública não tenha um discurso neutro, sendo definida em torno de valores baseados em sua superioridade ética.

Caracterizando o republicanismo que defenderia a justificação da liberdade de expressão como liberdade positiva, o Estado ausente no liberalismo é substituído por um Estado ativo. Nesse contexto, coloca-se a questão sobre o que se deveria fazer no caso Skokie (1977), que tratava de autorizar uma marcha nazista em um bairro em que viviam judeus sobreviventes do holocausto:

- os liberais sustentam que o Estado deve ser neutro e respeitar as opiniões que promovam seus cidadãos. Proibir expressões ofensivas e impopulares significa impor a alguns cidadãos os valores dos outros e não respeitar a capacidade de cada cidadão escolher e expressar suas próprias opiniões;
- os republicanos, ao contrário, diferenciam em cada caso o conteúdo do discurso, a natureza da causa e o valor moral das comunidades locais cuja integridade estava em jogo. Os neonazistas promoveram o genocídio e o ódio, por isso memórias compartilhadas de sobreviventes do holocausto merecem deferência moral.

O conceito de liberdade de expressão como liberdade positiva localiza-se dentro da cultura jurídica alemã. Para mostrar as diferenças com a perspectiva dos Estados Unidos, será analisado o caso Lüth, que, segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, foi o caso fundamental para a interpretação das liberdades de opinião.

Os fatos são os seguintes: Veit Harlan, um diretor de cinema, trabalhou em estreita colaboração com a máquina de propaganda nazista. Ele produziu e dirigiu uma série de filmes altamente ofensivos, incluindo o filme antissemita *Jud Süss*, em 1940. Apesar de sua colaboração ativa com o governo nazista, os Aliados não o consideravam culpado de crimes de guerra por sua contribuição para o programa de genocídio nazista. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, ele tentou voltar como um grande diretor e, em 1950, escreveu e dirigiu o filme *Amada imortal* (*Unsterbliche Geliebte*), que recebeu elogios na Alemanha e no exterior. Ocorre que, antes da estreia de referido filme, vários judeus de prestígio e de influência na mídia alemã, entre eles, Eric Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, resolveram boicotar a exibição do filme, ainda que não tivesse cenas e nada que lembrasse o nazismo ou o antissemitismo. Os produtores e os distribuidores do filme buscaram uma liminar contra o boicote em uma disposição do Código Civil alemão que previa uma reparação contra a pessoa

que "intencionalmente causar prejuízo a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes" (ALEMANHA, 1900)[4].

Nesse julgamento, foi estabelecido pela primeira vez que a Constituição não é um documento de valores neutros, uma vez que a seção sobre direitos fundamentais estabelece uma ordem objetiva de valores que incide sobre a dignidade humana, que deve considerada uma decisão constitucional fundamental que afeta todas as áreas do direito (público e privado)[5]. Esse valor é utilizado como critério para medir e avaliar todas as ações nas áreas do direito, seja no âmbito do Legislativo, Executivo ou Judiciário. Portanto, é claro que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Essa doutrina, denominada *Drittwirkung*, assegura a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A Corte Constitucional alemã percebeu e desenvolveu alguns conceitos que atualmente são as vigas mestras da teoria dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos.

No Brasil, esses fenômenos chegaram com outras roupagens. Fala-se em constitucionalização do direito privado e filtragem constitucional, interpretação conforme os direitos fundamentais.

3.3 DUAS EXPERIÊNCIAS, DUAS RESPOSTAS

As formas tão diversas de tratamento do discurso do ódio decorrem, evidentemente, das diferentes experiências nacionais em relação à palavra. Os Estados Unidos nunca vivenciaram um regime político que, com o uso de discursos, falseou a realidade para estigmatizar grupos sociais específicos e contra eles fomentar a violência. O trauma do nazismo não

4 Art. 226 do Código Civil alemão: "*§ 226 - Schikaneverbot: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*".

5 É importante mencionar também que a negação do holocausto não é considerada manifestação do pensamento possível. Para a Alemanha, trata-se de negação de fato ocorrido e não de mera expressão do pensamento. Esse entendimento advém do julgado da Corte Constitucional alemã de 1994, que se posicionou contra a tese negacionista do historiador David Irving sobre a não existência do holocausto como um dado histórico.

deixa a Alemanha ver o discurso do ódio como um mero discurso político. Ainda, nos Estados Unidos, desde o esforço para que as ex-colônias inglesas aceitassem viver sob uma única Constituição, abrindo mão da soberania, a garantia da diversidade interna é preocupação central. As liberdades de culto e de expressão estão entre os mais caros direitos entre os que, nas primeiras emendas à Constituição, foram declarados.

As duas experiências são polos, entre os quais, há uma enorme variedade de soluções possíveis para as democracias constitucionais. Para ilustrar as diferenças entre os dois países, Brugger (2007, p. 119) imagina, a partir das jurisprudências da Suprema Corte norte-americana e do Tribunal Constitucional Federal alemão, o conteúdo de um cartaz que, levantado em frente ao Capitólio norte-americano, seria ato legítimo, protegido pela liberdade de expressão, mas que, levantado nas escadarias do *Reichstag*, em Berlim, configuraria ilícito:

> Acordem, massas cansadas, eu tenho quatro mensagens que é melhor vocês ouvirem, entenderem e compartilharem! Primeiro, nosso Presidente é um porco! Eu pintei dois quadros para demonstrar meu argumento. Aqui tem um mostrando o nosso claramente reconhecível Presidente como um porco mantendo relações sexuais com outro porco vestido com uma toga de juiz e, aqui, há um outro, mostrando nosso Presidente mantendo relações sexuais com sua mãe na 'casinha'. Segundo, todos os nossos soldados são assassinos. Terceiro, o Holocausto nunca aconteceu. Quarto, afro-americanos usam a mentira da escravatura para extorquir dinheiro do governo americano, da mesma forma que os judeus usam a mentira do Holocausto para extorquir dinheiro da Alemanha. Alguma coisa tem que ser feita sobre isso!

4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO

4.1 O CASO ELLWANGER: **literatura e nazismo**

Apesar de a CRFB/88, promulgada após o fim da ditadura militar, garantir a igualdade dos indivíduos perante a lei e a proteção legal contra a discriminação, não existe no Brasil nenhuma legislação específica em relação ao discurso do ódio. O dispositivo legal que trata do tema, sob o viés não discriminatório, é a Lei nº 7.716/1989, que "define os crimes resultantes do preconceito de raça e de cor" (BRASIL, 1989). Em seu art. 20, assim determina:

> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.(Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.(Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;(Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

> II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; (Redação dada pela Lei nº 12.735, de 2012) (Vigência)
> III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)
> § 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97). (BRASIL, 1989).

Em 17 de setembro de 2003, no *Habeas Corpus* 82.424/RS, o Supremo Tribunal Federal orientou-se segundo uma tradição germanista no caso do livreiro brasileiro Siegfried Ellwanger Casten, fundador da editora gaúcha Revisão, que escreveu e publicou livros disseminando e legitimando o ódio aos judeus. Entre os principais livros editados pela Revisão, destacam-se: **Holocausto: judeu ou alemão***?*, **Hitler: culpado ou inocente***?* e **O plano judaico de dominação mundial: os protocolos dos sábios de Sião**. As obras de Ellwanger, bem como de sua editora, provocaram perplexidade e inquietação na comunidade semita brasileira por seu conteúdo racista e por acusar os judeus de serem responsáveis pelos mais diversos infortúnios da humanidade, entre eles, a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Foi acusado de crime de racismo, com base no art. 20 da citada Lei nº 7.716/1989.

No caso em comento, o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor, imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por crime de racismo e, por maioria de votos, o Plenário negou o *habeas corpus* e acabou por repudiar o discurso do ódio. A votação obteve o seguinte placar:

Quadro 1 – Votação do Plenário no caso Ellwanger.

ABSOLVIÇÃO: deferimento do habeas corpus, inexistência de racismo e liberdade de expressão irrestrita.	CONDENAÇÃO: denegação do habeas corpus, existência de discurso do ódio e ponderação de valores em caso de colisão de direitos.
Ministros: Moreira Alves, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio.	Ministros: Carlos Velloso, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

Impende ressaltar que o jurista Celso Lafer (2005), na qualidade de *amicus curiae*, apresentou parecer defendendo a denegação do *habeas corpus* impetrado a favor de Siegfried Ellwanger. Ele aprofunda a discussão a partir do posicionamento de cada um dos ministros que votaram no caso em seu livro **A internacionalização dos direitos humanos**.

Alguns votos, eivados de diferentes ideologias, merecem destaque, como os dos Ministros Moreira Alves, Celso de Melo, Gilmar Mendes, Carlos Velloso e Ayres Britto (MACHADO, 2013). O primeiro ministro a votar foi Moreira Alves, relator do processo, que argumentou que, do ponto de vista científico, os judeus não constituem uma raça, indicando que tal constatação poderia ser verificada em razão de dados físicos como cor da pele, formato dos olhos e textura do cabelo. Portanto, em face da inexistência de crime de racismo, entendeu por deferir o pedido de *habeas corpus* e justificar o discurso do ódio (STF, 2003).

O Ministro Celso de Melo, que votou contrariamente ao *habeas corpus*, ponderou: "Aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de fundo racista, também atinge – e atinge profundamente – a dignidade de todos e de cada um de nós" (STF, 2003). Em seguida, ao proferir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes discorreu sobre a colisão entre direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de expressão e, de outro, a dignidade humana. Assim, utilizando o princípio da proporcionalidade, também votou pelo indeferimento do remédio constitucional (STF, 2003). Nessa mesma linha, o Ministro Carlos Velloso entendeu que a liberdade de expressão em momento algum pode

se sobrepor à dignidade da pessoa humana e denegou o *habeas corpus* (STF, 2003).

O Ministro Carlos Ayres Britto, seguindo o modelo estadunidense, argumentou que a liberdade de expressão seria uma liberdade de hierarquia maior e, portanto, excludente de qualquer limite. O voto do ministro foi um tanto contraditório, uma vez que ora reconhece que Ellwanger deixa transparecer em suas obras uma ideia preconceituosa acerca dos judeus, ora alega a impossibilidade de ser proibida a divulgação do pensamento. Ainda, citando Douglas Chrstie, declara: "Ninguém tem o monopólio de apresentar o desenrolar de fatos históricos. NUNCA deverá ser silenciada uma discussão, a esse respeito, por imposição de meios estatais" (STF, 2003).

Ao final do julgamento, concluiu-se que a liberdade de expressão não pode servir de respaldo para manifestações preconceituosas, nem incitar a violência e a intolerância contra grupos humanos.

4.2 O CASO UNIDOS DO VIRADOURO: **samba e holocausto**

Outro caso polêmico que merece destaque aconteceu no Carnaval carioca, em 2008. Com o enredo *É de arrepiar* e alas de guilhotina, fogueira, forca e cadeira elétrica, a Escola de Samba Unidos do Viradouro pretendia apresentar uma alegoria alusiva às vítimas do holocausto que mostrava uma pilha de corpos esquálidos e nus, em que desfilaria um destaque fantasiado de Adolf Hitler. No entanto, a exibição do carro alegórico foi proibida por força de uma ação judicial (Processo nº 2008.001.024498-5), promovida no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pela Federação Israelita do Rio de Janeiro (FIERJ).

A escola deixou claro que não tinha a intenção de questionar nem fortalecer a ideologia pregada pelo holocausto, mas, ao contrário, desejava demonstrar a brutalidade histórica desse acontecimento. No entanto, o pedido da FIERJ foi reconhecido, tendo a magistrada, Dra. Juliana Kalichsztein, concedido a liminar e imposto uma multa de 200 mil reais se a escola de samba desfilasse com o carro na Marquês de Sapucaí, além de uma multa adicional de 50 mil reais se houvesse algum integrante da escola com fantasias

que lembrassem a figura de Hitler (MEYER-PFLUG, 2009). No lugar do carro alegórico do holocausto, os membros da Viradouro desfilaram usando mordaças e com a frase "não se constrói o futuro enterrando a história", em protesto contra decisão judicial.

É cerceamento de liberdade de expressão impedir a banalização dos eventos bárbaros e injustificados praticados contra as minorias? É justo privar o direito do artista, no caso em comento, do carnavalesco Paulo Barros, de mostrar sua obra, ainda que essa obra retrate o morticínio de judeus, praticado na Alemanha hitlerista? O holocausto trata de assunto que deve ser escondido ou esquecido?

A decisão da juíza de 1º grau do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi irrefletida e evidenciou a ausência de critérios claros na resolução do caso Ellwanger, que deu azo a interpretações erradas acerca da proteção contra o discurso de ódio, especialmente no que diz respeito à motivação do agente de promover o ódio e a discriminação. No caso da decisão que impediu o desfile do carro alegórico da Escola de Samba Unidos do Viradouro, entende-se que deveria prevalecer a liberdade de expressão, pois não havia qualquer intenção de banalizar a memória dos judeus mortos naquele período. Tratava-se de uma homenagem séria, que pretendia beneficiar a comunidade judaica, por meio da divulgação para um público bastante heterogêneo das tragédias acontecidas naquele período.

4.3 O CASO MONTEIRO LOBATO: **letras e discriminação**

Desde 2011, tramita no Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança 30952, de relatoria do Ministro Luiz Fux[6], movido pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) contra a distribuição do livro **Caçadas de Pedrinho** (LOBATO, 2009), publicado em 1924, a escolas públicas pelo Programa Nacional Biblioteca na Escola (PNBE), do Ministério da Educação. A alegação do IARA é que passagens do livro são racistas,

6 A princípio, o Mandado de Segurança 30952 foi distribuído para o Ministro Joaquim Barbosa, que é negro, mas este se declarou suspeito para atuar no feito, por razões de foro íntimo (art. 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil), e encaminhou os autos à Presidência para providenciar a redistribuição.

como a que diz que Tia Nastácia subiu em uma árvore como uma "macaca de carvão". O mandado de segurança pede ainda, no caso da manutenção do livro nas escolas, que apresente nota explicativa acerca da presença de estereótipos raciais na literatura e que sejam adotadas medidas de capacitação e formação de educadores para que a obra seja utilizada de forma adequada na educação básica.

Em 2012, o Ministro Luiz Fux deferiu o ingresso como assistentes de Joyce Campos Kornbluh e Jerzi Mateusz Kornbluh, herdeiros do escritor Monteiro Lobato, que advogam a favor da preservação da cultura e da história literária do Brasil. Ao deferir o pedido, o ministro levou em consideração a qualidade de herdeiros e de detentores dos direitos autorais da obra do autor, circunstância que poderá acarretar efeitos jurídicos e patrimoniais futuros. Em maio de 2013, por meio do Parecer nº 10372-RG, a Procuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento do mandado de segurança e, se conhecido, pelo indeferimento do pedido de medida liminar.

Inúmeras tentativas de conciliação, debates e reuniões já aconteceram, mas o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou. A polêmica instalou-se, bem como opiniões divergentes que transitam entre a censura, a liberdade de expressão e o discurso do ódio.

4.4 O CASO LEVY FIDELIX: **intolerância e preconceito**

Em 29 de setembro de 2014, uma nova polêmica acerca da relação entre discurso do ódio e liberdade de expressão instaurou-se no cenário nacional: durante o debate eleitoral promovido pela Rede Record, o candidato à Presidência da República pelo Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), José Levy Fidelix da Cruz, ao ser questionado pela candidata Luciana Genro, do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), sobre por que a "defesa da família" não abrange aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo, ele se manifestou contra os homossexuais, o que foi classificado por entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) como "discurso do ódio" (FREITAS, 2014). O candidato respondeu à pergunta opondo uma maioria de heterossexuais a uma minoria de homossexuais, com palavras que incitam

o enfrentamento: "Então, gente, vamos ter coragem. Nós somos maioria, vamos enfrentar essa minoria. Vamos enfrentá-los" (FREITAS, 2014). As palavras aproximam-se daquilo que, anteriormente, foi apontado como *fighting words*. Apesar das várias críticas recebidas, no primeiro turno das eleições de 2014, Levy Fidelix ficou em último lugar entre os candidatos e obteve o voto de 0,43% do eleitorado nacional; no entanto, alcançou votação recorde de sua carreira política e o número de seguidores de sua página oficial no Facebook aumentou 1000% após o debate.

Ocorre que a banalização do discurso do ódio e da incitação à violência contra a população de lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros é assustadora no Brasil. Por isso, a sociedade não deve compreendê-la como liberdade de expressão ou opinião, pois a história tem inúmeras amostras que comprovam as consequências nefastas dessa prática. Adolf Hitler, por exemplo, também considerava que os judeus eram uma minoria asquerosa que devia ser expurgada da Alemanha e isso culminou em uma guerra mundial e mais de seis milhões de mortos – tanto judeus quanto homossexuais, comunistas, negros, ciganos, deficientes e outros grupos que o nazismo escolheu como adversários públicos do povo alemão. Disso não restou uma lição?

A lição que fica é que a prédica de ódio não cabe na democracia. É papel do Estado conter e punir qualquer forma de comunicação verbal, escrita ou simbólica que instigue o recrudescimento da violência letal contra minorias, entre elas, *gays*, lésbicas, travestis e transexuais.

5 CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é a máxima dentro das liberdades clássicas, constituindo um direito de primeira geração. É, em regra, um direito que exige uma abstenção do Estado na sua tutela. No entanto, seu domínio não é um campo ilimitado nem absoluto e pode ser restringido em nome da ponderação de outros bens jurídicos igualmente expressivos, devendo qualquer regulação à liberdade de expressão ser realizada com cautela, de modo a não retroceder à censura.

O primeiro modelo de liberdade de expressão como liberdade negativa caracteriza-se pelo Estado não dever intervir em assuntos sobre a liberdade de expressão e dever sair para o mercado de ideias. Na liberdade negativa, não há interferência. A verdade ou falsidade de ideias surge a partir das ideias contrárias da competição e não das decisões judiciais. O Estado deve ser neutro sobre o conteúdo da expressão, o que tem levado a considerar inconstitucional uma regulação que proíba opiniões e ações racistas.

A perspectiva estadunidense de liberdade de expressão pode causar perplexidade a partir de outras culturas jurídicas, uma vez que esta não é apenas o direito constitucional mais precioso, mas também um dos seus símbolos culturais mais importantes. A ênfase na não intervenção estatal sobre a liberdade de expressão leva alguns a considerá-la um direito absoluto. Com efeito, a Suprema Corte americana reconheceu alguns limites à liberdade de expressão. A partir dessa perspectiva, de acordo com os princípios de Mill (1991), o Estado poderia regular expressões que agridem, principalmente, os membros de minorias que têm sido tradicionalmente vilipendiadas. Ademais, as manifestações de ódio, quando colocadas apenas no nível do discurso, não produzem nenhum dano significativo para a intervenção do Estado, de acordo com a Suprema Corte. A incitação ao ódio estará permitida se não envolver também uma incitação à violência. Isso diferencia os Estados Unidos em relação a outras democracias que adotaram regulamentos restritivos nesse assunto.

Quanto ao segundo modelo, que toma a Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, observa-se nítida preocupação com a regulação da liberdade de expressão e a repercussão do discurso do ódio. Sem dúvida, a liberdade de expressão constitui direito fundamental, mas convive com o princípio da dignidade humana a lhe opor limites. É importante ressaltar também que o princípio da dignidade humana adquire valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico alemão consagrado no art. 1º da Constituição promulgada no pós-guerra. Dessa forma, haverá sempre a ponderação de valores em face de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Para os casos de violação de um direito constitucional, a solução dar-se-á pelo princípio da proporcionalidade.

Quanto ao Brasil, o número de ações judiciais envolvendo a temática do discurso do ódio ainda é pequeno, não por ausência de discriminação, mas pelo fato de que o preconceito, o racismo, a homofobia e a xenofobia manifestam-se de modo implícito, velado, muitas vezes revestidos de humor, o que assinala um "discurso do ódio material", dificultando seu combate.

O país nunca tinha enfrentado uma polêmica até o caso de Siegfried Ellwanger. Para solucioná-lo, o Supremo Tribunal Federal valeu-se da jurisprudência tanto dos tribunais europeus quanto dos tribunais americanos. Ao término do julgamento, a Corte orientou-se segundo a tradição germanista, contra o discurso do ódio, elaborando um novo conceito de raça ao pressupor que racismo é a perseguição a qualquer grupo étnico, religioso, social ou cultural. A importância desse caso é servir de paradigma para os processos posteriores, como o caso da Escola de Samba Unidos do Viradouro e dos livros de Monteiro Lobato.

O posicionamento do Brasil, país multicultural e formado por diferentes etnias, orienta um novo processo de defesa das minorias e de combate ao preconceito que, apesar de envolver a demarcação de direitos fundamentais consagrados (dignidade, igualdade e liberdade), ainda encontra barreiras incompatíveis com a democracia pluralista contemporânea.

Por fim, o debate acerca dos limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio é relevante e ganha espaço nas ciências jurídicas porque, embora trate de um problema antigo, algumas questões permanecem sem contornos bem definidos. Uma solução para o fim do preconceito seria a construção de políticas que garantam efetivamente o acesso às mídias e aos meios de comunicação das minorias vítimas de discriminação em nossa sociedade, de modo que as diferentes etnias, religiões, culturas e gêneros estejam de fato representados, pois, ao assegurar voz e visibilidade a esses grupos, se ergue uma sociedade igualitária, plural e desprovida de qualquer forma de intolerância.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Código civil**. 1900. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_(em_alemao).pdf>. Acesso em: 11 ago. 2014.

_____. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2014

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 5, fev./mar./abr. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 5 nov. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 5 nov. 1014.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

BURGOS, José German. Estado de derecho: del modelo formal al sustancial. **Revista Diálogo de Saberes**, Caracas, v. 7, n. 3, p. 231-244, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares; Gradiva, 1999.

CORNELL UNIVERSITY**. Legal Information Institute**: First Amendment. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/cases/topics/tog_first_amendment.html>. Acesso em: 5 nov. 2014.

DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 1997.

ESTADOS UNIDOS. **Primeira Emenda Constitucional**. Washington, DC, 1791.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Paris: [s.n.], 1789.

FREITAS, Firas. OAB pede a cassação de Levy Fidelix por homofobia. **Exame**, São Paulo, 29 set. 2014. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/oab-pede-a-cassacao-de-levy-fidelix-por-homofobia>. Acesso em: 10 nov. 2014.

FUENTE, Oscar Pérez de la. Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana. **CEFD – Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, n. 21, p. 90-127, 2010.

GULLCO, Hernán. Recientes desarrollos de la Corte Suprema sobre libertad de expresión. **Revista Jurídica Universidad de Palermo**, Palermo, ano 5, n. 1, p. 57-70, ago. 2000. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica04.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2014.

INGBER, Stanley. Marketplace of ideias: a legitimizing myth. **Duke Law Journal**, v. 1, n. 1, p. 1-91, 1984.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LOBATO, Monteiro. **Caçadas de Pedrinho**. São Paulo: Globo, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

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

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

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. **O discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto**: restrições à liberdade de expressão? 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Direitos Humanos) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. Disponível em: <www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/RaisaDuarteSilvaRibeiro.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Habeas Corpus* 82.424-2/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 2003.

_____. Mandado de Segurança 30952/DF. Impetrante: Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 2011.

Correspondência | Correspondence:

Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna
Rua Carlos Ulisses de Carvalho, 45/1502, Ed. Villaggio di Luna, Brisamar, CEP 58.033-130. João Pessoa, PB, Brasil.
Fone: (83) 8845-8845.
Email: nevitafranca@gmail.com

Recebido: 20/08/2014.
Aprovado: 14/11/2014.

Nota referencial:

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Quadrimestral.