



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**PATRICK ANDERSON DE SOUZA**

**ANÁLISE SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O  
TRATAMENTO PENAL CONFERIDO AO DISCURSO DE ÓDIO**

**SOUSA  
2018**

**PATRICK ANDERSON DE SOUZA**

**ANÁLISE SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O  
TRATAMENTO PENAL CONFERIDO AO DISCURSO DE ÓDIO**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria do Carmo Elida Dantas Pereira

**SOUSA  
2018**

**PATRICK ANDERSON DE SOUZA**

**ANÁLISE SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O  
TRATAMENTO PENAL CONFERIDO AO DISCURSO DE ÓDIO**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria do Carmo Elida Dantas Pereira

Data de aprovação: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_

Banca examinadora:

---

Profa. Dra. Maria do Carmo Elida Dantas Pereira

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

*“O mais preocupante não é o grito dos  
maus, mas sim o silêncio dos bons”.*

Martin Luther King

## RESUMO

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o direito à honra possui relevante importância, onde se fez necessário garantir sua proteção através do direito penal, por meio de vários dispositivos do Código Penal Brasileiro. Ademais, também se encontra tipificada, em legislação ordinária, a conduta de discriminação. Porém, não se vê na legislação criminal brasileira nenhum conceito definido ou mecanismo de proteção contra o discurso de ódio, que se trata de forma ainda mais gravosa de discriminação, tendo em vista abranger todo um grupo de pessoas, e possuir intenções de segregação e incitação à violência. Diante disso, o presente trabalho monográfico possui como principal objetivo defender a criminalização do discurso de ódio enquanto uma das limitações à liberdade de expressão, seja através de leis novas ou de acréscimos às já existentes, sendo esta uma das principais formas de combate à discriminação e a violência por ela provocada. Quanto aos objetivos específicos, primeiramente o trabalho busca abordar a evolução da liberdade de expressão como direito fundamental, além das formas legais de mitigação desta liberdade, quando em conflito com outros direitos. Em seguida, busca analisar os prejuízos causados quando a liberdade de expressão, em forma de discurso de ódio, se choca com a dignidade do homem e outros princípios constitucionais. Finalmente, o trabalho analisa a banalização do tratamento penal conferido ao discurso de ódio, tendo em vista o quão danoso este se mostra em relação aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Como abordagem metodológica, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, além da análise do texto constitucional, sobretudo no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais nele descritos. Além disso, também se avaliou o previsto na Lei 7.716/89, e nos Projetos de Lei 122/2006 e 7.582/14, cujos textos possuem grande importância para o estudo do tema. Conclui-se que tal limitação à liberdade de expressão está de acordo com os princípios dispostos na Constituição, além de ser necessária para uma efetiva proteção à honra, à personalidade e à diversidade humana, características intrínsecas à dignidade prevista como fundamental pelo texto constitucional.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Discriminação. Dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

When analyzing Brazilian's legal system, it is verified that the right to honor has such importance that it became necessary to ensure its protection through criminal law's scope, by several devices of the Brazilian Penal Code. Furthermore, it is also typified, in ordinary legislation, the behavior of discrimination. However, it is not seen in Brazilian's criminal legislation any defined notion or protection mechanism against hate speech, which is an even more severe method of discrimination, given that it covers an entire group of people, and has intentions of segregation and incitement to violence. On this, the present monographic work has, as its primal objective, to defend the criminalization of hate speech as one of the limitations to the freedom of speech, whether through new laws or additions to the existing ones, that being one of the main ways to fight discrimination and the violence caused by it. About the specific objectives, the work firstly aims to approach the freedom of speech's evolution as a fundamental right, besides the legal ways of mitigation of this freedom, when it conflicts with other rights. Then, it seeks to analyze the damages caused when the freedom of speech, shaped as hate speech, collides against the human dignity and other constitutional principles. Finally, the work analyzes the trivialization of the criminal treatment assigned to the hate speech, in view of how harmful is it in what concerns to the fundamental rights predicted in the Constitution. As methodological approach, it was used the bibliographical research, besides the constitutional text's analysis, especially as regards to the fundamental rights and guarantees in it described. Moreover, it was also considered the content of Law 7.716/89, and of the Law Projects 122/2006 and 7.582/14, whose texts have great importance for the study of the topic. It is concluded that such limitation to freedom of speech is in accordance with the principles seen in Constitution, besides being necessary to an effective protection to the human honor, personality and diversity, characteristics that are intrinsic to the dignity predicted as fundamental by the constitutional text.

Keywords: Freedom of Speech. Hate Speech. Discrimination. Dignity of Human Person.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....</b>	<b>10</b>
2.1 ORIGEM DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL.....	10
2.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	15
2.3 OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A MITIGAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	19
<b>3 O DISCURSO DE ÓDIO.....</b>	<b>26</b>
3.1 CONCEITO E FORMAÇÃO .....	26
3.2 MODOS DE PROPAGAÇÃO .....	31
3.3 O DISCURSO DE ÓDIO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	36
<b>4 O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AO DISCURSO DE ÓDIO.....</b>	<b>42</b>
4.1 DIREITO COMPARADO .....	42
4.2 A CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO .....	47
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é o direito de manifestar uma opinião, atividade intelectual, artística, científica, etc., independentemente de censura, sendo assim um direito fundamental de toda sociedade democrática, pois a limitação desta liberdade pode ensejar o surgimento da censura e opressão que são características de governos ditatoriais. Entretanto, o abuso ou uso inconsequente de certos direitos pode ocasionar a lesão ou ameaça de lesão aos direitos de outrem.

A colisão entre os direitos fundamentais é notoriamente evidenciada quando envolve o direito à liberdade de expressão, visto que assim como a censura não pode reduzir a liberdade de expressão, esta última também não pode atacar o direito à inviolabilidade da honra do homem.

O exercício abusivo ou imoderado da liberdade de expressão expõe a problemática sobre a necessidade de uma regulamentação estatal à liberdade de expressão pois, além dos casos de crimes contra a honra como calúnia, difamação e injúria, surge o fenômeno do discurso de ódio. Diferentemente dos delitos mencionados supra, o discurso de ódio não é voltado a uma agressão individual, sendo que o que ocorre é um ataque a um grupo de pessoas, através de manifestações de intolerância, não apenas agredindo o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, como também provocando um sentimento de opressão aos membros dos grupos atingidos, acabando por afetar a participação destes na vida pública.

Soma-se ao acima disposto o fato de, aparentemente, inexistir, no Brasil, uma definição clara do que deve ser classificado como “discurso de ódio”, além de uma banalização das responsabilidades que deveriam ser aplicadas àqueles que, em um Estado Democrático de Direito, utilizam da liberdade de manifestar pensamentos e opiniões como uma ferramenta de ataque e agressão a grupos sociais. Portanto, como reconhecer, no ordenamento jurídico brasileiro, a colisão de direitos entre os discursos de ódio proliferados na sociedade e os paradigmas de liberdade de expressão como um direito fundamental garantido pela Carta Magna?

O primeiro capítulo deste trabalho analisa a evolução histórica da liberdade de expressão, tanto no direito nacional quanto no exterior, além de explicitar a importância deste enquanto um dos elementos formadores da dignidade humana,



para, em seguida, demonstrar que ainda assim são previstas no Direito várias formas de restrição desta liberdade, quando o seu exercício se choca com outros princípios de mesma hierarquia legal.

O segundo capítulo aborda o discurso de ódio propriamente dito, buscando a formulação de um conceito para o mesmo, com base nos estudos sobre o tema já realizados no Brasil, além de demonstrar algumas de suas várias formas de propagação, através de casos concretos e, por fim, trata do exercício da liberdade de expressão frente ao discurso de ódio, promovendo assim uma discussão acerca da dicotomia entre as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988.

Finalmente, o terceiro capítulo do presente trabalho discorre sobre a criminalização do discurso de ódio, demonstrando a sua necessidade com base no texto penal já existente acerca desse tipo de conduta discriminatória e nos princípios legais que o regem, além de constatar que esta não seria contrária ao texto constitucional. Pelo contrário, se trata de uma medida necessária para a proteção de vários dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

O tema aborda princípios do Direito Constitucional, analisando o debate que surge entre um lado afirmando que a liberdade de expressão deve proteger a todo tipo de pensamentos, inclusive aqueles considerados desprezíveis por grande parte da população, e outro defendendo que o limite deste direito é o ponto na qual seu uso atinge princípios fundamentais da Constituição Federal, como o da dignidade humana.

A metodologia aplicada na concepção deste trabalho é a pesquisa e análise bibliográfica, com a consulta de obras nacionais e estrangeiras que abordem o tema, de forma ampla ou específica, buscando avaliar as posições doutrinárias acerca da matéria abordada. Não obstante, realiza-se também a pesquisa no texto constitucional, com vista a coletar informações sobre as garantias fundamentais vistas na Carta Magna, levando-se em consideração a atualidade do sistema jurídico do Brasil, utilizando-se do direito comparado, além da análise do processo histórico que levou a construção dessa realidade, e de casos concretos onde o presente tema foi abordado.

O estudo da temática se mostra importante tendo em vista que a abrangência do mesmo no ordenamento brasileiro ainda é bastante limitada, sendo que não existe uma tipificação específica do discurso de ódio, o que acaba por banalizar o

tratamento penal conferido àqueles que utilizam da proteção concedida pelo texto constitucional à liberdade de manifestação como justificativa para ferir a honra subjetiva e a dignidade da pessoa, através de discursos discriminatórios, que possuem um alcance cada vez maior, em função de serem realizados, geralmente, na internet, em programas de televisão, etc.

Diante disso, deve-se analisar a mitigação entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, tendo em vista que este último deve ser tratado de forma mais abrangente pela legislação penal brasileira, com a finalidade de coibir o preconceito e garantir o respeito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, que são dois dos principais objetivos da Constituição Federal de 1988.

## 2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No presente capítulo deste trabalho monográfico será abordado o direito à liberdade de expressão, os pontos de destaque na evolução histórica deste no direito comparado e no Direito Constitucional brasileiro. Além disso, se analisará a livre manifestação enquanto elemento parte da dignidade da pessoa humana, e de que maneira é juridicamente cabível a sua limitação, frente os métodos constitucionais de interpretação de direitos fundamentais, quando estes se colidem.

### 2.1 ORIGEM DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais que devem ser assegurados pelo Estado a todos os indivíduos, além de instituir mecanismos que possam garantir a eficácia prática dos mesmos.

Podem-se conceituar os direitos fundamentais como aqueles que são firmados na legislação levando-se em consideração a sua importância social e política, e que foram construídos com embasamento nos princípios básicos dos direitos humanos. Esses últimos se formaram através da evolução do pensamento filosófico acerca das necessidades basilares para as relações sociais, sem a necessidade de uma base jurídica positiva para sua existência, ou seja, são considerados direitos inerentes ao homem.

O rol de direitos fundamentais consolidados a todos os indivíduos não se esgota no texto da Constituição, tendo em vista que também fazem parte do ordenamento jurídico as normas principiológicas, além daquelas de Direito Internacional que foram adotadas no país. De acordo com Lenza (2014, p. 1061):

O art. 5º, caput, da CF/88 estabelece que 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 dos seus 78 incisos e parágrafos. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, na medida em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Vale destacar que esses direitos são provenientes de um longo processo de evolução social e de reivindicações populares que visavam uma limitação ao poder estatal em face dos indivíduos que o habitam, além de pleitear que a estes fosse concedido o necessário para uma vida digna. Essa evolução jamais se estagnou em nações democráticas, sendo que novos direitos vão constantemente sendo incorporados ao ordenamento jurídico destas.

Na atual Constituição, o rol de direitos fundamentais é bastante abrangente, e nele se encontra a liberdade de expressão. O artigo 5º, IX, da CRFB/88 dispõe que: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Diante disso, a liberdade de expressão pode ser definida como o direito que compete a todos de manifestar ideias e opiniões, além de receber informações vindas de outrem, sendo vedada a censura. Esta vedação é, inclusive, reforçada no artigo 220, que proíbe a restrição à manifestação de pensamento, além de estabelecer em seu segundo parágrafo que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Tendo em vista o texto legal do mencionado inciso IX, do artigo 5º da Constituição, percebe-se que a liberdade de expressão é de suma importância em uma sociedade democrática, devido à abrangência deste direito, além do valor que possui tanto a liberdade de manifestação, em todas as suas formas, para as relações humanas, quando a proibição de todas as espécies de censura, que são características de regimes ditatoriais.

A abrangência desse direito é notável quando se realiza uma análise sobre alguns dos incisos do artigo 5º da CRFB/88. O seu inciso IV prevê a livre manifestação de pensamento, e esta pode se dar de diversos modos e com diferentes finalidades, como se percebe pelo disposto do mencionado inciso IX no mesmo dispositivo legal. Assim, a liberdade de expressão acaba sendo o alicerce de outros direitos fundamentais para o exercício da soberania popular, como por exemplo o direito à informação, a liberdade de imprensa, dentre outros.

Ademais, é evidente a importância de todas as espécies de liberdade de manifestação para a vida de qualquer indivíduo, pois para além da necessidade básica de comunicação no convívio em sociedade, a exteriorização de pensamentos também é indispensável para o desenvolvimento intelectual e científico, além de ser necessária para as manifestações culturais, para a liberdade de mídia, além de vários outros direitos conexos. Assim, um dos principais atributos da liberdade de

expressão é a sua abrangência, sendo impossível atribuir um caráter genérico à mesma, tendo em vista que ela também é um fundamento que sustenta a concretização de vários direitos a ela diretamente conectados.

Historicamente, o surgimento e a evolução dos direitos e garantias que hoje são essenciais em um Estado de Direito, se deu através da disseminação de ideias através de movimentos sociais que buscavam uma reestruturação nas relações Estado-indivíduo, e quanto à liberdade de expressão não foi diferente.

Um dos grandes marcos históricos para a consagração da liberdade de expressão enquanto direito fundamental veio com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, surgida na Revolução Francesa, que se apoiava em ideias fortemente disseminadas durante o Iluminismo, movimento social e intelectual surgido na Europa no século XVIII.

De acordo com Grespan (2003), o pensamento iluminista nasceu como um antagonista ao absolutismo monárquico que imperou na Europa até o século XVIII. Segundo o autor, este regime político era caracterizado pela concentração de poderes em determinados setores da sociedade e pelo governante da região, possibilitando a usurpação de direitos e dando margem à opressão. Assim, apesar de existirem profundas diferenças entre os filósofos iluministas e suas ideias, predominava neste período um ideal de liberdade individual do homem, além da defesa dos “direitos naturais”, que seriam inerentes a todo e qualquer indivíduo.

Assim, a dispersão desse pensamento pelo continente europeu foi um dos fundamentos da Revolução Francesa, que pôs fim ao denominado Antigo Regime, a estrutura política que vigorava na França durante o século XVIII e que tinha como alicerce o absolutismo monárquico, além de elaborar e aprovar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Esta era inspirada em um princípio de limitação ao poder estatal e na liberdade do homem, e dispunha em seu primeiro artigo que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”, tornando-se então um dos principais documentos do Direito Positivo, estabelecendo os direitos humanos considerados “sagrados”.

Posteriormente, em 1791, nos Estados Unidos, foi declarada a Primeira Emenda à Constituição Americana, que foi um dos marcos na proteção não apenas à liberdade de manifestação, mas a diversos direitos fundamentais, além de ter servido como influência no ordenamento jurídico de várias nações. Assim estabelece a Primeira Emenda:

O Congresso não poderá criar lei que estabeleça uma religião, ou que proíba o seu livre exercício; ou que restrinja a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou do direito de reunião pacífica, e de petição para o Governo visando a reparação de injustiças.<sup>1</sup>

Com o passar dos séculos, os EUA mantiveram a sua Constituição sintética, ou seja, que possui um texto sucinto, com poucos dispositivos e que se limita a definir direitos fundamentais e normas basilares para a organização estatal. A Carta Magna Americana possui vinte e sete emendas, e já a primeira delas estabelece que é defesa qualquer restrição à liberdade de expressão, tendo em vista que esta possui notável importância para a democracia.

O Brasil, à época do estabelecimento da Constituição Imperial de 1824, ainda era marcado por um regime predominantemente autoritário, mas, ainda assim, o primeiro texto constitucional do país reconheceu vários dos direitos e garantias considerados essenciais pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decretada em 1789. A Constituição do Império não trazia nenhum dispositivo que defendesse especificamente a liberdade de manifestação, mas protegia, em seu artigo 179, os direitos políticos e civis dos cidadãos do país, tendo como fundamento “a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”.

A proteção constitucional à manifestação do pensamento continuou sem uma fundamentação específica na Lei Maior de 1891, vindo a ser abordada apenas em 1934, no artigo 113, § 9º, da Constituição da República promulgada naquele ano. O aludido dispositivo assim estabelecia:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Apesar de abranger o assunto especificamente desta vez, o texto da Lei Básica de 1934 ainda permitia formas de censura, no que dizia respeito a espetáculos e diversões públicas. As formas de censura prévia previstas constitucionalmente para determinadas formas de manifestação de pensamento

---

<sup>1</sup> Tradução livre da Primeira Emenda à Constituição Americana, disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>.

vieram a ser aumentadas no texto da Carta Política outorgada em 1937, que previa expressamente em seu artigo 122, § 15, que “todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei”.

Posteriormente, o texto da Magna-Charta promulgada em 1946 regulou o direito em tela de modo não muito diverso do que foi feito em 1934, o abordando de modo específico, mas ainda permitindo determinadas restrições. Entretanto, poucos anos depois, veio a surgir a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que apresentava em seu argumento os direitos humanos fundamentais.

Essa Declaração foi de suma importância na história dos direitos fundamentais, pois estabeleceu com repercussão internacional os direitos que seriam inerentes a qualquer ser humano, de modo a garantir uma existência digna. Assim, este documento serviu de inspiração para as Nações na positivação dos direitos fundamentais, de acordo com suas culturas, e ao mesmo tempo reconhecendo os direitos que a todos são cabíveis, mesmo que não definidos expressamente pelo seu Estado, ou mesmo se ele próprio os violar. Conforme explica Bobbio (1992, p. 19):

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

No que diz respeito às liberdades individuais, estas receberam grande atenção da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, inclusive, a liberdade de expressão foi defendida expressamente por ela como um direito essencial do homem, em seu artigo XIX, que assim dispõe:

Todo ser humano 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 idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Ainda assim, a próxima Constituição do Brasil viria a surgir num período de profunda crise ao Estado Democrático, que foi o Regime Militar de 1964. A Lei Maior de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, apesar de não contarem com restrições expressas a liberdade de manifestação, salvo a proibição de propaganda de guerra e perturbação da ordem, dentre outras previstas no artigo 153, §8º, da referida Emenda, não impediam uma profunda intolerância e cerceamento das liberdades individuais por parte do Poder Público.

Essas restrições a direitos fundamentais encontraram seu fim apenas com a promulgação da Carta Magna de 1988 que trouxe a redemocratização do país e garantiu a proteção à liberdade em alguns dos vários incisos do artigo 5º de seu texto legal.

Outrossim, o dispositivo legal mencionado supra, em seu segundo parágrafo, estabelecia ainda que não seriam excluídos do rol de direitos essenciais ao pleno exercício do princípio da dignidade da pessoa humana aqueles decorrentes de tratados internacionais, desde que faça parte destes a República Federativa do Brasil. Tal dispositivo permitiu, através do Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, a adesão do Estado Brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Este tratado internacional prevê, em seu artigo 13, a proteção à liberdade de pensamento e de manifestação, restando consolidados estes direitos no ordenamento jurídico das Nações que façam parte de tal acordo internacional.

## 2.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme já foi discorrido, o texto da Lei Maior de 1988 surgiu como uma resposta a um longo período de crise provocado por governos ditatoriais após o Golpe de Estado de 1964, onde ocorreram várias violações a princípios básicos já estabelecidos pela legislação do país. Em razão disso, o novo texto constitucional estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos sustentáculos primordiais do Estado Democrático de Direito, o que representou uma das principais inovações constitucionais no que diz respeito aos direitos fundamentais, conforme elucida Grobério (2005, p. 51):



O constituinte de 1988, com a finalidade de restaurar o estado de direito após o regime ditatorial, ressaltou que o Estado Democrático de Direito que instituía tinha como fundamento a dignidade da pessoa humana, conforme previsão no Artigo 1º, inciso III. Assim, a Constituição brasileira de 1988 inovou com transformações profundas e antes não registradas na história do constitucionalismo brasileiro, representando um grande marco jurídico na redemocratização do país. Ademais ela consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o elevou a uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental.

O princípio ora em análise é de difícil definição, tendo em vista que não se trata de um mero direito sendo positivado, mas sim, de uma prerrogativa para o Estado e para sua população em defender uma série de direitos que, unidos, compõe o básico para garantir uma vivência digna ao ser humano. Sendo assim, este princípio está diretamente conectado a diversos outros, que são a pedra angular da ordem constitucional.

O artigo 1º da Lei das Leis consagra a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo, que também conta com diversas garantias para a proteção deste poder. Diante disso, percebe-se que o ordenamento jurídico de um Estado Democrático se centraliza na defesa dos indivíduos que o compõe. Apesar da grande divergência em seu conceito, o que certamente se pode afirmar é que o princípio da dignidade da pessoa humana é vital, servindo como fundamento para a defesa de todo o necessário para o homem durante sua vida, para que este possa exercer o Poder Popular, além de protegê-lo de injustiças provenientes do próprio Estado que o deveria defender.

Inclusive, a defesa do Estado ao princípio em análise deve se dar tanto de forma comissiva, com a ação estatal visando efetivar cada prerrogativa garantida tanto pela legislação constitucional quanto pela infraconstitucional ao homem, visando a proteção de sua dignidade, quanto de forma omissiva, no sentido de não intervir na esfera pessoal do indivíduo, quando suas ações não estiverem eivadas de ilegalidade ou atingirem a dignidade de outras pessoas. De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 266):

A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela (a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como

limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade.

Vale destacar que, conforme explicam os mencionados autores, apesar de o princípio da dignidade da pessoa humana ser a matriz da ordem constitucional, nem todos os direitos narrados na Lei Maior são dele provenientes, existindo, aliás, a possibilidade de mitigação da dignidade da pessoa humana em face de outros fundamentos da Constituição, de acordo com o caso concreto, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade. Ainda assim, é manifesta a existência de uma profunda conexão entre o princípio em tela e os direitos fundamentais, porém, estes últimos não se confundem com aquele.

Conforme já anotado em momento anterior, podem ser considerados direitos humanos aqueles considerados como intrínsecos à pessoa, através de um longo processo de evolução social e filosófica. Já os chamados direitos fundamentais, definindo-se sucintamente, seriam os direitos concedidos pelo ordenamento jurídico, levando em conta os princípios básicos dos direitos humanos.

De acordo com Sarlet (2006), levando-se em consideração que um direito fundamental seria uma prerrogativa atribuída pelo ordenamento jurídico, não se poderia qualificar como tal o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que esta não poderia ser concedida ou retirada pelo Estado. Portanto, complementa o autor que o que se nomeia direito à dignidade, na verdade seria o conjunto de direitos que a envolvem de modo a protegê-la, garantindo a todos os homens uma existência digna.

Desta forma, à dignidade da pessoa humana estaria diretamente interligada ao indivíduo, não podendo ser um princípio concedido ao homem pelo texto constitucional. Nesse sentido, explica Sarlet (2006, págs. 69 e 70):

Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está na verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana. Por esta razão, consideramos que neste sentido estrito – de um direito à dignidade como concessão –

efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental.

Assim, tratando-se da dignidade da pessoa humana enquanto característica inerente ao homem, é perceptível que ela, ainda que de maneiras diferentes, está conectada a todos os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, tendo em vista que estes possuem como finalidade precípua a proteção ao mais primordial para a garantia do desenvolvimento do homem. Assim, ainda que não sejam provenientes do princípio da dignidade da pessoa, este é parte essencial na fundamentação dos direitos constitucionais e mesmo infraconstitucionais, servindo de paradigma na resolução de controvérsias judiciais, dada a sua importância enquanto preceito indispensável para a construção de um Estado Democrático de Direito, tal qual propõe a Lei Maior de 1988.

Desta forma, o direito às liberdades individuais e, portanto, à liberdade de expressão, atribuído pelo texto constitucional, está diretamente atrelado ao exercício da dignidade, tendo em vista a necessidade deste direito para a concretização da autonomia pessoal que é característica de todos que convivem em uma ordem jurídica democrática.

Como os direitos fundamentais consistem na síntese de tudo o que é mais primordial para o exercício da dignidade, tal não seria diferente no que se refere à liberdade de manifestação, que ganhou o caráter de “fundamental” no ordenamento jurídico, dada a sua importância e abrangência. É perceptível que não há sociedade sem a manifestação de pensamentos, não há cultura sem a liberdade artística, não há educação sem a liberdade científica e filosófica, e não há democracia sem o livre exercício da cidadania.

Todas essas liberdades individuais fazem parte da expressão pessoal e, por conseguinte, são elementos integrativos da dignidade da pessoa humana. Esta última não existiria sem que fosse garantido por lei o exercício de tais prerrogativas, e o Estado estaria entregue ao Autoritarismo, com a restrição do livre-arbítrio que lhe é característico.

Conclui-se que, para que o princípio da dignidade humana seja exercido, é exigida a efetividade da proteção constitucional aos direitos que por ele são abrangidos e, dentre estes, encontra-se como um dos mais importantes o direito à liberdade de expressão.

### 2.3 OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A MITIGAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos principais instrumentos práticos para a aplicação de uma norma jurídica a determinados casos concretos é a interpretação jurídica. A interpretação jurídica é o mecanismo utilizado para demonstrar o conteúdo e a abrangência de determinada regra que será utilizada em um caso prático em estudo, de modo a realizar a melhor aplicação da lei, na realidade fática em que ela está sendo empregada.

O ordenamento jurídico positivo brasileiro não é muito extensivo no que diz respeito à maneira que irá se empregar a interpretação, contando apenas com alguns poucos dispositivos presentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dentre os quais se pode mencionar o artigo 5º do referido diploma legal, que prevê que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Apesar de não contar com dispositivos expressos sobre a hermenêutica jurídica, a Constituição Federal de 1988 é não apenas uma lei, mas a maior delas, e assim sendo, é inequívoco que deve ser objeto da interpretação, para que seja aplicada da melhor forma, de acordo com a situação fática em análise. A Lei existe para reger as relações humanas e estas, por sua própria natureza, possuem uma infundável variedade, sendo impossível que o Direito englobe todas as suas formas, restando necessária a utilização do mecanismo ora em estudo.

No que diz respeito à hermenêutica no âmbito constitucional, esta possui um caráter *sui generis*, devido às próprias particularidades da Lei Maior, como a sua superioridade hierárquica e o valor de seu conteúdo. É tão manifesta a dominação da Carta Magna em relação às demais normas que são diversos os instrumentos constitucionais cuja função precípua é o controle das normas infraconstitucionais, de modo a impedir que continuem a produzir efeitos aquelas que violem materialmente ou formalmente o disposto na CRFB/88. Conforme esclarece Barroso (2009, pág. 111):

A superioridade jurídica, a superlegalidade, a supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir

validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido. Essa supremacia se afirma mediante os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade.

Além disso, a superioridade hierárquica da constituição se dá devido à importância dos preceitos que estão lá sedimentados. Por ser a Lei mais rígida, possuindo um procedimento muito mais complexo para sua alteração ou mesmo sendo esta impossível em certos casos (as cláusulas pétreas do artigo 60, §4º, da CRFB/88, por exemplo), o seu texto abrange o principal para a sustentação do Estado e da sociedade e, portanto, estas normas devem ser interpretadas de modo diferenciado. Desta feita, a hermenêutica constitucional é realizada levando-se em conta determinados princípios especiais, como o Princípio da Unidade Constitucional, do Efeito Integrador, da Máxima Efetividade, etc. Analisando esse assunto no que tange aos direitos fundamentais, destaca-se o Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização.

Diante do Princípio da Unidade Constitucional, o texto legal da CRFB/88 deve ser interpretado em seu conjunto, ou seja, a Constituição deve ser vista tal qual um agrupamento indiviso de preceitos e normas. Em razão desta ideia de unidade, ocasionalmente se percebem conflitos entre normas fundamentais da Lei Maior e, perante esta colisão de direitos constitucionais, não é permitido ao intérprete esvaziar o valor de nenhum deles, mas sim, harmonizá-los, atribuindo caráter prioritário a um dos lados conflitantes em detrimento do outro, de acordo com a situação fática analisada. Este é o objetivo do Princípio da Harmonização, que decorre, principalmente, do igual valor que os direitos fundamentais possuem entre si, tendo em vista serem provenientes do mesmo diploma legal, conforme Lenza (2014, p. 172):

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios.

O que se verifica é que a Harmonização surge para solucionar conflitos, utilizando-se da proporcionalidade, de acordo com o caso concreto. Um bem jurídico não pode ser cingido em sua totalidade, mas é necessário que se avalie o ponto em

que este direito encontrará seu limite, quando se chocar com outro hierarquicamente idêntico.

Esse conflito supramencionado ocorre quando o titular de um direito fundamental o pratica de modo a colidir com os interesses de outrem, sendo que estes também são protegidos enquanto direitos fundamentais pelo texto constitucional. Além disso, também podem existir conflitos entre direitos individuais e direitos coletivos, tal qual explica Farias (1996, p. 94):

Sucedem a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública, e outros.

Percebe-se que a Carta Constitucional não atribui caráter absoluto a nenhum dos bens jurídicos por ela tutelados, existindo algumas formas de restrição determinadas pela própria Constituição. Como exemplo, o direito à liberdade de expressão possui uma restrição expressa pelo artigo 5º, IV, da CRFB/88, que dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Não obstante, apesar do valor que possui a liberdade de expressão enquanto elemento integrante da dignidade da pessoa humana, este direito, por vezes, também é utilizado de modo a ferir outros direitos da personalidade e, por essa razão, é fundamental a existência de restrições além daquelas constitucionalmente previstas, realizadas pelo próprio judiciário, com fundamento no já mencionado Princípio da Concordância Prática. Ademais, ainda que não sejam expressas no texto legal da CRFB/88, as restrições aplicadas a direitos jamais deixam de se basear no conteúdo desta, segundo Farias (2001, págs. 221 e 222):

Assim, em certas situações e de forma explícita, a Constituição impõe diretamente restrições ou autoriza a lei a estabelecê-las (restrições expressas); noutras hipóteses implicitamente abona que o legislador ou o judiciário formulem restrições, quando imprescindíveis, para salvaguardar outros direitos fundamentais ou bens comunitários constitucionalmente protegidos (restrições tácitas). Destarte, as restrições são de natureza tríplice: derivam dos direitos fundamentais dos demais cidadãos (dentre os quais merece atenção especial a defesa dos direitos personalíssimos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem); derivam de bens sociais (proteção da saúde e da segurança públicas e do meio ambiente); derivam dos próprios valores estatais e constitucionais (resguardo da Constituição de ataques ou do Estado ante desordens internas e agressões externas). Porém, independentemente das circunstâncias e das razões de ordem

pública ou de ordem puramente individual invocadas, a restrição deverá sempre se apoiar no texto constitucional para ser legítima.

Em suma, a liberdade de expressão, assim como qualquer outro dos direitos fundamentais, pode sofrer duas espécies de vedações: I) as diretas, que são expressamente retiradas do texto da Constituição Federal, tal qual a proibição do anonimato prevista no inciso IV, do artigo 5º, da CRFB/88, ou mesmo o direito à indenização para a reparação de danos causados à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, conforme disposto no inciso X do mesmo dispositivo legal; II) as implícitas, ou seja, a permissão atribuída implicitamente pela CRFB/88 para que o legislador ou o aplicador da lei possa limitar a liberdade de manifestação de um indivíduo visando harmonizá-la com os demais direitos da personalidade.

Discorrendo acerca das limitações à liberdade de manifestação, também é importante mencionar o artigo 220 do texto constitucional, que assim dispõe em seu caput: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. O referido dispositivo consagra, em sua parte final, que o direito em exame se submete à observância do diploma legal que o comina, e tal não poderia ser diferente, em decorrência do ora já mencionado Princípio da Unidade da Constituição.

Diante disso, atentando-se aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da harmonização, e sabendo-se que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, a solução de conflitos entre a liberdade de expressão e os demais direitos de mesma hierarquia pode ser alcançada através da técnica da ponderação, cuja utilização é requerida, justamente, em situações fáticas de manifesta complexidade.

Assim, a ponderação trata-se do método utilizado para se solucionar conflitos entre princípios cuja complexidade não permitiria que fossem resolvidos através do emprego de outras técnicas da hermenêutica constitucional. Por exemplo, se o direito à liberdade de expressão se chocar com o direito à honra e à intimidade de outrem, se faria necessária a utilização de uma análise mais aprofundada dos casos, de modo a apreciar a importância de cada um naquele cenário, sendo que um direito irá se sobressair ao outro em uma situação específica. Descreve Barroso (2004) que esse raciocínio de ponderação é realizado em três fases.

Em um primeiro momento, o aplicador da norma jurídica deve perceber e registrar quais os bens jurídicos envolvidos de forma a se identificar as normas aplicáveis na situação em análise, constatando o conflito que deve ser resolvido.

Na segunda fase, o papel do intérprete seria a análise do caso concreto propriamente dito, percebendo-se os acontecimentos pertinentes à situação avaliada, e qual a relação destes com as normas utilizáveis. Esse estudo seria de fundamental importância na interpretação jurídica, pois, como explica Barroso (2004, p. 10), “o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência”.

Finalmente, seria realizada a etapa particular da ponderação, onde as informações ponderadas em momentos anteriores seriam de fato empregadas à situação fática estudada, adaptando-se a esta última as normas jurídicas conflitantes, estabelecendo pesos a estas de acordo com as circunstâncias e determinando, portanto, qual delas deverá se sobressair em detrimento da outra, sem que esta se esvazie de sentido, ou seja, respeitando-se o princípio da harmonização.

Findas essas três etapas do método da ponderação, resta ainda verificar, de maneira proporcional e razoável, o quanto uma das normas irá se sobressair em relação à outra, conforme explica Barroso (2004, p. 11):

Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

O destaque atribuído a esse método na resolução dos conflitos estudados se refere, precisamente, à mencionada particularidade da ponderação, qual seja àquela realizada em sua última fase. Tendo em vista a impossibilidade de se dirimir o conflito com base na superioridade de um dos princípios conflitantes, a técnica da ponderação permite que se atribuam forças diferentes a um mesmo bem jurídico, em diferentes situações, de acordo com as circunstâncias do caso, jamais se desvinculando dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade nem da concordância prática, proporcionando uma efetiva proteção aos princípios dispostos



na Constituição Federal. E em se tratando de um conflito entre a liberdade de manifestação e outros direitos fundamentais, algumas circunstâncias específicas devem ser analisadas.

Dentre os fatos que devem ser analisados quando ocorrer o conflito supramencionado, um dos mais importantes é se a informação manifestada é verdadeira, pois, se assim não for, não há porque esta gozar de proteção da Carta Magna. Segundo Barroso (2004, p. 25):

A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade.

Vale ressaltar que, ao avaliar se as informações são verdadeiras, não se deve atribuir responsabilidade ao comunicador se não houver dolo na difusão de inverdades, pois o que se analisa é o caráter subjetivo da veracidade da informação narrada, conforme explica Farias (2001, págs. 81 e 82):

Assim, mesmo na hipótese em que venha a ser revelado depois que a notícia divulgada rigorosamente não condiz com a realidade dos fatos, não se considera que houve desobediência ao critério da verdade, se demonstrado que o comunicador fez uso de todos os meios que estavam ao seu alcance para difundir uma informação correta. Portanto, quando se diz que a verdade é componente essencial da liberdade de comunicação, na realidade é da verdade subjetiva que se está cogitando e não de uma verdade objetiva de difícil delimitação e constatação. Desse modo, não é exata a concepção que designa a verdade como elemento qualitativo da informação, pois a verdade em questão não se refere à notícia em si, mas, diz respeito, sobretudo, à atitude subjetiva dos sujeitos do processo da comunicação, *maxime* ao sujeito emissor.

Ainda na análise da proteção à liberdade de expressão em caso de conflito com outros direitos fundamentais, outras circunstâncias devem ser analisadas, assim como: se a informação manifestada foi obtida de forma lícita, pois não há que se considerar legítima a liberdade de expressão sobre fato conhecido através de atividade não permitida em lei; se a natureza da informação narrada pelo comunicador permite a sua exposição de maneira lícita; se a informação em tela é de interesse público, dentre outras.

Diante disso, é de fácil averiguação que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, pelo contrário, são demasiadas as suas limitações, sendo necessária uma análise aprofundada do caso concreto em que se verificar o choque entre bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal de 1988, de forma que nenhum direito caia por completo em detrimento de outro, mas que ainda assim seja garantida a melhor proteção possível aos direitos fundamentais de acordo com o cenário em julgamento.

### 3 O DISCURSO DE ÓDIO

O segundo capítulo analisará o discurso de ódio em si, buscando atingir uma melhor definição deste através dos estudos já realizados sobre a temática, além de abordar as maneiras em que este se propaga no meio social, e a sua dicotomia com o direito à liberdade de expressão, visto que o exercício de um direito fundamental de um, por vezes, acaba por prejudicar traços característicos da dignidade e da personalidade de outro, o que também não pode ser permitido pelo ordenamento jurídico.

#### 3.1 CONCEITO E FORMAÇÃO

Embora o tema ainda careça de pesquisas acadêmicas aprofundadas, o discurso de ódio já fora objeto de estudo nos cinemas. O filme alemão *Die Welle* (A Onda), dirigido por Dennis Gansel, e inspirado no livro homônimo do autor Todd Strasser, lançado ao ano de 1981, narra a história de um professor de ensino médio, que propõe um experimento prático que demonstraria a estrutura de um instituto fascista, formando um grupo chamado “A Onda”.

Uma das cenas mais icônicas do filme ocorre quando o professor Rainer Wenger, interpretado por Jürgen Vogel, afirma a seus alunos: “Vocês deixaram a sua liberdade pela luxúria de se sentirem superiores. Vocês aceitaram a opinião do grupo acima da sua própria convicção sem se importar com quem vocês magoavam”. Assim, o filme demonstra a rapidez com a qual o ser humano que se insere em um grupo predominante pode acabar formando um sentimento de “superioridade”, rejeitando e discriminando aqueles que não fazem parte do seu meio, por julgarem estas pessoas como “indignas” ou “inferiores”, simplesmente por não pertencerem a um determinado aspecto dentro de um estrato social.

É dessa forma que nasce o chamado “discurso de ódio”, que, segundo Meyer-Pflug (2009), pode ser classificado como um ataque a um determinado grupo, na maioria das vezes minoritário, em função de alguma característica deste, através da manifestação de um pensamento que incita o ódio a tal grupo, provocando uma discriminação contra ele, seja esta racial, social ou religiosa.

Conforme já visto em capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IV, prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, e em seu inciso IX, estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Perante o exposto, é sabido que a liberdade de expressão é um direito fundamental que é previsto não apenas na Constituição brasileira e em várias outras, mas também nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos.

Essa liberdade é amplamente abordada por diversos autores. Uma das obras literárias mais expressivas sobre o tema é o livro *On liberty* (1859), de John Stuart Mill. Aduz o mencionado autor: “Todo o silenciar de uma discussão constitui uma pressuposição de infalibilidade”. De acordo com o referido filósofo, a censura não é aceitável, e não se deve restringir a opinião de quem quer que seja, sob o argumento de que não se pode saber com certeza qual dos lados que se expressam tem razão quanto a um determinado assunto.

Entretanto, uma única limitação é narrada por John Stuart Mill, sendo denominada “princípio do dano”. Segundo o autor, liberdade consiste em pensar e se manifestar sem qualquer restrição ou impedimento proveniente do Estado ou de outros indivíduos. Porém, a limitação que poderia existir para tal liberdade seria o dano a outrem. O inadmissível seria que um indivíduo realizasse ação onde utilizasse de seu direito fundamental para atingir direito de outra pessoa.

Segundo Luna e Santos (2014, págs. 228 e 229):

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.

Tal qual explica John Stuart Mill, a legislação brasileira também garante que o direito de uma pessoa não pode ser usado de modo a provocar danos a outrem. Ao passo que a Constituição Federal de 1988 garante a liberdade a todos, igualmente, a legislação infraconstitucional tipifica como crime as condutas discriminatórias.

É consideravelmente recente a evolução da sociedade no que diz respeito ao combate a pensamentos e atitudes discriminatórias, quando se pondera que, há apenas algumas décadas, presenciavam-se em países como os Estados Unidos e a

África do Sul, movimentos de segregação racial que são hoje inadmissíveis em qualquer sociedade democrática. Não obstante, infelizmente ainda se presenciam, no cotidiano, condutas que já eram notoriamente consideradas como discriminatórias desde as décadas passadas.

Diante disso, é sintomático da liberdade de manifestação que esta seja exercida de modo à externalizar todo o estigma e preconceito que algumas pessoas ainda carregam em si. O ódio está manifestamente presente em boa parte da coletividade, servindo para que, conforme aborda Karnal (2017, p. 12), o ser humano manifeste o seu egoísmo, utilizando da depreciação de seu semelhante, em função de alguma particularidade que este possua, numa egocêntrica busca por autopromoção. Sobre este assunto, discorre o mencionado autor:

Ao vociferar contra outros, o ódio também me insere numa zona calma. Se berro que uma pessoa x é vagabunda porque nasceu na terra y, por oposição estou me elogiando, pois não nasci naquela terra nem sou vagabundo. Se ironizo com piadas ácidas uma orientação sexual, destaco no discurso oculto que a minha é superior. Todo ódio é um autoelogio. Todo ódio me traz para uma zona muito tranquila de conforto. Não tenho certeza se sou muito bom, mas sei que o outro partido é muito ruim, logo, ao menos, sou melhor do que eles.

Assim, o discurso de ódio trata-se de uma atitude separatista, em que um indivíduo utiliza de sua liberdade de manifestação para incitar a violência contra um grupo de pessoas com uma ou mais características em comum, além de incentivar uma segregação deste do meio social, configurando verdadeiro ataque à honra dos indivíduos que pertençam a este grupo, e por vezes estimulando a prática de crimes contra a integridade física destes.

Não há na doutrina brasileira um consenso acerca do que se configura como discurso de ódio, entretanto, nas definições doutrinárias sobre o tema, existe a concordância sobre duas características que este tipo de discurso possui, já mencionadas supra, quais sejam: o seu caráter externo e a sua utilização para se discriminar um determinado grupo de indivíduos.

Segundo Oliva (2014, p. 37):

Como o emprego do termo “discurso” para tratar de manifestações odiosas assinala, o discurso de ódio deve ser interpretado como um “ato discursivo”, em virtude de seu caráter eminentemente comunicativo. Nessa categoria, encontram-se manifestações escritas – em papel impresso ou documento

eletrônico, disseminado na internet -, orais ou visuais – veiculação/exibição de imagens e/ou símbolos.

Como se é perceptível através da própria nomenclatura “discurso de ódio”, este deve se tratar de uma conduta externa, não se configurando como tal uma mera opinião, internalizada no íntimo do indivíduo, onde não há possibilidade de que se choque com o direito à honra de outrem. Vale observar que, em se tratando apenas do âmbito das ideias de um indivíduo, não haveria razão para existir uma discussão jurídica sobre o tópico, especialmente em matéria penal, tendo em vista o princípio da alteridade ou da transcendentalidade, pois este não permite que a esfera subjetiva de alguém seja invadida pelo direito penal, pois, onde não há externalização de comportamento, não há que se falar em ofensa a nenhum bem jurídico de quem quer que seja.

Além disso, para a configuração desse tipo de discurso é necessária a característica que o torna prejudicial a vários direitos fundamentais dos indivíduos que por ele são atingidos, ou seja, o seu caráter discriminatório. O intuito do discurso de ódio é inferiorizar um determinado grupo social, pregando que este não deve ser titular de certos direitos. O ofensor visa afastar o ofendido do meio social, incentivando a violência contra estes últimos, em razão de alguma particularidade que os mesmos compartilham, seja ela relacionada à raça, gênero, orientação sexual, etc., conforme Freitas e Castro (2013, p. 344):

Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (hate speech), observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social.

Deve-se, ainda, realizar um acréscimo à definição supracitada. Esta, apesar de estar correta em sua base, foi limitada ao estabelecer quais aspectos podem ser alvo de discriminação. As características mencionadas por Freitas e Castro podem ser vistas como as mais recorrentemente afetadas pelo discurso de ódio, mas estão longe de serem as únicas. Esta limitação inclusive é repetida na própria legislação

brasileira, no artigo 20, caput, da Lei 7.716/89<sup>2</sup>, onde se encontra tipificado o crime de incitação ao preconceito, nos seguintes termos:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.  
Pena: reclusão de um a três anos e multa.

O ser humano, por sua própria natureza, possui inúmeros aspectos que se cruzam em vários grupos sociais, e todos estes podem ser alvo de discursos discriminatórios. Deste modo, assim como acontece na Lei supracitada, seria de grande injustiça estabelecer um conceito de discurso de ódio em que são restringidos quais grupos podem com ele sofrer, levando-se em consideração aspectos como a recorrência com que tais grupos são afetados, e desta forma restando desprotegidos da discriminação outros meios sociais que também são bastante prejudicados por ela.

Outras características do discurso de ódio devem ser frisadas. Primeiramente, conforme já explicado, este tipo de manifestação se dirige a um grupo social, visando tratá-lo em razão de uma característica que os indivíduos que o integram tenham em comum. Entretanto, quando proferido publicamente, mesmo uma ofensa realizada em face de alguém, individualmente, pode ser caracterizada como discurso de ódio, desde que, implicitamente, atinja um grupo social, caso o ataque tenha sido realizado de forma a discriminar a vítima por pertencer ao mesmo. Entretanto, se tal não se verificar, a ofensiva estaria afastada do conceito de discurso de ódio, se constatando mera afronta individual que, de acordo com a legislação pátria, poderia estar enquadrada como algum dos crimes contra a honra, previstos no Código Penal Brasileiro, quais sejam: calúnia (artigo 138 do CPB), difamação (artigo 139 do CPB) e injúria (artigo 140 do CPB).

Além disso, os grupos que são atingidos por esses ataques discriminatórios são, na esmagadora maioria das vezes, minoritários. Ressalte-se que não se trata de minoria numérica, apesar de, em grande parte das vezes, os grupos ofendidos também se apresentarem em menor número em relação ao grupo ofensor. Entretanto, aqui, o conceito de “minoria” está relacionado a uma situação de vulnerabilidade na sociedade, o que acaba refletindo em seus direitos e na aplicação

---

<sup>2</sup> Conforme o nela disposto, a Lei 7.716/89 “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.

destes, tendo em vista que o amparo legal fornecido não é o bastante para realizar a proteção daqueles direitos, devido à repressão que estes grupos minoritários sofrem, esta proveniente dos grupos majoritários. Segundo Carmo (2016, p. 205):

Nessa perspectiva, minoria pode ser definida a partir de uma particularização de um grupo, já que a maioria se define por um agrupamento generalizado, ou seja, por um processo de generalização baseado na indeterminação de traços, os quais indicam um padrão de suposta normalidade, considerada majoritária em relação ao outro que destoar dele. A vulnerabilidade advém, pois, de pressões desse suposto padrão de normalidade, que pressiona tudo e todos que possam ser considerados diferentes.

Percebe-se que o discurso de ódio se trata de uma ofensa direcionada, na maior parte das vezes, a minorias sociais, hostilizando grupos que já possuem maior vulnerabilidade, devido à existência de uma relação de poder a qual estes se submetem em face dos grupos majoritários, configurando manifesta violação ao direito fundamental à igualdade, previsto na Constituição Federal de 1988, no caput de seu artigo 5º.

Ademais, apesar de por muitas vezes o discurso de ódio estar conectado também com a incitação ao crime por parte do ofensor, esses dois conceitos não se confundem. O delito previsto no artigo 286 do Código Penal Brasileiro se consuma com a incitação presenciada por uma indeterminada quantidade de indivíduos, quando existir o dolo na incitação criminosa, sendo que a prevenção deste delito significa proteger a paz pública. Diversamente, coibir o discurso de ódio tem por finalidade proteger a honra e a dignidade de certos grupos, além de conter manifestações que visam à exclusão social destes, violando diversos de seus direitos constitucionais.

### 3.2 MODOS DE PROPAGAÇÃO

O discurso de ódio possui como finalidade a difusão de ideias segregacionistas, ou seja, busca influenciar outros indivíduos (em muitas ocasiões, aqueles que sejam mais suscetíveis ao conteúdo destas manifestações), de modo a alterar o ponto de vista destes, ou inflamar um pensamento que já existia, para que também se tornem adeptos desta ideia de discriminação.



Assim, para que concretize sua finalidade, um discurso deve ser expresso publicamente, e essa disseminação pode se dar de várias formas, desde uma palestra para um grupo limitado de pessoas, a um texto publicado na internet, que possui um alcance muito maior. Com efeito, os meios de comunicação em massa são a maior arma para a propagação do discurso de ódio.

No tocante ao tema em análise, Violante (2010) demonstra que o Caso Ellwanger foi um dos casos de maior destaque no Direito Brasileiro. No caso em tela, o escritor Siegfried Ellwanger publicou, na editora da qual era sócio (Revisão Editora Ltda.), diversas obras, de sua autoria e de outros, que possuíam caráter negacionista e continham ideias classificadas como racistas e antissemitas. Em 1987, o escritor publicou o livro “Holocausto judeu ou alemão – Nos bastidores da mentira do século”, no qual, em síntese, sugere que o Holocausto<sup>3</sup> foi uma farsa, alegando que não existiam câmaras de gás nos campos de concentração nazistas, e que estes não seriam pontos de extermínio.

Assim, em 1991, alguns anos após a publicação do livro supramencionado, uma denúncia foi oferecida contra o autor deste, em razão do caráter racista das publicações da Revisão Editora Ltda., escritas por ele e por outros autores, e assim, o acusando do crime previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89.

Posteriormente, Violante explica que Ellwanger foi absolvido na primeira instância, sob o argumento de que não houve, na publicação das obras, a intenção de se incitar o preconceito, atribuindo a estas um caráter de revisionismo histórico, e ao nelas disposto, o mero exercício do direito à liberdade de expressão, decidindo que o referido conteúdo não continha qualquer manifestação que pudesse provocar em possíveis leitores um sentimento de discriminação ao povo Judeu.

Obviamente, a referida sentença gerou inconformismo na parte acusatória, que recorreu ao segundo grau de jurisdição. A instância superior decidiu pela reforma da primeira decisão, e pela condenação de Ellwanger à pena de dois anos de reclusão, com direito à Suspensão Condicional da Pena<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Genocídio realizado pelo Regime Nazista no decorrer da Segunda Guerra Mundial, que ocorreu entre 1939 e 1945. Foi realizado nos chamados “campos de concentração”, locais para onde diversos grupos, em sua grande maioria, Judeus, eram levados, submetidos a maus-tratos e trabalhos forçados, e posteriormente executados. Aproximadamente seis milhões de pessoas foram vítimas deste que foi o mais severo crime contra a humanidade da história.

<sup>4</sup> Também chamada de Sursis, se trata do direito que o condenado a pena privativa de liberdade possui para que seja suspenso o cumprimento desta, por certo período, caso sejam preenchidos determinados requisitos previstos em lei.

Tal decisão não poderia ser diferente, tendo em vista os argumentos utilizados em primeira instância. Conforme já apontado, a acusação foi negada pois, de acordo com a visão do órgão julgador de primeiro grau, o texto apresentado nas obras em questão não tinha o condão de incitar a discriminação ou mesmo de fazer com que uma pessoa judia se sentisse ofendida por ele. Entretanto, conforme assevera Violante (2010), esse argumento na verdade faz uma pressuposição de que a esfera subjetiva do povo atacado por aquela manifestação de pensamento não irá ser ofendida, porém, não há como se aferir a veracidade deste ponto. É impossível se conhecer todos os indivíduos em sua intimidade, não havendo maneira de saber o quanto esta será afetada negativamente e, portanto, percebe-se inconsistente o argumento impugnado pela decisão do tribunal de segunda instância.

Não obstante, o argumento de que a obra não teria vindo a criar os sentimentos de intolerância combatidos pelo artigo 20 da Lei 7.716/89 também não pode se sustentar em decorrência da natureza da infração tipificada neste dispositivo. O mencionado artigo prevê um crime formal, ou seja, que se consuma com a mera prática do ato descrito no dispositivo legal, independente de o resultado ser alcançado ou não. Sendo assim, deveria o órgão julgador ter dado mais atenção à capacidade de as obras em análise gerarem o resultado danoso, e não se este último teria ocorrido.

O autor, após sua condenação, recorreu diretamente ao Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*<sup>5</sup>, alegando que, como as acusações se baseavam em uma suposta ofensa ao povo Judeu, o mesmo não poderia ser condenado pelo crime de racismo, visto que os judeus não são uma raça. A referida ação tinha como finalidade, também, que não fosse reconhecido o disposto no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, que prevê a imprescritibilidade e a inafiançabilidade do delito de racismo. Se tal pedido fosse concedido, como a sentença neste caso foi de dois anos de reclusão, e havia sido decorrido prazo superior a quatro anos entre a denúncia (14 de novembro de 1991) e a sentença (31 de outubro de 1996), teria de ser declarada, ao mesmo tempo, a extinção da punibilidade, em virtude da prescrição (artigo 109 do Código Penal).

---

<sup>5</sup> Um dos chamados “remédios constitucionais”. Trata-se de ação com natureza não condenatória, prevista no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, que visa proteger o direito à liberdade, quando este sofrer (ou estiver em eminência de sofrer) danos provocados por ilegalidades ou por abuso de poder.

A requisição feita por Ellwanger no aludido remédio constitucional foi denegada pelo Supremo Tribunal Federal. Primeiramente, de acordo com a decisão da maior instância do Poder Judiciário, o *habeas corpus* não seria a maneira adequada de se realizar a referida requisição, pois seria levado à análise o significado da expressão “racismo”, e conseqüentemente a interpretação do exposto pelo legislador, nos dispositivos legais que tratam do crime ao qual o paciente foi acusado. Além disso, decidiu o STF pela ilegalidade na conduta do impetrante, pois não haveria como excluir do tipo penal previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89, qualquer comportamento discriminatório, independente de qual dos núcleos do tipo criminal fosse praticado (praticar, incitar, ou induzir). Logo, se a conduta do paciente constituiu o crime de racismo, não havia de ser afastada a imprescritibilidade prevista na Constituição Federal, quanto à referida conduta.

Ademais, conforme já fora mencionado, o delito em questão trata-se de crime formal, não se exigindo a concretização do resultado previsto. Para restar praticada a conduta, seria o suficiente a prática da ação tipificada.

Segundo Violante, a defesa do réu decidiu por impetrar novo *habeas corpus*, novamente ao Supremo, exigindo-se a revisão da decisão proferida por este órgão, utilizando-se dos mesmos argumentos da primeira ação. Não houve unanimidade na votação do STF, mas a decisão pela ilegalidade da conduta praticada por Ellwanger foi mantida, reiterando que a expressão “racismo” não poderia ser avaliada de forma tão limitada, pois o delito em análise estaria ligado a características culturais, que poderiam ser associados a determinado grupo, sendo incluído nesta conduta o antissemitismo.

Além disso, foi ressaltada a limitação do direito à liberdade de expressão, tendo em vista o choque entre este e a dignidade da pessoa humana, sendo necessária a ponderação entre direitos caso uma manifestação de pensamento for englobada pelo conceito de discurso de ódio.

Diante do exposto, o Caso Ellwanger teve significativa importância na jurisprudência brasileira quanto à abrangência da expressão “racismo”, e conseqüentemente no que diz respeito à quais tipos de discriminação seriam alcançados pela imprescritibilidade prevista na Carta Magna, no inciso XLII de seu artigo 5º. Não obstante, foi um exemplo de grande impacto e repercussão sobre o modo que o discurso de ódio pode ser propagado. No caso em comento, a manifestação discriminatória foi proferida através de obras literárias, que possuem

um grande alcance, trazendo portanto uma expressiva probabilidade que aquela fosse presenciada por um gigantesco número de indivíduos, que poderiam, conseqüentemente, serem influenciados a levar adiante tal discurso, ou mesmo a praticarem outros tipos de condutas que promovessem a segregação de um grupo.

Não bastasse a difusão do discurso de ódio em mídias escritas ou mesmo em programas de televisão, desde a chegada da internet aumentou-se consideravelmente o número de manifestações discriminatórias, por vários motivos. A internet garante, a todos, vários instrumentos que permitem uma rápida difusão de pensamentos, com uma grande margem de alcance, e com isso, aumenta-se também a velocidade de propagação de discursos de ódio.

Ao acima apontado, somam-se outros fatos. Os indivíduos que carregam em si o preconceito e a vontade de disseminá-lo encontram-se facilmente uns com os outros, o que dá a estes um sentimento de poder em relação àqueles por quem carregam o ódio. Agora não mais estão sozinhos e, portanto, se sentem mais à vontade para manifestar seu pensamento de aversão.

Além disso, a internet também trouxe para estes indivíduos o poder do anonimato. Para fugirem de possíveis conseqüências dos seus atos, aquele que dissemina ofensas à honra de outras pessoas se esconde atrás de perfis falsos em redes sociais, o que dificulta em muito a sua identificação e, conseqüentemente, retira destes o medo de represálias judiciais em decorrência de suas manifestações preconceituosas.

Segundo matéria publicada no site da revista “Época”, de autoria de Mello, Salgado e Ramos (2018), o potencial destrutivo da internet foi notoriamente utilizado pelo fórum<sup>6</sup> chamado “Dogolachan”, que gerou a um de seus criadores a primeira condenação, realizada no Brasil, pelo crime de racismo praticado na internet. Neste fórum eram publicadas várias mensagens de incitação ao ódio, em várias de suas formas. Usuários da internet se reuniam para disseminar mensagens racistas, antisemitas, misóginas, homofóbicas, etc., com o intuito de provocar uma repercussão midiática de tais opiniões, fazendo com que estas alcançassem um grande número de pessoas.

---

<sup>6</sup> Ferramenta da internet que possui a função de realizar discussões sobre determinado assunto. São publicadas em uma página várias mensagens referindo-se a uma questão levantada por algum dos usuários.

Um dos casos envolvendo este grupo, e a criadora do blog<sup>7</sup> “Escreva, Lola, Escreva”, chamada Dolores Aronovich, culminou na aprovação da “Lei Lola” (Lei nº 13.642/2018), que visava acrescentar às funções da Polícia Federal a realização de investigação de crimes virtuais realizados mediante a propagação de conteúdo misógino. Dolores foi vítima de diversos ataques misóginos praticados através da internet, devido aos seus textos de conteúdo feminista, publicados em seu blog pessoal. Dentre os ataques que a mesma sofreu, incluíam-se condutas classificadas como crimes contra a honra, e mesmo o delito de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal Brasileiro.

Ambos os casos analisados se enquadram na definição de discurso de ódio, explicada anteriormente. É visível que tais atitudes violam o direito à honra daqueles por elas afetados, causando um enorme prejuízo à vida dessas pessoas. Além disso, a gravidade dessas condutas pode ser extremamente superior, quando se percebe que a incitação ao preconceito a uma minoria social, praticada em larga escala, também induz à prática de outros crimes ainda mais graves aos indivíduos pertencentes àquela. A difusão de ideias discriminatórias contra grupos que já lutam constantemente pela efetiva igualdade de direitos é característica de um regime autoritário, e deve ser combatida por um Estado Democrático de Direito.

### 3.3 O DISCURSO DE ÓDIO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Já foi discutido em momento anterior que a Constituição Federal garante o direito à liberdade de expressão, atribuindo a ela caráter fundamental, tendo em vista a sua importância para o Estado Democrático de Direito, por proporcionar a todos os indivíduos a livre manifestação de suas ideias, de modo a expor, inclusive, ideologias políticas, e opiniões sobre os modos de organização da sociedade.

Entretanto, é sabido que nenhum direito é absoluto, e o mesmo acontece com a liberdade de expressão. Se esta limitação constitucional não existisse, não haveria que se falar, por exemplo, na tipificação dos crimes contra a honra, que são consumados mediante manifestações de pensamento, ou mesmo no delito de discriminação, exposto pela Lei 7.716/88. Conforme Karnal (2017, p. 56).

---

<sup>7</sup> Página na internet que possui a finalidade de compartilhar informações, sejam estas notícias, textos, resenhas, opiniões pessoais, etc.

O ser mais politicamente incorreto do mundo sabe que há limites para a liberdade, segundo as leis de todos os países. Há limites para a liberdade de expressão, por exemplo. O Brasil tem a liberdade de expressão como uma cláusula fundamental da Constituição, mas eu não posso defender um crime. Não posso chegar numa crônica de jornal e dizer que considero a pedofilia a coisa mais natural do mundo e que todos deviam praticá-la. Isso é incitação ao crime e não tenho a liberdade de dizer isso, pois fere a ética e a lei.

O discurso de ódio se trata de uma atitude discriminatória, que atinge todo um grupo de indivíduos. Em decorrência deste fato, este tipo de manifestação deve servir como justificativa de mitigação do direito à liberdade de expressão, tendo em vista se tratar de uma conduta que ofende vários dos Direitos da Personalidade, o direito à igualdade (Artigo 5º, caput, da CRFB/88), e a dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, III, da CRFB/88).

Primeiramente, sobre os direitos da personalidade, existem diferentes correntes doutrinárias acerca da sua conceituação. Para os autores positivistas, para que estes direitos existam, devem ser expressamente previstos na legislação pelo Estado. Ainda que sejam direitos subjetivos, todos eles dependem de positivação, e esta que lhes atribui força.

Já a corrente naturalista afirma que esse rol de direitos é intrínseco ao ser humano, e deles depende a sua personalidade. O papel do Estado é apenas o de ratificar os direitos da personalidade no ordenamento jurídico.

De acordo com Bittar (2015), foram atribuídas aos direitos da personalidade várias características, para que estes sejam capazes de cumprir sua função de proteger a dignidade e a personalidade do indivíduo. Dentre essas características, pode-se mencionar que são: a) intransmissíveis, logo, não podem ser alienados; b) imprescritível, não poderá perder seu valor ou suas propriedades com o decorrer do tempo e, portanto, são vitalícios; c) oponíveis *erga omnes*, ou seja, o indivíduo tem liberdade para exercer um direito, sem que este seja desrespeitado por outrem; d) são extrapatrimoniais, logo, podem provocar condenação quanto a danos morais em caso de violação, etc.

Parte da doutrina separa a definição entre “direitos fundamentais” e “direitos da personalidade”, explicando que se tratam dos mesmos direitos, porém no primeiro caso, estes serviriam para as relações com o Poder Público, ou seja, proteger a dignidade do homem em face de possíveis atitudes provenientes do

Estado, que poderiam a prejudicar. Já os segundos, seriam estes direitos do homem no âmbito de suas relações com outras pessoas físicas. Assim, em qualquer caso, trata-se de direitos inerentes à dignidade do homem, só que aplicados em diferentes tipos de relações jurídicas.

Entretanto, Bittar esclarece o equívoco nesta definição, visto que, apesar de alguns direitos da personalidade serem, também, direitos fundamentais, é sabido que só podem ser assim considerados aqueles previstos desta forma na Constituição Federal, ou seja, tratam-se de direitos positivos. Ainda que não estejam assim previstos expressamente, qualquer dos direitos humanos considerados como originários, dada a sua importância, merece proteção contra possíveis prejuízos advindos de manifestações, pois o direito à liberdade de expressão, ainda que fundamental, não pode ser utilizado para atingir deliberadamente a dignidade de outro indivíduo.

Pela própria definição de discurso de ódio, é evidente que vários dos direitos da personalidade são por ele atingidos. Como exemplos, podem ser citados os direitos à integridade psíquica, à honra e ao respeito.

O direito à integridade psíquica tem por função proteger a saúde mental e psicológica do ser humano. Além da estrutura física do corpo, também é importante que se protejam as propriedades internas que compõe um indivíduo, pois ambos são formadores da personalidade como um todo. Logo, o ordenamento jurídico busca garantir que não seja ferida, direta ou indiretamente, a estrutura psicológica do homem, mas, quando alguém se utiliza da liberdade de expressão para proferir discurso discriminatório, percebe-se evidente atentado a este direito, visto ser uma conduta prejudicial à higidez mental de quem é por ela atingida. A discriminação pode provocar uma desvalorização na estima que o atingido tem sobre si mesmo, prejudicando, inclusive, o seu convívio social.

O direito à honra está classificado como fundamental na Constituição atual, em seu artigo 5º, X, e é estabelecido como um dos principais componentes da personalidade individual. A proteção à honra se divide em dois componentes: a honra objetiva, ou seja, é necessária a defesa da reputação do indivíduo enquanto componente da coletividade, garantindo ao mesmo a boa fama em suas relações sociais, e a honra subjetiva, que está relacionada à ideia que o indivíduo possui sobre si mesmo, ou seja, a estima que possui em sua esfera individual.

Assim, no que se refere à honra, além de uma violação intrínseca ao indivíduo atacado, percebe-se que o discurso de ódio também viola o direito à honra objetiva, pois a ofensa reflete na coletividade, no que diz respeito ao modo como o grupo social discriminado é visto por uma parcela desta. Assim, o discurso de ódio, enquanto manifestação de preconceito, pode influenciar os seus ouvintes, provocando uma diminuição social sobre um determinado grupo e, por conseguinte, causando malefícios à vida dos indivíduos que o compõe. Não obstante, essa lesão ainda poderá ser estendida, enquanto a manifestação discriminatória for divulgada por qualquer meio que seja.

Além disso, é também atributo básico da dignidade moral do homem o direito ao respeito que a todos é conferido. Conforme já mencionado, todo ser humano é dotado de características próprias, e para que a dignidade da pessoa humana possa vingar, torna-se necessário a existência do aludido direito, visto que um dos pilares para o desenvolvimento da coletividade é que cada pessoa seja considerada com suas individualidades, prevalecendo o respeito à diversidade do ser humano em todas as suas formas.

Ademais, este direito diverge da esfera da proteção à honra, pois se trata apenas da defesa da dignidade do homem em seu caráter subjetivo, para que se proteja o pensamento que este possui sobre si mesmo e, conseqüentemente, evitar que este se sinta diminuído em sua intimidade, o que poderia ocasionar prejuízos não apenas em sua convivência social, mas também em sua vida privada. Conforme Bittar (2015, p. 210):

Esse direito destaca-se do plano geral da honra, em face do âmbito mais restrito de seu alcance, colhendo apenas a pessoa em si mesma (e não diante de terceiros). O bem jurídico protegido é o conceito pessoal (complexo valorativo individual), compreendendo, como vimos, a dignidade (sentimento das próprias qualidades morais) e o decoro (consciência da própria respeitabilidade social). A ofensa é endereçada diretamente à pessoa (o ser em seu círculo pessoal), refletindo-se apenas no ofendido, que sofre diminuição pessoal, constrangimento ou depressão (com as conseqüências próprias).

Tendo em vista que é devido o respeito às particularidades de qualquer indivíduo, não poderia ser admissível no ordenamento jurídico brasileiro que manifestações de ódio de um, atingissem as características de outro, no que diz respeito à raça, religião, orientação sexual, gênero, neurodiversidade, etc., pois a



diversidade humana é gigantesca, e deve ser efetivamente protegida pelo Estado, para que assim prevaleça a dignidade.

É sabido que, de acordo com o princípio da intervenção mínima do Estado, o Direito Penal é a proteção última dos bens jurídicos, sendo aplicada apenas àqueles de manifesta importância. Assim, não restam dúvidas do valor que possuem os direitos da personalidade para o bem estar coletivo, ao se verificar a existência, no ordenamento penal brasileiro, de diversas formas de proteção a estes direitos tais como, por exemplo, a tipificação dos crimes contra a honra, seja esta objetiva ou subjetiva.

O direito conferido a todos de não serem discriminados também se fundamenta no princípio da igualdade, previsto constitucionalmente como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. De acordo com este princípio, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Logo, percebe-se que o Estado, para manutenção da sociedade, tem o dever não apenas de reprimir penalmente condutas que violem tal princípio, mas também trabalhar em outras maneiras de combater a marginalização dos grupos que sofrem com a intolerância proveniente da coletividade.

Oliva (2014) esclarece que o Direito, por sua própria natureza, está sempre atrelado a convenções estabelecidas culturalmente pela sociedade, que ainda carrega um pensamento de natureza conservadora, que por sua vez, tende a afastar tudo aquilo que for diferente do que é visto como “padrão” no âmbito coletivo. Ainda que esta relação seja de difícil separação, é necessário o estabelecimento de uma compreensão moral com base na igualdade prevista expressamente em lei, de modo a desvincular a sociedade dessas concepções nocivas que ainda estão presentes em um grande número de indivíduos.

Tal concepção de igualdade trazida pela Constituição Federal, assim como os direitos da personalidade anteriormente destacados, está diretamente conectada à dignidade da pessoa humana. Logo, toda a ideia de contenção da intolerância advinda do discurso de ódio pode ser considerada como uma ponderação de princípios. Quando a liberdade de expressão se choca com a dignidade da pessoa humana, é perceptível que esta deve servir como elemento mitigador daquela, para combater situações de segregação. Não há como se compatibilizar o discurso de ódio com a dignidade da pessoa humana e, portanto, ainda que se trate do direito

fundamental à liberdade de manifestação, esta última deve ser preterida, de acordo com o princípio da harmonização.

Conforme assevera Meyer-Pflug (2009), ainda que existam, no ordenamento jurídico brasileiro, várias limitações à liberdade de expressão, não há um tratamento específico para coibir o discurso de ódio. Não podem ser admitidos, nos termos do texto constitucional de 1988, discursos que atentem contra a dignidade humana, visto que a própria legislação já carrega dispositivos que atestam a nocividade destas condutas, tal qual a própria Lei 7.716/89.

## 4 O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AO DISCURSO DE ÓDIO

O terceiro capítulo do presente trabalho será dedicado à análise do tratamento jurídico concedido ao discurso de ódio em julgamentos realizados em outros países, de modo a demonstrar o efeito de uma possível mitigação da liberdade de expressão frente ao discurso de ódio, abordando então a criminalização deste último, e porque esta se faz necessária para uma efetiva proteção à dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Federal de 1988.

### 4.1 DIREITO COMPARADO

A discussão sobre o tratamento jurídico que deve ser aplicado ao discurso de ódio é recorrente em vários países, principalmente por se tratar de um tema que engloba a defesa de direitos fundamentais garantidos pela legislação destes. Assim como qualquer outra temática relacionada ao Direito, não deixa de ser importante a análise das respostas que outros ordenamentos jurídicos conseguiram ao debater sobre esse tipo de conflito entre direitos, de modo a estabelecer uma relação com a legislação brasileira.

No Direito Americano, a liberdade de expressão, protegida de limitações pela Primeira Emenda, é tratada como um dos direitos primordiais para a manutenção da sociedade, sendo a ela atribuída uma das proteções mais rígidas vistas nas legislações através do globo. Em grande parte essa proteção decorre do argumento de que a restrição à livre manifestação é uma das maiores armas do autoritarismo, devendo ser evitada para que seja possível a prática da democracia em sua plenitude.

Ainda que essa proteção seja gigantesca, ainda é perceptível que a liberdade de expressão no âmbito norte-americano jamais foi considerada enquanto direito sem restrições. Conforme Sarmiento (2006), mesmo após a declaração da Primeira Emenda, sempre foram atribuídas algumas limitações à livre expressão que, se não existissem, poderiam tornar inexequíveis as relações sociais. Assim, o Direito Americano protege a expressão de forma bastante rigorosa, mas algumas espécies de manifestações não são abrangidas por esse amparo, como as de caráter obsceno, ou mesmo aquelas que tenham o condão de causar a violência, sendo

observada essa probabilidade de acordo com o destinatário da declaração, além da análise das circunstâncias do caso concreto.

Segundo Sarmento (2006), o caso *Beauharnais v. Illinois*<sup>8</sup> foi um dos mais importantes na história jurídica americana, no que diz respeito ao discurso de ódio. O julgamento realizado pela Suprema Corte Americana no ano de 1952 analisou um conflito de direitos provocado pelo exercício da livre expressão, e se deu no sentido de condenar Joseph Beauharnais, por uma decisão de cinco votos contra quatro. Joseph foi acusado criminalmente por ter realizado uma distribuição de folhetos com conteúdo notoriamente racista, na cidade de Chicago, em Illinois. Nesse material de propaganda, afirmava que seria necessária uma união da população caucasiana dos Estados Unidos, afirmando que a violência presenciada no país era provocada pela população negra.

O autor supracitado segue explicando que as manifestações de Beauharnais fizeram com que este fosse condenado tendo em vista que, por aquelas terem sido consideradas de caráter difamatório, não gozariam da proteção constitucional trazida pela Primeira Emenda. A condenação foi realizada com fundamento em uma lei estadual de Illinois, que proibia manifestações difamatórias realizadas contra todo um grupo, em função de raça, cor, crença ou religião, atribuindo-o características negativas ou imputando-lhe a prática de crimes, de tal forma que pudessem ser causados prejuízos à paz pública, ou prejudicando o convívio social dos indivíduos que pertencessem ao grupo atingido. A constitucionalidade dessa lei foi questionada em sede de defesa, justamente pela limitação à liberdade de expressão não permitida pela Primeira Emenda.

Conforme já mencionado, a Suprema Corte decidiu pela aplicação da lei, e conseqüentemente pela condenação do acusado, justamente por considerar que, se existem condenações em face de ofensas direcionadas a um só indivíduo, apesar da proteção constitucional à livre expressão, não há porque não se considerar também como conduta nociva uma mesma manifestação que atinja a todo um grupo de pessoas.

Entretanto, em 1969, foi estabelecido o modo de análise jurisprudencial norte-americano no que se refere ao direito à liberdade de expressão e a sua abrangência, não se mantendo o padrão presenciado no caso acima descrito. Naquele ano,

---

<sup>8</sup> 343 US 250 (1952).

aconteceu o julgamento definitivo do caso *Brandenburg v. Ohio*<sup>9</sup>, onde Clarence Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan<sup>10</sup>, era acusado de ter realizado condutas de apologia ao crime e à violência.

Brandenburg, em 1964, teria promovido um encontro do grupo em Ohio, encontro este presenciado por um repórter, que conseguiu filmagens do evento, sendo algumas destas posteriormente divulgadas por algumas redes de televisão do país e do mundo.

Nestas filmagens, são vistos os integrantes do grupo, em seus trajes e capuzes típicos, realizando alguns discursos. Dentre estes, na maioria das vezes incompreensíveis em razão da qualidade técnica dos instrumentos de gravação disponíveis na época, era possível perceber algumas frases que demonstravam o racismo que esteve conectado à ideologia do grupo desde sua origem. Tais gravações foram utilizadas como prova das acusações realizadas contra Brandenburg, somadas às provas testemunhais.

Bochi (2014) demonstra que tais acusações fizeram com que Brandenburg fosse condenado em tribunais americanos de instância inferior, o que o levou a apelar em face da Suprema Corte Americana, sob a alegação de que a lei estadual de Ohio, chamada *Ohio's Criminal Syndicalism Statute*<sup>11</sup>, que previa o crime de "sindicalismo criminoso", e que fundamentava sua condenação, restringia a liberdade de expressão, violando assim a Primeira e a Décima Quarta Emendas à Constituição Americana. Esta última assim dispõe, em sua primeira sessão:

Todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos ou nele naturalizadas, e portanto sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado poderá criar ou aplicar lei que limite os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá destituir qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção da Lei<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> 395 US 444 (1969).

<sup>10</sup> A Guerra Civil Americana (1861-1865), nos EUA, levou à promulgação da Décima Terceira Emenda à Constituição Americana, que proibiu a existência, nos Estados Unidos ou em qualquer outro local submetido a sua jurisdição, da realização de trabalho escravo ou outro tipo de sujeição humana forçada, exceto aquelas decorrentes de condenação criminal transitada em julgado. Com isso, grupos insatisfeitos com a medida abolicionista criaram, em 1866, a Ku Klux Klan, movimentos que pregam uma ideologia de supremacia da raça branca, disseminando ideias racistas e antisemitas, e possuindo o propósito de impedir, através de qualquer meio, a readaptação da população negra recém liberta à sociedade.

<sup>11</sup> Regulamento de Ohio sobre Sindicalismo Criminoso (Tradução livre).

<sup>12</sup> Tradução livre da Décima Quarta Emenda à Constituição Americana, disponível em < [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>.

Como resultado da apelação, o acusado foi absolvido pela Suprema Corte, argumentando que um Estado não poderia por em prática uma lei que reduzisse a livre manifestação, ainda que esta se dê no sentido de defender a prática de atos ilícitos, sob pena de manifesta violação às Emendas à Constituição citadas em defesa do apelante. Tal decisão levou não apenas à declaração de incompatibilidade do *Ohio's Criminal Syndicalism Statute* com as referidas emendas, restando na sua não aplicação, como também à criação do *Imminent Lawless Action Test*<sup>13</sup>, que seria o critério jurídico americano, e que viria a ser usado pela Suprema Corte, para definir discursos que não seriam protegidos pelo disposto na Primeira Emenda. Após este ato, a referida Corte entendeu que o discurso que defende a prática de atos criminosos não poderia ser restringido, salvo quando incitasse a prática de uma conduta ilegal iminente e de provável ocorrência.

O *Imminent Lawless Action Test* se consolidou como o critério da Suprema Corte Americana para resolução das questões que abordem o tema, sendo por ela aplicado desde então e, portanto, tornando-se muito reduzidas as ocasiões em que o Direito do país permite a restrição da liberdade de expressão.

Ao estabelecer que os discursos que não possam causar reações violentas iminentes são protegidos pela Primeira Emenda, percebe-se que a Corte priorizou a manutenção da paz pública com a menor restrição de direitos possível, ainda que isso demonstre uma desconsideração por medidas que diminuam a discriminação. Entretanto, não há que se falar em conservação da ordem social com a proteção constitucional garantida a qualquer discurso que provoquem danos ao meio social, se estes não forem imediatos.

Ainda que não causem os efeitos acima referidos de forma imediata, ações como as analisadas em *Brandenburg v. Ohio*, que possuiu uma grande visibilidade nos meios de comunicação em massa, certamente poderiam causar efeitos a longo prazo, trazendo novos adeptos aos ideais nocivos da Ku Klux Klan, e incitando posteriores atos de violência contra os indivíduos ameaçados pelas ações daquele grupo. E ainda que isso ocorra, qualquer discurso que provoque esse tipo de conduta estaria protegido pela própria Constituição do país.

Ademais, não se atua em defesa da igualdade material ao estabelecer que qualquer manifestação de opinião possui o mesmo efeito, visto que ao se atingir

---

<sup>13</sup> Padrão de Ação sem Lei Iminente (Tradução livre).

uma minoria social através de discursos que incitem o ódio e a violência contra ela, torna-se ainda mais crítica a situação de marginalização que a mesma se encontra, principalmente em países já marcados pelos danos provenientes da exclusão social de grupos minoritários.

Essa priorização do direito à liberdade de expressão mesmo em casos onde aconteça a incitação ao ódio, presente na jurisprudência americana, entra em disparidade com o presenciado no ordenamento jurídico de algumas outras nações. O tratamento jurídico conferido aos discursos discriminatórios e o conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais é assunto bastante abordado na Europa, sendo a legislação alemã um dos principais exemplos no Continente.

A atual Constituição Alemã foi declarada alguns anos após o término da Segunda Guerra Mundial, em 1949. Sarmiento (2006) explica que, em decorrência dos terríveis crimes aos direitos humanos praticados pelo Regime Nazista durante a guerra, o texto constitucional do país priorizou a proteção à dignidade da pessoa humana, sendo esta prevista já no primeiro artigo daquele, que a classifica como “intangível”, e dispõe que “respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

Ainda, o artigo 18 da referida Lei Maior prevê a perda de direitos fundamentais em decorrência de excessos no exercício destes, cabendo “ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão”. Tal dispositivo reforça a dignidade da pessoa humana enquanto elemento primordial da sociedade alemã, permitindo que, em caso de conflitos entre direitos fundamentais, devido ao abuso no exercício de algum deles, é permitido a restrição ou mesmo exclusão de tal direito, de acordo com os princípios da proporcionalidade e da concordância prática, de modo a harmonizar a relação entre direitos e proteger a dignidade.

A defesa da dignidade da pessoa humana como prioridade constitucional justifica a mitigação da liberdade de expressão, e levou à criação de dispositivos na legislação penal alemã que visam garantir a proteção dos indivíduos contra o discurso de ódio e suas consequências. O código penal alemão traz, em sua sessão 130, a criminalização de: a) manifestações que incitem o ódio ou a violência contra algum segmento da população e; b) ofensas à dignidade de algum segmento da população através de calúnias, injúrias ou difamações. As referidas condutas são

punidas pelo ordenamento jurídico alemão com a privação de liberdade por período de três meses a cinco anos.

Mais um exemplo de limitação à liberdade de expressão trazida pelo código penal alemão, e que não é visto no Direito americano, é a punição do uso de símbolos relacionados ao Partido Nacional Socialista (conhecido como Partido Nazista), ou realizar qualquer outra forma de apologia ao mesmo, ou a outras organizações consideradas inconstitucionais.

Ainda assim, conforme elucida Sarmiento (2006), o direito alemão não falhou em proteger o direito à livre expressão. Como exemplo, o autor menciona o caso *Tucholsky I*, que tratou da acusação a um indivíduo do delito previsto na sessão 130 do código penal alemão, por ter insultado a um segmento da população (no caso em tela, os militares do país), ao exibir em seu veículo a frase “soldados são assassinos”. Em resultado, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu se tratar de mero exercício do direito à liberdade de expressão, pois a frase exposta pelo acusado não se tratava de uma imputação criminosa a todos os soldados do país, mas sim de uma crítica a um órgão público e à violência trazida pelas guerras e, como tal, não poderia ser restringida.

Diante disso, o que se configura no país é um efetivo modelo jurídico de defesa dos direitos da personalidade quando em colisão com a liberdade de expressão, através da ponderação e da proporcionalidade, visando a mais efetiva defesa da dignidade humana, primordial para a existência de todos.

#### 4.2 A CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

O discurso de ódio deve ser externalizado para que atinja sua finalidade discriminatória e assim, cause prejuízos ao grupo atingido. Assim como qualquer conduta, a sua criminalização não é suficiente para que esta deixe de existir, entretanto, a atitude coercitiva do Estado é, sem dúvidas, um importante passo no combate ao preconceito e a suas consequências.

Ressalte-se que a dignidade do homem e sua honra subjetiva são elementos indispensáveis em sua vivência social, e portanto, devem ser protegidas pelo Direito. Estas são duramente feridas pelo discurso de ódio, que na maioria das vezes é direcionado a grupos que já se encontram em situação de vulnerabilidade perante a



sociedade. Qualquer discurso que defenda a segregação e a diminuição de uma parcela da sociedade percorre em sentido contrário à diversidade que naturalmente pertence ao homem, e que deve ser incentivada e protegida pelo ordenamento jurídico.

Além disso, a disseminação deste tipo de ideia também serve para reforçar o preconceito já existente no meio coletivo, o que acaba por torná-lo ainda mais hostil para as minorias atingidas pelo discurso. Esta situação de hostilidade insere um sentimento de medo nestes grupos, e este serve como um limitador à própria liberdade do homem. Se este último não se sente seguro na sociedade, devido à intolerância em relação a uma característica que lhe é intrínseca, externalizada através de discursos que promovem a violência contra o mesmo, um ato instintivo de defesa contra estas iminentes ações de violência será a limitação de seu convívio em sociedade e, portanto, do exercício de seu direito à liberdade.

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta uma tipificação para o discurso de ódio, ou mesmo um número significativo de métodos de combate à discriminação além da Lei 7.716/89, que apresenta lacuna expressiva, ao apresentar um número limitado de condutas discriminatórias. Além disso, não existe no país uma apreciação jurisprudencial pacífica sobre a temática, o que contribui ainda mais para a impunidade daqueles que praticam manifestações odiosas.

Como já mencionado em capítulo anterior, o artigo 20 da Lei supracitada prevê como conduta criminosa a discriminação em virtude de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Entretanto, caso seja realizado o discurso de ódio por motivo diferente dos dispostos na Lei, não haveria como existir condenação, com base no Princípio da Reserva Legal, cravado no artigo 5º, II, da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Diante disso, uma conduta não pode ser considerada criminosa sem uma lei anterior que assim a configure. Na hipótese acima disposta, também não poderia ser utilizada a analogia, com base no artigo 20 da Lei 7.716/89, para se criminalizar uma conduta discriminatória diferente das previstas, pois no Direito Penal brasileiro inexistente a interpretação *in malam partem*, ou seja, não seria admissível de forma alguma a extensão do que a lei dispõe expressamente de forma a prejudicar aquele que foi acusado de praticar a ação criminosa.

O texto constitucional visa atingir a igualdade material de direitos aos indivíduos no país, e tal não é percebido pela Lei 7.716/89 devido à mencionada lacuna que esta possui. Ressalte-se também que a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 3º, IV, que é papel do Estado “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Estabelecer que uma conduta discriminatória é criminosa mas outra não, sendo que ambas possuem os mesmos tipos de efeitos, demonstra desrespeito estatal ao direito a um tratamento legislativo igualitário, evidenciando um descaso na proteção de outros segmentos da população que não estejam presentes no disposto na Lei em questão.

Diante disso, destaque-se que um discurso de ódio proferido por uma maioria em face de uma minoria não poderá ser freado sem a interferência do estado, acolhida constitucionalmente, e esta não será efetivamente cumprida devido à omissão legislativa existente sobre o assunto.

Como uma tentativa de suprir parcialmente a omissão da Lei 7.716/89, foi elaborado o Projeto de Lei 122/2006, que tinha como objetivo acrescentar àquela as condutas de discriminação relacionadas ao sexo, gênero, orientação sexual ou identidade de gênero. Assim, com esse PL surgiu a oportunidade de se criminalizar também o discurso de ódio em outras de suas formas, como por exemplo, a discriminação homofóbica.

Conforme demonstra Oliva (2014), esse mesmo assunto foi presenciado no Inquérito 3.590/DF, no qual foi realizada, pelo Ministério Público Federal, denúncia contra o então deputado federal Marco Feliciano, baseada no artigo 20 da Lei 7.716/89. O deputado teria publicado em seu perfil pessoal no Twitter algumas declarações consideradas de caráter homofóbico, e por isso, foi indiciado sob a alegação de ter induzido o preconceito contra indivíduos em razão de sua orientação sexual.

O autor supracitado continua abordando a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que, por unanimidade, rejeitou a mencionada denúncia, utilizando como argumento justamente o disposto anteriormente neste tópico. Primeiro, apesar de a Turma do STF considerar as declarações publicadas por Marco Feliciano consideravelmente danosas à dignidade da pessoa humana, tanto pelo conteúdo daquelas, quanto por terem sido disseminadas através de uma rede social que as garantia grande visibilidade, ainda assim decidiram por não aceitar a

denúncia devido à falta de previsão legal quanto à criminalização do discurso de ódio homofóbico.

A decisão do Supremo demonstrou a objetividade do artigo 20 da Lei 7.716/89, que especificava quais conteúdos discriminatórios poderiam ser punidos criminalmente, não estando presente entre eles a discriminação em razão de orientação sexual. Desta forma, como a própria Constituição Federal estabelece que não existe um crime sem lei prévia que assim o defina, não haveria como a denúncia ser recebida, tendo em vista a ausência de uma infração penal, conforme também prevê o artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, qualquer outro tipo de discurso de ódio que não esteja presente no artigo 20 da Lei em questão, está fora de alcance de condenação criminal, o que não pode ser admitido pelo Direito. A diversidade é característica do ser humano, e esta deve ser protegida de forma abrangente, o que torna evidente a necessidade de extensão no conteúdo do dispositivo supramencionado.

Apesar de não ter sido tão abrangente quanto necessário, percebe-se que o acréscimo sugerido através do Projeto de Lei 122/2006 poderia ter trazido uma mudança de grande dimensão para o caso de Marco Feliciano. Entretanto, o que ocorreu foi o seu arquivamento<sup>14</sup>, que permanece desde o dia 26 de dezembro de 2014.

Conforme Oliva (2014, p. 172)

[...] é preciso conceder tratamento uniforme a todas as formas de discriminação nocivas à sociedade brasileira, o que impõe, haja vista o tratamento penal da discriminação de ordem racial, religiosa, e de precedência nacional, a criminalização da discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero. O tratamento diverso a certas manifestações de ódio apenas reforça a percepção de que a sociedade brasileira repudia algumas formas de discriminação, mas não outras, o que prejudica a construção de uma sociedade verdadeiramente plural e democrática.

Nesse sentido, o texto do Projeto de Lei 122/2006 ainda pode ter grande importância para a elaboração de outros projetos que visem uma mudança ainda mais significativa na questão da coerção a condutas discriminatórias e que, portanto, possam estabelecer um tratamento legislativo homogêneo para todos os grupos que

---

<sup>14</sup> Atualmente, a tramitação do Projeto de Lei se encontra encerrada, sendo a última decisão a seu respeito no sentido de seu arquivamento, ao final da Legislatura. Disponível para consulta em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>.

são atingidos pela conduta disposta na Lei 7.716/89, em respeito ao princípio constitucional da igualdade.

A criminalização do discurso de ódio também foi tratada pela deputada Maria do Rosário, no Projeto de Lei 7.582/2014<sup>15</sup>, de sua autoria, que tem como objetivo definir os crimes de ódio e intolerância, além de estabelecer mecanismos para coibi-los. O texto da Lei que viria a ser criada por tal projeto define enquanto conduta criminosa, em seu artigo 5º:

Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio ou pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, por qualquer meio, inclusive pelos meios de comunicação e pela internet, em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência.

O referido projeto estabelece um rol bem mais abrangente do que o disposto na atual lei contra o preconceito, porém também se encontra com andamento estagnado. Visivelmente, o proposto neste dispositivo desempenharia uma proteção mais eficaz do que a atualmente presenciada no ordenamento jurídico brasileiro, porém o ideal ainda seria o acréscimo de uma disposição penal genérica, que abrangesse qualquer tipo de discriminação além das dispostas expressamente.

Também pecou o disposto nesse projeto por apresentar para tais condutas um tratamento mais rígido do que o previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89, mas não verificar em seu texto também a discriminação relacionada à raça, cor ou etnia, apresentada em tal dispositivo. A aludida Lei prevê uma pena de reclusão de um a três anos para o delito de preconceito. Já o artigo 5º do referido PL estabelece uma punição de um a seis anos de prisão, possuindo uma pena máxima consideravelmente superior à anteriormente disposta. Estaria, desta forma, estabelecendo tratamento desigual entre as condutas discriminatórias verificadas em ambos os textos legais analisados, o que também iria contra a igualdade constitucional.

Destarte à importância deste tema, algumas críticas são realizadas à criminalização do discurso de ódio. Dentre elas, existem alegações de que se

---

<sup>15</sup> O Projeto de Lei, apresentado em 20 de Maio de 2014, com o propósito de definir os crimes de ódio e intolerância e criar mecanismos para coibi-los, se encontra atualmente aguardando o Parecer do Relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Disponível para consulta em: < <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>>.

trataria de tratamento privilegiado da legislação em defesa de alguns grupos minoritários, o que também violaria a igualdade constitucional. Entretanto, lembre-se que a igualdade protegida pela constituição é a material, ou seja, é permitido um tratamento desigual entre certos indivíduos, na medida em que estes são desiguais entre si, de forma que uns careçam de uma proteção mais forte do Estado do que outros. Sendo assim, para se adquirir uma igualdade substancial entre grupos minoritários e majoritários, se faz necessário a aplicação de tratamento jurídico diferenciado. Se tal não ocorresse, sequer haveria de existir a própria Lei 7.716/89, que já estabelece a proteção a certos segmentos da população contra a intolerância, ou mesmo outras formas de amparo especial como a Lei Maria da Penha<sup>16</sup> ou o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, alguns defensores de uma proteção mais rígida à liberdade de expressão afirmam que sequer viriam a existir resultados eficazes na diminuição de condutas discriminatórias com a mera criminalização destas, e isto se comprovaria com os resultados atingidos pela tipificação trazida pelo artigo 20 da Lei 7.716/89.

Além de não ser o argumento acima efetivamente comprovado, ressalte-se que, evidentemente, a tutela penal não visa excluir completamente o preconceito da sociedade. O combate à disseminação da intolerância se dá, além da proteção garantida pelo Estado por meio de mecanismos de coerção, através de ações públicas que visam o estímulo à igualdade e a inclusão de grupos sociais marginalizados. Entretanto, tem-se na criminalização do discurso de ódio importante arma de combate a violações ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade humanas, e esta não se mostra incompatível com uma possível elaboração de políticas públicas de incentivo à diversidade. Pelo contrário, ambas as espécies de ferramentas devem ser adotadas pelo Estado para que se complementem, de forma a se perceber uma proteção eficaz contra o discurso de ódio, e não um Estado de Direito que se demonstra inerte em face da barbárie.

---

<sup>16</sup> Lei nº 11.340/2006, que estabelece formas de proteção à mulher contra a violência em âmbito doméstico e familiar.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico visou realizar uma análise acerca das limitações constitucionalmente permitidas à liberdade de expressão, ainda que se trate de direito fundamental, quando aquela se desarmoniza com outros direitos previstos na Lei Maior. Assim, o trabalho defendeu a criminalização do discurso de ódio enquanto aspecto limitador da liberdade de manifestação, por se tratar de conduta extremamente prejudicial ao meio coletivo, carecendo, portanto, de maior tutela do Estado.

Através de esclarecimentos acerca do tratamento conferido aos direitos fundamentais, que poderiam ser cerceados havendo conflito uns com os outros, de acordo com o princípio da harmonização, percebeu-se que tal limitação da liberdade de expressão é necessária em face do discurso de ódio, visto que esta atitude discriminatória atinge vários dos elementos formadores da dignidade da pessoa humana, como a honra e a personalidade. Esse tipo de limitação foi, inclusive, realizado pela Lei 7.716/89.

Ainda assim, a lei supracitada não exerce uma proteção efetiva contra as manifestações discriminatórias, em virtude de omissão em seu texto legal. O Direito brasileiro não permite uma extensão daquilo que é expressamente previsto por lei criminal de forma a prejudicar o acusado por infringi-la. Nesse sentido, apenas as formas de discriminação trazidas expressamente pela Lei 7.716/89 serão coibidas criminalmente, não existindo, portanto, tratamento legislativo igualitário a todos os segmentos populacionais cujos direitos fundamentais são violados através de condutas de intolerância.

Desta forma, se o Princípio da Reserva Legal não permite a extensão da tutela penal das leis já existentes que tratam da conduta discriminatória, constata-se que só haverá, no aspecto em estudo, a concretização da igualdade constitucional, a partir da equiparação de todas as condutas discriminatórias presenciadas em sociedade com aquelas previstas expressamente na Lei 7.716/89, suprimindo a lacuna legislativa e garantindo uma proteção mais eficaz ao crime tipificado nesta Lei.

Portanto, este trabalho concluiu pela necessidade de ampliação na tutela criminal em face de condutas que visam segregar determinados grupos do convívio social, o que viola a igualdade constitucional, enquanto uma das principais formas

de combate à discriminação. Existiram, ainda, tentativas de ampliações neste sentido através dos Projetos de Lei 122/2006 e 7.582/2014, cujos textos, apesar de não terem sido efetivamente firmados pela legislação, ainda podem servir como inspiração para uma elaboração legislativa mais abrangente sobre a temática.

Essa necessidade torna-se ainda mais perceptível ao se averiguar o sentimento de hostilidade inserido nas vítimas do discurso de ódio. A partir do momento em que manifestações de incitação ao ódio ou mesmo a incitação criminosa daquela proveniente é encontrada de maneira abundante no seio da coletividade, os grupos oprimidos passam a se submeter àquilo que é pregado pelos opressores, inclusive passando a limitar a sua própria vivência em sociedade, em uma tentativa de se proteger dos efeitos do discurso de ódio. Assim, para além das ofensas facilmente constatadas à honra e à dignidade de um indivíduo, estes por vezes passam a limitar a sua própria liberdade, devido ao medo de sofrerem, até mesmo, atentados à integridade física, medo este implantado pela disseminação destas manifestações segregacionistas.

Assim, também se faz importante a análise do tema em vista de denunciar a inércia do Estado de Direito em face de manifestações de intolerância. O direito à liberdade de expressão não possui caráter absoluto, logo, não pode ser exercido de forma a atingir a dignidade constitucional. A Carta Magna protege esta última de várias formas, além de defender a honra e a igualdade entre todos os indivíduos. Portanto, não está eivada de inconstitucionalidade qualquer lei que vise coibir à livre manifestação quando esta se der no sentido de discriminar e incitar a violência contra grupos sociais. Pelo contrário, o discurso de ódio demonstra-se enquanto conduta absolutamente contrária ao texto constitucional e, portanto, deve ser combatida, dentre outras formas, através da tutela criminal.

## REFERÊNCIAS

**A ONDA.** Direção: Dennis Gansel, Roteiro: Dennis Gansel e Peter Thorwarth. Constantin Film e Highlight Film, Alemanha, 2008, 1 DVD (107 min). Título Original: Die Welle.

ALEMANHA. **Constituição.** Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 1949.

ALEMANHA. **Código Criminal.** 1998. Disponível em: <  
<http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=752>>. Acesso em: 11 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, e-ISSN 2238-5177, p. 1-36, Jan./Mar. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCHI, Paullina Luise. **A liberdade de expressão e o discurso do ódio no contexto norte-americano e brasileiro.** 2014. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.

BRASIL. **Código Penal, de 1940.** Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal, de 1941.** Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7716, de 05 de jan. de 1989**. Lei dos Crimes de Preconceito e Discriminação Racial. Brasília, 05 de jan. 1989.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.642, de 03 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para acrescentar atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres. Brasília, 03 de abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 7582/2014**. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>>. Acesso em: 11 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei Complementar PLC 122/2006**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Estabelece as tipificações e delimita as responsabilidades do ato e dos agentes. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 8 out. 2018.

CARMO, Cláudio Márcio do. Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, Brasil, n. 64, p. 201-223, ago. 2016.

EUA. **Constituição dos Estados Unidos**. 1789. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 18 set. 2018.

EUA. Suprema Corte. 343 US 250. *Beauharnais v. Illinois*, julgado em 28 de abril de 1952.

EUA. Suprema Corte. 395 US 444. *Brandenburg v. Ohio*, julgado em 9 de junho de 1969.

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

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. 2001. Dissertação (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

FERREIRA, Pedro Luiz Bragança. **O direito fundamental à liberdade de expressão e o estudo do caso Ellwanger**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Paris, 1789.

FREITAS, Riva Sobrado de. CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Seqüência**, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. 1ª edição. São Paulo: Contexto, 2008.

GROBÉRIO, Sonia do Carmo. **Dignidade da pessoa humana: concepção e dimensão jurídico-constitucional**. 2005. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Vitória, Espírito Santo, 2005.

KARNAL, Leandro. **Todos contra todos: o ódio nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

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

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Canadá: Batoche Books, 2001. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&o\\_obra=4899](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&o_obra=4899)>. Acesso em 17 de setembro de 2018.

MOREIRA, Mirta Mara Bastos Manguieira. **A liberdade de expressão e informação no constitucionalismo brasileiro**. 2007. Monografia (Especialização). Universidade Estadual do Ceará, Ceará, 2007.

OLIVA, Thiago Dias. **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris, 1948.

S. E. CASTAN. **Holocausto: Judeu ou Alemão?** Nos bastidores da mentira do século. Ed. Revisão, 1988.

SALGADO, Daniel. MELLO, Igor. RAMOS, Marcella. **Como funciona o maior grupo de propagação de ódio na internet brasileira, que lucra com misoginia, racismo e homofobia**. Época. 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/sociedade/noticia/2018/06/como-funciona-o-maior-grupo-de-propagacao-de-odio-na-internet-brasileira-que-lucra-com-misoginia-racismo-e-homofobia.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech**. Rio de Janeiro, 2006.

VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no Direito brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.