

---

# O HATE SPEECH E OS LIMITES ÀS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

---

ALEXANDRE VENTIM LEMOS [DUDAALEXANDRE@YAHOO.COM.BR]

---

## RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil, logo em seu primeiro artigo, estabeleceu como fundamento o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana. Além disso, elencou uma série de direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a igualdade, a saúde, a moradia, ao lazer, dentre outros. Esses direitos são consagrados como fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro pois a sua violação consequentemente afeta a dignidade da pessoa humana. Entretanto, isso não permite dizer que tais direitos são absolutos, ou seja, não podem ser limitados de certa maneira, ou podem ser exercidos irrestritamente. O direito à liberdade não se refere apenas ao ir e vir, mas também a de expressão, entre outras. Assim, este artigo tem por objetivo analisar como a liberdade de expressão, ainda que um direito fundamental previsto na Constituição Federal, tem limites que devem ser observados pelo titular. Como principal conclusão verificou-se que o *hate speech* apesar de ser aceito em outros países, não pode ser acolhido no Brasil, apesar de fazer parte do direito de liberdade, pois viola outros direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal. Dignidade da Pessoa Humana. Direito a Liberdade de Expressão. *Hate Speech*. Limites a Liberdade.

## 1 INTRODUÇÃO

Antes de tratar sobre a dignidade humana, a solidariedade e os direitos fundamentais, é necessário destacar o fato que, por sua importância na história coletiva, mudou os rumos do Direito: a Segunda Guerra Mundial. Este fato, principalmente pelas atrocidades do Nazismo, mudou o mundo e gerou uma nova era de pensamento jurídico e de atitudes globais para proteção à dignidade da pessoa humana, a tutela de direitos humanos e realização da paz mundial.

Com o fim da guerra, os jusfilósofos perceberam os efeitos do positivismo jurídico, especificamente da obediência irrestrita da lei, criando uma nova corrente jurisprudencial, denominada de pós-positivismo. Ou seja, com o colapso do positivismo jurídico, como uma mudança de paradigma, surge o pós-positivismo, com o intuito de criar uma relação entre direito e ética, com a aplicação da norma com esteio nos valores e princípios.

Com essa nova corrente, os princípios alcançam o patamar de norma jurídica, mesmo com alto grau de abstração e generalidade, mas funcionando como uma diretriz, sem regular situação jurídica específica, prescrevendo modos de agir em conformidade com os valores jurídicos.

O Tribunal de Nuremberg, criado após a Segunda Guerra Mundial, foi um tribunal de exceção, com o intuito apenas de julgar os “crimes” de certos nazistas, que fulminou o positivismo jurídico. Os réus, na verdade, estavam sendo julgados por cumprirem a lei do seu país, a lei de Hitler. Então os juízes

nazistas eram réus pois condenaram os judeus aos campos de concentração, e os militares por terem cumprido as ordens judiciais, de seus superiores e de Hitler, tudo como determinava a lei.

O pós-guerra foi marcado pela adoção e proclamação por vários países, inclusive o Brasil, da Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, denominada de Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a finalidade de promover a dignidade das pessoas, a liberdade e paz no mundo.

Apesar da adesão incondicional do Brasil à “Declaração Universal dos Direitos Humanos” na mesma data de sua proclamação, essa nova ordem, que zela pela dignidade humana e pelos direitos humanos, apareceu somente após o regime militar, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive abrindo as portas para essa nova corrente jusfilosófica do pós-positivismo.

Logo em seu artigo 1º, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, estabeleceu seus fundamentos, dentre eles: a dignidade da pessoa humana. Assim a dignidade humana tornou-se um princípio constitucional que estrutura e fundamenta o ordenamento jurídico brasileiro, devendo o Estado respeitar, tutelar, garantir e promover a dignidade da pessoa, tanto individualmente como coletivamente.

A CRFB estabeleceu ainda como objetivos, no artigo 3º: 1) construir uma sociedade livre, justa e solidária; 2) garantir o desenvolvimento nacional; 3) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; 4) promover o bem de todos.

A Constituição Federal é muito mais que uma lei em sentido amplo, é verdadeiro pacto axiológico de convivência coletiva, esses fundamentos e objetivos não são apenas para o Estado, mas também para todo povo e para cada pessoa individualmente considerada, ou seja, não é um objetivo somente do Estado mas de todos que o compõe.

A Declaração Universal de Direito Humanos reconhece como direitos humanos os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo estes também reconhecidos na Constituição Brasileira de 1988, como direitos fundamentais, no *caput* do artigo 5º.

Conforme o parágrafo 1º, do artigo 5º, da CRFB, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais não está condicionada a nenhum outro fator, como lei, decreto, resolução, ou qualquer outro ato normativo.

O direito à liberdade não é restrito ao “ir e vir”, quer dizer, a liberdade de locomoção, mas refere-se também a de expressão, de opinião ou pensamento, de crença, de imprensa, de reunião, de associação, de informação, entre outros contidos expressamente, ou não, na Constituição Federal ou fora dela.

Apesar da liberdade ser um direito fundamental, inclusive com previsão na Declaração Universal de Direito Humanos, isso não significa que seja um direito absoluto, quer dizer, que não possa sofrer restrições ou que não tenha limites. Assim, quaisquer das liberdades podem sofrer restrições ou limitações.

O discurso de ódio, reconhecido mundialmente como *hate speech*, está dentro do direito à liberdade, sendo uma forma de liberdade de expressão, no sentido amplo. Exemplificando, seria os discursos nazistas contra os judeus.

Diante de tais posicionamentos acerca da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental a liberdade, este artigo parte da seguinte questão de investigação: até onde a liberdade de expressão é legítima no ordenamento jurídico brasileiro?

A fim de responder a tal questionamento se estabelece como objetivo geral analisar como a liberdade de expressão, ainda que um direito fundamental previsto na Constituição Federal, tem limites que devem ser observados pelo titular, buscando identificar se no ordenamento jurídico brasileiro o *hate speech* encontraria guarida.

A fim de atingir o objetivo geral estabeleceu-se como objetivos específicos: a) apresentar as gerações dos direitos fundamentais; b) circunscrever a dignidade da pessoa humana no campo jurídico; c) apresentar o princípio da solidariedade e a hermenêutica jurídica do pós-positivismo; e d) discutir os direitos de liberdade, incluindo a Liberdade de Expressão; e o *Hate Speech*.

Este estudo justifica-se a medida que o discurso de ódio vem ocorrendo no Brasil, principalmente por parte de determinados grupos que se reconhecem como “oprimidos” e acreditam estarem legitimados a utilizarem o *hate speech* em face de seus supostos “opressores”.

Em relação ao percurso metodológico, por ser este um estudo de revisão bibliográfica, partiu-se da pesquisa bibliográfica para a apresentação e discussão acerca da liberdade de expressão e do *hate speech*.

Este estudo está dividido em sete seções, incluindo esta seção introdutória. Nas seções dois, três, quatro e cinco busca-se apresentar os principais conceitos que sustentam a teoria dos direitos fundamentais. Na sexta seção traz-se a discussão dos direitos de liberdade, incluindo a liberdade de expressão e o *Hate Speech* e apresenta-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca deste tema. A sétima e última traz as considerações finais sobre o *Hate Speech* no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado não reconheceu os direitos humanos todos de uma vez, estes foram conquistados ao longo do tempo como consequência de determinados marcos históricos. O jurista Karel Vasak criou, e Norberto Bobbio difundiu, a chamada “teoria das gerações dos direitos”, a qual dividiu os direitos humanos em gerações, estabelecendo uma ordem cronológica de reconhecimento e afirmação desses direitos.

Vale frisar que no âmbito do direito nacional, os direitos humanos são denominados de direitos fundamentais e, apesar de serem considerados direitos naturais, intrínsecos ao homem, não foram reconhecidos, nem efetivados e nem concretizados todos de uma única vez e nem conjuntamente.

A teoria Vasak decompõe a conquista dos direitos fundamentais em gerações, de acordo com o lema da revolução francesa: “*Liberté, égalité, fraternité*”. A crítica da doutrina a essa teoria é em relação a expressão “geração”, já que pode passar uma ideia errada, como: 1) de que uma geração será substituída gradativamente pela outra; 2) que uma geração só surgirá quando concretizada a anterior; ou 3) que há hierarquia entre as gerações.

A doutrina preferiu substituir a expressão “gerações” por “dimensões” ou “categorias”, pois o reconhecimento de uma nova geração não exclui os direitos já conquistados, havendo uma cumulação dos direitos fundamentais a cada novo que surge ou é reconhecido. Inclusive, pode uma geração de direitos ser reconhecida sem que as outras tenham sido totalmente reconhecidas ou concretizadas.

Assim, na ideia de “*liberté*”, os direitos de primeira dimensão são direitos negativos, quer dizer, visam a não intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo, tendo como marco histórico as revoluções burguesas que buscavam a conquista de direitos individuais, mais propriamente, direitos de defesa contra o Estado, além de direitos civis e políticos, dentre eles: a propriedade, a igualdade (formal), a segurança, e ao voto (de modo ativo e passivo).

A liberdade nesse caso é no sentido amplo, refere-se ao “ir e vir”, a liberdade religiosa, de pensamento, de expressão, entre outras, e, também, como direito de não intervenção do Estado. Não adiantaria essas liberdades somente como direitos sem que pudessem ser garantidas, ou seja, sem que se pudesse exigir a não intervenção. Portanto, há também conquista de garantias processuais para afastar a intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo.

O marco histórico de luta pela conquista dos direitos de segunda dimensão foi a Revolução Industrial, devido ao enriquecimento de uma minoria e aos profundos problemas sociais. Os direitos fundamentais de segunda dimensão são considerados direitos a prestações por parte do Estado, relacionados a direitos sociais, econômicos e culturais, visando diminuir as desigualdades e tutelar a dignidade da pessoa.

Na geração da “*égalité*”, conquistaram-se o reconhecimento a igualdade material, por meio de direitos sociais, culturais e trabalhistas, inclusive a liberdade de sindicalização e o direito de greve. Desta forma, os direitos de segunda dimensão são direitos positivos, relacionados a prestação social por parte do Estado. A questão desses direitos não é o seu reconhecimento mas a sua concretização, que depende de dispêndio material por parte do Estado. Não adianta o Poder Público reconhecer esses direitos sociais apenas como normas programáticas, sem concretizar direitos como o acesso à saúde, a educação, a assistência e previdência social, dentre outros.

Portanto, o obstáculo maior não é enunciar os direitos fundamentais, nem justificá-los, a questão verdadeiramente é protegê-los e concretizá-los, como leciona Bobbio (1909, p. 23): “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”.

A Segunda Guerra Mundial foi o marco histórico do desenvolvimento dos direitos de terceira dimensão. Os direitos fundamentais de terceira dimensão estão relacionados com a “*fraternité*”, isto é, com a proteção do homem em coletividade social, é o que se percebe com o fim da guerra. Compreendendo nessa dimensão direitos ainda em desenvolvimento, como: a solidariedade universal, ao meio ambiente equilibrado, à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos.

Além dessas gerações, a doutrina reconhece outras, como quarta e quinta dimensões, entretanto há uma dissensão sobre o conteúdo, como por exemplo, alguns autores citam que na quarta geração estariam os direitos à engenharia genética (congelamento de embrião, células tronco, inseminação artificial, barriga de aluguel, etc.) e outros doutrinadores citam os direitos à democracia direta, ao pluralismo e a informação.

### 3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A palavra “dignidade” tem sua origem do latim “*dignitas*”, que denota “merecimento”, “valor”, “nobreza”. Por meio de Cícero, na antiga Roma, desenvolveu-se que a dignidade do homem decorre da sua posição mais alta da hierarquia natural, como o único animal racional (sentido absoluto da dignidade), sem afastar o sentido relativo de que determinadas pessoas eram mais dignas que outras (SARLET, 2011).

Deste modo, na antiguidade clássica, a dignidade da pessoa relacionava-se com sua posição social e o seu grau de reconhecimento pela sociedade, existindo pessoas mais dignas que outras (sentido relativo da dignidade). Entretanto, não era reconhecida a dignidade dos escravos, por serem considerados objetos, nem no sentido relativo.

O reconhecimento da dignidade sofre influência religiosa, com contribuição do Papa São Leão Magno, que pronunciou que os homens têm dignidade por serem a imagem e semelhança de Deus, e do padre dominicano Tomás de Aquino, influenciado pela definição criada por Anício Manlio Severino Boécio - que dizia ser a pessoa uma substância individual de natureza racional -, que criou a expressão “*dignitas humana*”.

Por meio dos autores Hugo Grócio, Thomas Hobbes e Samuel Pufendorf, nos séculos XVII e XVIII, com o desenvolvimento do jusnaturalismo, a ideia de dignidade humana passou por um processo de racionalização e laicização. Entretanto, foi do pensamento do filósofo Immanuel Kant, especificamente ao dizer que tudo tem um preço ou uma dignidade, se desenvolveram as atuais bases da dignidade humana.

Hodiernamente, com o pós-positivismo e a teoria dos direitos fundamentais, a doutrina vem adotando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico-político que representa o Estado Constitucional de Direito, em que o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana tornou-se uma verdadeira fórmula de justiça substancial, passível de ser invocada concretamente pelos titulares de direito.

A dignidade é um atributo inerente a pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável. Então a dignidade pode ser reconhecida, respeitada, promovida e tutelada mas, é bom salientar, que jamais será criada, concedida ou retirada, entretanto pode ser violada.

O princípio da “dignidade da pessoa humana” é uma norma abstrata, que não possui um conceito sólido assim, geralmente, somente no caso concreto é possível se averiguar se houve ou não violação a tal princípio. Não é possível delimitar o que está incluso na proteção da dignidade da pessoa pois não haveria como abarcar todas as situações presumíveis.

O princípio da dignidade da pessoa humana previsto na CRFB de 1988 é relativa a cada pessoa e não a dignidade da humanidade ou da coletividade, portanto o que pode violar a dignidade de um indivíduo pode não ser para outro. Por isso, é complicado conceituar “dignidade da pessoa humana” diante do risco de incluir algo que não é essencial a dignidade ou vice-versa, quer dizer, excluir algo que é essencial, desta forma poucos doutrinadores arriscam estabelecer um conceito.

Para melhor esclarecer, vale destacar o exemplo dos casos da transfusão de sangue nos adeptos da religião chamada de “Testemunhas de Jeová”. Para a maioria das pessoas, é algo aceitável e normal a transfusão de sangue mas para pessoas daquela religião, receber sangue de outro indivíduo viola a sua dignidade em razão das suas convicções religiosas.

Destacando que é um conceito que está sempre em processo de reconstrução, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 73) conceitua dignidade da pessoa humana:

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

Numa concepção jurídica, o indivíduo não é um ser abstrato, ou seja, tem características e peculiaridades próprias, e sua análise deve ser feita a partir da sua inserção no meio social. Como ensina Bobbio (1909, p. 63), os direitos do homem são um fenômeno social, frutos de outros fenômenos sociais, e o homem não pode ser visto em sua abstração, apenas como um ser genérico, mas em sua concretude, em suas diversas maneiras de ser na sociedade, seja como criança, velho, doente, etc.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana como o valor fundamental da sociedade, visa proteger não apenas a dignidade da coletividade mas também do próprio indivíduo, sendo um parâmetro de limitação do poder do Estado e proteção da pessoa nas relações privadas.

#### 4 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Dentre os vários sentidos da palavra “solidariedade”, podemos destacar esses significados: 1) é compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas; 2) sentimento de simpatia ou piedade pelos que sofrem; 3) manifestação desse sentimento, com o intuito de confortar ou ajudar; 3) cooperação ou assistência moral que se manifesta em certas circunstâncias; 4) estado ou condição de duas ou mais pessoas que dividem igualmente entre si as responsabilidades de uma ação, identidade de sentimentos, de ideias, de doutrinas.

A origem do termo “solidariedade” é derivada da expressão do direito romano, que estava relacionada a obrigação comunitária, isto é, as obrigações do indivíduo perante a coletividade à qual pertenciam e se beneficiavam.

O princípio da solidariedade vem insculpido no artigo 3º, da Constituição Federal, ao estabelecer que os objetivos da República Federativa do Brasil são: 1) construir uma sociedade livre, justa e solidária; 2) garantir o desenvolvimento nacional; 3) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e 4) promover o bem de todos.

Os direitos são exercidos em contextos sociais, onde ocorrem relações entre pessoas que pretendem viver em meio a outras. A junção dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade gera claramente uma oposição ao individualismo. O nosso ordenamento jurídico passa da proteção ao patrimônio para a tutela do indivíduo.

A solidariedade é um valor essencial à convivência coletiva, pois a conduta de um indivíduo repercute, ainda que indiretamente, sobre o outro. Desta forma, a solidariedade estaria relacionada com a proteção a dignidade humana, como um dever tanto do Estado quanto de todos os cidadãos. Como ensina Anderson Schreiber (2012, p. 52-53):

Há uma conscientização crescente e generalizada de que os indivíduos têm o dever de serem solidários, protegendo-se mutuamente. É sob esta lente solidária que o pensamento contemporâneo vê a dignidade humana, como dignidade de cada indivíduo em face também dos demais indivíduos (e não apenas do Estado), como igual dignidade de todas as pessoas, como igual dignidade social (*pari dignità sociale*).

A solidariedade se concretiza através de vários outros princípios e direitos, a exemplo da função social da propriedade, da seguridade social, dos direitos fundamentais sociais, a proteção especial a criança, ao adolescente e ao idoso, o meio ambiente equilibrado, etc. Os direitos de terceira geração são todos relacionados com a solidariedade.

A função social do contrato e o princípio da boa-fé que estabelecem o dever de cooperação e colaboração entre as partes contratantes mostram a solidariedade no âmbito das relações privadas.

A proteção especial ao idoso, a exemplo da fila exclusiva em estabelecimento é uma forma de solidariedade. A proteção especial a criança e ao adolescente é uma forma de solidariedade com pessoas

mais vulneráveis. O direito ao meio ambiente equilibrado, muito mais que proteger as pessoas agora, é uma forma de solidariedade com as futuras gerações.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é dever de todos, não só do Estado, pois a Constituição é um pacto axiológico de convivência coletiva, portanto estabelece objetivos que todo o povo almeja e adere tacitamente.

## 5 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DO PÓS-POSITIVISMO

O princípio, no Direito, tem vários focos de significados, dentre eles: 1) núcleo básico ou característica central de algo; 2) regra, guia, orientação ou indicação; 3) finalidade, objetivo, propósito ou meta; 4) origem ou causa geradora; 5) premissa, ou axioma, ou verdade teórica postulada como evidente; 6) sentido de verdade ética inquestionável; dentre outros.

Tendo a ordem jurídica uma base principiológica, são os princípios que orientam a interpretação e aplicação de todas as leis. Tornando incorreta qualquer interpretação da regra que gere contradição com os princípios. Quando couber de forma lógica mais de uma interpretação para determinada regra ou lei, prevalece a que melhor se adequar com os princípios.

Além disso, o princípio deixa de ser um elemento supletivo da norma e ganha caráter normativo de aplicação direta ao caso concreto. No pós-positivismo, os princípios têm fundamental importância para o Direito, conforme Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 113):

A alternativa pós-positivista para a materialização de um direito justo passa pelo uso adequado dos princípios jurídicos, como reguladores teleológicos e axiológicos da compreensão do direito, ao permitir o desenvolvimento de uma interpretação capaz de materializar as exigências contingentes de justiça.

O neoconstitucionalismo, expressão do pós-positivismo, tem a dignidade da pessoa humana como princípio supremo, pois além de ser passível sua invocação pelos titulares de direito, é orientador da ordem jurídica.

A Carta Magna representa um conjunto de valores edificados pelo povo, através de revoltas e revoluções, ao longo dos tempos, podendo ser considerada atualmente como um pacto axiológico de convivência coletiva. Desta forma, a Constituição Federal deixa de ser um simples manifesto político e passa a ostentar um patamar de norma jurídica fundamental e suprema.

A Constituição é uma expressão dos valores da sociedade, insculpidos na forma de princípios jurídicos, os quais devem ser diretamente aplicados como forma de realização da justiça. Dentro desse pacto axiológico, o princípio da dignidade da pessoa humana foi escolhido como pedra angular de estruturação, interpretação e aplicação do ordenamento jurídico brasileiro. Mais uma vez, cabe recorrer aos ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 127):

Com a valorização da principiologia constitucional pelo neoconstitucionalismo, torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo inegável tessitura axiológica e teleológica. A principiologia de cada Lei Fundamental se converte, assim, no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo.

Em relação a atuação do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico, ensina Luiz Edson Fachin (2006, p. 179-180) que:

A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.

A dignidade da pessoa humana é uma norma embasadora de todo o sistema constitucional, sendo projetada em todos os direitos fundamentais, ou seja, em cada direito fundamental se faz presente uma projeção deste princípio. Por exemplo, a dupla dimensão da tutela do direito à vida, em que deve ser protegida a existência do indivíduo e, também, uma vida com dignidade. Ou o direito fundamental à saúde, que não deve se basear apenas em estrutura mas, também, em assistência digna.

Contudo, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 143-144), refuta a ideia de que o princípio da dignidade humana seja o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Segundo o autor, “nem toda violação de um direito fundamental corresponde, ao mesmo tempo e necessariamente, a uma violação a dignidade humana...”, defendendo que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo relacionado à dignidade.

A dignidade da pessoa humana, com sua força normativa e superioridade axiológica e teleológica, tem uma dúplici dimensão: subjetiva e objetiva. Na sua dimensão objetiva, a dignidade da pessoa humana funciona como critério de interpretação, ou seja, tem uma eficácia hermenêutica, como explica Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 87):

A eficácia hermenêutica consiste na capacidade do princípio da dignidade da pessoa humana de orientar a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor tutele a ideia de existência digna no caso concreto.

A supremacia da Constituição é uma exigência do modelo de Estado democrático, já que sintetiza os valores e anseios da sociedade. Complementando esse ensinamento, cabe destacar as palavras de Alexandre de Moraes (2004, p. 47):

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente

exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

Então este princípio tem a função de dar unicidade de sentido às normas constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, toda a Constituição Federal ou leis (em sentido amplo) devem ser interpretadas de acordo com a dignidade da pessoa humana.

Na dimensão subjetiva, a dignidade da pessoa humana tem um *status* negativo, referente ao direito do indivíduo de resistir a uma intervenção estatal na sua esfera de liberdade, e um *status* positivo, referente a um dever do Estado de prestar condições mínimas de subsistência aos seus cidadãos.

O *status* positivo está relacionado aos direitos sociais, desta forma o indivíduo pode exigir determinada atuação por parte do Estado com o fim de melhorar sua condição de vida. Essa atuação pode ser através de prestações materiais, como oferecimento de bens ou serviços (educação, saúde, segurança pública, alimentos, etc.) ou através de prestações normativas (criação de normas).

A dignidade da pessoa humana é passível de ser invocada concretamente pelos titulares de direito, sendo um princípio supremo do ordenamento e, portanto, verdadeira fórmula de justiça substancial.

## 6 DIREITOS DE LIBERDADE

A liberdade geralmente é associada com as ideias de: 1) ir e vir de forma livre, sem empecilhos; 2) fazer o que bem entende, sem conseqüências; 3) exprimir livremente de acordo com sua vontade, sua consciência ou sua natureza; 4) não estar submetido a qualquer força constrangedora física ou moral; e 5) autonomia, independência ou soberania. Apesar dessas ideias relacionada à liberdade, não é assim que o ordenamento jurídico brasileiro a reconhece.

Segundo Dirley da Cunha Junior (2013, p. 670):

O direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determina-se conforme a sua própria consciência. Isto é, consiste num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade.

A CRFB reconheceu expressamente vários direitos de liberdade, dentre eles: 1) liberdade de locomoção; 2) liberdade de consciência, de crença e de religião; 3) liberdade de profissão e econômica; 4) liberdade de reunião; 5) liberdade de expressão, opinião e pensamento; 5) Liberdade de ação; 6) Liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; 7) Liberdade de informação; 8) Liberdade de associação; entre outras. Apesar da importância de todos os direitos de liberdade, será focado somente a liberdade de expressão, no sentido amplo, para não perder o foco do trabalho.

## 6.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão, no sentido amplo, é uma manifestação pública de ideias, opiniões, críticas, crenças, sentimentos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa. É possível dizer que nesse sentido amplo engloba as liberdades de consciência, de crença, de religião, de expressão (inclusive de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação), de opinião, e de informação.

No âmbito internacional, a liberdade de expressão foi amplamente garantida, como na Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 19)<sup>1</sup>, na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 10), na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13), na Carta Africana de Direitos Humanos (art. 9º), e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, promulgado no Brasil através do Decreto 592/92, o qual destacamos o artigo 19:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
  - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
  - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

A Constituição Federal ao reconhecer a liberdade de expressão como um direito fundamental, previsto no artigo 5º, visou a princípio proibir toda e qualquer forma de censura, seja por parte do Estado ou de terceiros. Cabe destacar algumas referências a essas liberdades na CRFB (1988):

- Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
  - VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
  - IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Facilmente se percebe que a liberdade de expressão está atrelada a outras liberdades, como de crença e de informação. Apesar de serem liberdades que estão previstas em incisos diferentes mas todas estão interligadas para permitir a ampla tutela da liberdade de expressão.

A liberdade de informação corresponde ao direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro corresponde ao direito de transmitir informação pelos meios de

<sup>1</sup> Artigo 19 - Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

comunicação. O segundo refere-se a faculdade da pessoa em buscar as informações que pretende sem obstáculo e, por último, o direito de ser mantido completamente e adequadamente informado.

A princípio, toda e qualquer ideia num Estado democrático deve ser amparada sob o aspecto da liberdade de expressão, permitindo-se a ampla discussão sobre os mais variados temas, ainda que toquem em questões sensíveis ou sejam radicais. Não seria liberdade se existisse apenas para proteger as expressões que estão de acordo com a maioria.

A liberdade de expressão é um direito fundamental mas não é um direito absoluto, ainda que se possa expressar ideias que desagradem ou choquem uma maioria. Existem outros direitos fundamentais que a liberdade de expressão pode colidir em casos concretos, como o direito a imagem, a honra, a igualdade, dentre outros. Cabe frisar a proibição de discriminação e racismo, previsto no artigo 5º da CRFB (1988), pode colidir com o direito de expressão:

XXI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;  
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

A lei infraconstitucional também estabelece limites a liberdade de expressão ou opinião, podemos citar, por exemplo: 1) O artigo 287 do Código Penal (BRASIL, 1940) que trata da proibição de apologia ao crime; e 2) O artigo 22 da Lei nº 7.170/83 (BRASIL, 1983) com a proibição de propaganda de guerra ou de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social.

Portanto, a liberdade de expressão não serve apenas para tutelar as opiniões, expressões, crenças e religiões defendidas pela maioria, mas também as da minoria, bem como ideias que chocam ou que agridem. A questão é: até onde é legítima essa expressão que choca ou agride?

## 6.2 HATE SPEECH

A liberdade de expressão quando utilizada como manifestação de ódio, desprezo ou intolerância contra grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental, orientação sexual, dentre outros, é chamada no Direito Comparado de “hate speech”, também conhecido no ordenamento jurídico brasileiro como discurso de ódio.

A título de comparação, cabe destacar que nos Estados Unidos a liberdade de expressão foi incorporada a Constituição em 1791, por ocasião da aprovação da 1ª Emenda (“Amendment I”), estabelecendo:

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or

the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”<sup>2</sup>

Desta forma, inseriu-se na Constituição dos Estados Unidos uma oposição a restrição da liberdade de expressão, proibindo a criação de leis que a limitem. Muitos norte-americanos defendem ser a liberdade de expressão um direito absoluto, em razão da “Amendment I”. Ainda assim, defendem a limitação desse direito em casos excepcionais quando interferem na vida social, como um falso grito de socorro ou atos de obscenidade.

Entretanto, somente após a 1ª Guerra Mundial que este direito passou a ser efetivamente invocado perante o Judiciário norte-americano, a exemplo do caso *Brandenburg vs. Ohio* (395 U.S. 444 – 1969), em que a Suprema Corte dos Estados Unidos absolveu o líder da Ku Klux Klan (KKK) pelo delito de apologia ao crime (*criminal syndicalism*). No caso, Brandenburg organizou e promoveu um encontro da KKK com um repórter, que transmitiu ao público, pela televisão, a reunião do grupo e o ritual de queimar cruzeiros e proferir palavras de ordem contra negro e judeus.

A Suprema Corte entendeu que a defesa de ideias racistas é protegida pela liberdade de expressão, mas a incitação à prática de atos violentos não é. Esse entendimento foi ratificado inclusive quando o Judiciário norte-americano permitiu uma passeata do Partido Nacional-Socialista da América, com as pessoas trajando uniformes nazistas e portando bandeiras com suásticas, que ocorreu em Chicago, sob proteção policial (*Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 – 1978).

Assim a única restrição permitida pela Suprema Corte seria quando as manifestações pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência (*fighting words*). Entretanto, nesse caso, a proteção não é a vítima do discurso mas a garantia da ordem e da paz pública. Mesmo na doutrina de *fighting words*, já houve entendimento de sua relativização, como no caso *R.A.V. vs. City of St. Paul* (505 U.S. 377 – 1992), em que a Corte foi favorável a manifestações de racismo e entendeu que o estado não pode proibir o *fighting words* de forma parcial, ou seja, não pode proibir quando atinge apenas determinadas ideias ou concepções repudiadas pela maioria.

Portanto, o entendimento que se firmou na Suprema Corte Norte-Americana é no sentido de que não se pode restringir ou limitar a liberdade de expressão, ainda que sejam discursos de ódio contra minorias, devendo o Estado adotar uma postura de neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade.

Como já visto, no âmbito internacional a liberdade de expressão é amplamente valorizada e reconhecida mas, quanto ao *hate speech*, o posicionamento das organizações internacionais é contra qualquer forma de ataque contra minorias estigmatizadas. A exemplo do artigo 19 do Pacto Internacional sobre

2 “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”. (tradução livre do autor)

Direitos Cívicos e Políticos, que prevê a liberdade de expressão de forma que pode ser restringida, ou seja, como um direito relativo, especialmente para garantir o respeito dos direitos e da reputação das pessoas.

Do mesmo modo, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos reconhece e relativiza a liberdade de expressão, no artigo 10<sup>3</sup>, estabelecendo que não pode ser utilizada para a violação da honra ou dos direitos de terceiros. O Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial é o que melhor trata dessa questão:

Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, *inter alia*:

- a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades;
- c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

Desta forma, no âmbito internacional, a posição adotada nos vários tratados reconhece o direito à liberdade de expressão como integrante do rol de direitos humanos mas, nem por isso, o reconhece como direito absoluto pois prevê a possibilidade de restrição desse direito e obviamente não ampara o *hate speech*. Inclusive, o Brasil é signatário dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o que já permite ter uma ideia de seu posicionamento sobre o tema.

No ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade de expressão também não é um direito absoluto, a própria Constituição Federal estabeleceu limites, quando impõe a inviolabilidade da intimidade, da vida

---

3 Artigo 10.º (Liberdade de expressão)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial

privada, da honra, da imagem, ou quando estabelece objetivos a serem seguidos por todos, no artigo 3º: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Dentre outros limites previstos na CRFB ao direito de liberdade de expressão, cabe destacar a previsão do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), da proibição da discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), e do reconhecimento do crime de racismo (art. 5º XLII). Determinados atos considerados como liberdade de expressão, no caso concreto, podem se chocar com outros direitos fundamentais ou princípios e valores contidos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal.

Tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo o qual tais direitos não obrigam e vinculam apenas ao Estado de forma vertical, mas também os particulares entre si. Se a Constituição pode ser considerada um pacto axiológico de convivência coletiva então todos estão vinculados ao que ali preceitua.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Os fundamentos de um Estado são as vigas mestras sobre o qual todo ele se desenvolve. Isto quer dizer que o Estado será estruturado em derredor da proteção da pessoa, rompendo com o modelo patrimonialista de ordem jurídica.

Se o direito à vida tem como patamar a dignidade da pessoa humana, então este direito tem dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de permanecer vivo e a outra ao direito de ter uma vida digna. Apesar do caráter plural da CRFB, todos os direitos fundamentais devem ser correlacionados com o princípio da dignidade humana, pois é neste princípio que repousa a unicidade de sentido da Constituição. Assim, no caso de colisão de direitos fundamentais, deve-se utilizar a dignidade humana como elemento balizador e equalizador dos interesses em conflito, com o fim de solucionar a questão.

O *hate speech* ou discurso de ódio produzem no grupo, ou até mesmo no indivíduo, atingido pela declaração, uma ofensa não amparada pela Constituição Federal, ainda que albergada pela liberdade de expressão mas de forma abusiva. Um discurso preconceituoso ofende a dignidade moral e a honra do sujeito atingido, violando os direitos de personalidade. Desta forma, limitar o direito à liberdade de expressão do interlocutor é preservar a dignidade de um indivíduo ou grupo.

A dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer quando em conflito com outros princípios ou direitos, mesmo que fundamentais. Ou, ainda, quando a colisão for entre duas normas, deve prevalecer sempre, no caso concreto, a que quando suprimida venha a violar diretamente a dignidade da pessoa humana. Assim, entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, este deve prevalecer perante aquele, pois suprimi-los irá afetar diretamente a dignidade do indivíduo.

Se fala muito, atualmente, em discurso de ódio, principalmente nas redes sociais, sem realmente saber se houve no caso uma manifestação legítima de expressão ou um *hate speech*. Nem toda crítica ou

nem todo discurso contrário a ideias, seja de uma maioria ou de uma minoria, pode ser classificada como discurso de ódio.

As expressões da moda a quem geralmente diverge de um discurso de determinados grupos são: homofóbico, fascista, coxinha, racista e opressor. Esses grupos sociais geralmente se auto classificam como “oprimidos” e quem tem ideias contrárias as suas ganham rótulos.

A título de exemplo, sem entrar no mérito da questão, muitas pessoas não são a favor das cotas raciais, inclusive negros, e por isso são consideradas como racistas ou “como contra os negros”. Do mesmo modo, muitas pessoas rejeitam o feminismo, inclusive mulheres, mas se alguém ficar contra as ideias do feminismo, serão taxados de “contra as mulheres”.

Dentro da questão de “oprimido” e “opressor”, criou-se a ideia de que este pode proferir discurso de ódio em face daquele mas não o contrário, ou seja, o oprimido pode proferir discursos que atentem a dignidade de outro grupo, denominado opressor. A exemplo dos grupos feministas que difundem a ideia da misandria, que é o “ódio aos homens”.

O *hate speech* não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente da pessoa ou grupo que profere o discurso, ou seja, visando a proteção da dignidade humana, não é tutelado o discurso de ódio de uma minoria, mesmo que seja discriminada e à margem da sociedade, contra uma maioria, ou vice-versa.

### 6.3 O POSICIONAMENTO DO STF ACERCA DO *HATE SPEECH*

O caso paradigmático acerca do *hate speech*, ocorrido no Brasil, foi julgado pelo STF, em 2003, no HC 82.424, decorrente de uma obra do escritor gaúcho Siegfried Elwanger, em que o Ministério Público do Rio Grande do Sul conseguiu a condenação deste por crime de prática de racismo no Tribunal de Justiça, conduta esta tipificada no artigo 20 da Lei 7.716/89<sup>4</sup>.

As obras de Elwanger tinham cunho antisemita, apresentando sempre características negativas ao povo judeu, além de questionar a existência do holocausto, incitando a discriminação e o preconceito contra os judeus. Por isso, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de prática de racismo e impetrou um *habeas corpus* dirigido ao STJ, que foi denegado, e ao STF, onde o tema ganhou relevância.

A discussão no STF girou primeiramente na questão de que “povo judeu” não seria raça no sentido biológico-antropológico, pois a raça humana seria constituída apenas pela caucasiana, a negroide e a amarela. Se reconhecido dessa forma, a conduta estaria tipificada de forma diferente, não se enquadrando como racismo mas como outra forma de preconceito e o crime estaria prescrito pois a imprescritibilidade é somente para o racismo.

---

<sup>4</sup> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa

O STF, no entanto, reconheceu o conceito de raça sob o prisma cultura, adotando a possibilidade de racismo contra o povo judeu. Superado o primeiro ponto, o STF passou a debater a questão da garantia constitucional da liberdade de expressão e a incidência do tipo penal de racismo sobre atos como de escrever e editar livros.

O entendimento da Corte foi de que deve prevalecer a igualdade racial e a dignidade humana das vítimas de manifestações racistas. Merece destaque o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao entender que “não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”. Da ementa do acórdão, cabe destacar alguns trechos apenas para não perder o foco:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. [...]

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. [...]

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não

pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. [...] (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

Diante do julgado apresentado, percebe-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da liberdade de expressão e do discurso de ódio, com uma orientação contrária ao *hate speech*, que vem sendo seguida pelos demais tribunais pátrios.

## 7 CONCLUSÃO

Com o pós-positivismo, a dignidade da pessoa humana ganhou um novo patamar no Direito, passou a ser um princípio alicerce de todo o ordenamento jurídico. Cabendo ao Estado e aos próprios cidadãos a proteção e o respeito a este princípio. A dignidade que a CRFB tutela não é apenas a coletiva mas, também, a de cada pessoa como indivíduo da sociedade. Então se deve ter respeito ao indivíduo numa concepção solidária, de acordo com os objetivos do próprio povo expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com as revoluções burguesas, se reconheceu o direito a não intervenção do Estado em determinadas “liberdades”, dentre elas, a liberdade de expressão. Assim, reconheceu-se no âmbito internacional o direito à liberdade de expressão, e que o Estado não deveria interferir em tal direito, exceto em alguns casos, já que não se trata de um direito absoluto.

Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é tida como um direito quase absoluto, pois permite-se manifestações de ódio e racismo, exceto quando tais discursos pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência (*fighting words*), nesse caso para garantir a ordem e a paz pública.

No âmbito internacional, a liberdade de expressão é valorizada e reconhecida em vários tratados entretanto, é colocada como um direito relativo, havendo determinadas limitações no intuito de afastar qualquer tutela ao *hate speech*, especialmente para garantir o respeito dos direitos e da reputação das pessoas.

No Brasil, a Constituição reconhece a liberdade de expressão como um direito fundamental, previsto no artigo 5º, e proíbe toda e qualquer forma de censura, seja por parte do Estado ou de terceiros, deste modo permitindo a ampla discussão sobre os mais variados temas, ainda que toquem em questões sensíveis ou sejam radicais.

Tanto a Constituição como a lei infraconstitucional estabeleceram limites a liberdade de expressão quando proibiram atos de discriminação, racismo, apologia ao crime, propaganda de guerra e de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social.

O *hate speech* gera uma ofensa não albergada pela Constituição Federal, ainda que dentro da liberdade de expressão, pois ofende a dignidade e a honra do sujeito ou grupo atingido, violando outros direitos fundamentais. Independente do grupo que profere o discurso de ódio, mesmo que seja de uma minoria discriminada e à margem da sociedade contra uma maioria, ou vice-versa, não há tutela da Constituição.

A decisão do STF, no caso *Elwanger*, reforça que o *hate speech* não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro pois a liberdade de expressão não é um direito absoluto, estando sujeita a limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

Diante de uma Constituição cidadã, que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, onde se prega como objetivo a construção de uma sociedade justa e solidária, em que a igualdade é um direito fundamental, jamais poderia ser tutelado um discurso de ódio.

## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIAS, Rita. (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado, 1940.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Brasília, DF: Senado, 1983.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.
- . Curso de Direito Constitucional. 7 ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- . Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à Luz do Novo Código Civil Brasileiro e da Constituição Federal. 2 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Cláudio Ari. Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 - Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Tutela Constitucional da Liberdade*. In: CRUZ, Alexandre (org.). *Ações Constitucionais*. Campinas: Millennium, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *O Poder Judiciário e o Papel de suas Instituições na Construção do Estado Democrático Brasileiro*. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís de Souza; PISANESCHI, Tatiane Crenn. *Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciário Brasileiro*. São Paulo: Oficina Editorial, maio/2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 9ª edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

—. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

SARMENTO, DANIEL. *A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil. O Direito Civil-Constitucional em Concreto*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

—. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Salvador: Juspodivm, 2009.

—. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate Speech e Liberdade de Expressão*. In: SCHREIBER, Anderson. (coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.