

HATE SPEECH VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Anna Carolina Sousa Lopes Carvalho

Oficial de Promotoria no Ministério Público do Paraná.
Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel-PR
Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela
Universidade Cândido Mendes-Rio de Janeiro-RJ.
E-mail: carol.slc@hotmail.com

Luciana Gabriel Chemim

Mestre em Processo Civil- UNIPAR.
Especialista em Processo Penal e Direito Penal pela UNICURITIBA.
Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná.
Professora da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Cascavel - UNIVEL.
Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da UNIVEL.
Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UNIVEL.

Recebido em: 17/10/2018

Aprovado em: 11/03/2019

RESUMO

A Liberdade de expressão é um direito constitucional amplamente difundido em nossa cultura e sua conquista foi arduamente batalhada. Não se faz distante os tempos nos quais a ditadura e a censura tornaram os frutos deste, armas contra seus próprios utilizadores. Hoje, percebe-se que tal direito por inúmeras vezes entra em conflito com outros princípios constitucionais. Não havendo hierarquia entre eles é preponderante que se utilize da técnica da ponderação para avaliar caso a caso o que é mais sensato nas referidas situações. O Discurso de Ódio, ou *Hate Speech*, não é algo novo, porém torna-se cada vez mais atual. É corriqueiro que tais discursos sejam banalizados e diminuídos como simples questões de opiniões, o que se torna perigoso, pois o ódio uma vez disseminado pode atingir patamares incalculáveis, como vários marcos históricos nos apontam. Cinge-se a analisar o instituto da liberdade de expressão, sua origem na Constituição Brasileira e disposições legais. Por meio da técnica da ponderação, vislumbrar seus limites e confrontamento de forma a perceber quando um discurso fere a liberdade e a honra de outrem, transformando-se em discurso de ódio. A metodologia de Abordagem aplicada na presente pesquisa é o dedutivo, pois a partir da relação entre enunciados básicos, denominadas premissas, tiram-se uma conclusão, ou seja, serão analisadas várias legislações e pensamentos doutrinários, apontando-se os mais adequados para aplicação ao caso concreto. Tem como base o procedimento monográfico, explorando-se a legislação, a doutrina e artigos, fazendo-se após, uma análise comparativa e dialética, dos pensamentos dos diversos estudiosos sobre o assunto. Os instrumentos utilizados no desenvolvimento deste trabalho caracterizam-se pelas pesquisas bibliográfica, documental e legislativa, e ainda, envolvem artigos de revista e internet, além de outros meios e técnicas de pesquisa direta e indireta. O que a presente pesquisa visa a discutir é até que ponto é legítima a contenção da Liberdade de Expressão e de que modo o Discurso de Ódio interfere na limitação deste princípio.

Palavra chave: Liberdade de expressão, Discurso de ódio, Técnica da ponderação

HATE SPEECH VERSUS FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACT

Freedom of expression is a constitutional right widely diffused in our culture and its conquest was hard fought. The times where dictatorship and censorship have made the fruits of this, weapons against its own users, are not far off. Today, it is perceived that this right by many times conflicts with other constitutional principles. If there is no hierarchy among them it is preponderant that we use the technique of weighting to evaluate case by case what is most sensible in such situations. The Hate Speech, or Hate Speech, is not something new, but it becomes more and more current. It is commonplace that such discourses should be trivialized and diminished as mere questions of opinion, which becomes dangerous, for hatred once widespread may reach untold levels, as various historical landmarks point to us. The institute of freedom of expression, its origin in the Brazilian Constitution and legal provisions, is analyzed. Through the technique of weighting, to glimpse its limits and confrontation in a way to perceive when one discourse hurts the freedom and honor of another, turning into discourse of hate. The Approach methodology applied in the present research is the deductive one, where, from the relation between basic statements, denominated premises, a conclusion is drawn, that is, several laws and doctrinal thoughts will be analyzed, pointing out the most suitable for application to the specific case. It is based on the monographic procedure, exploring legislation, doctrine and articles, making a comparative and dialectical analysis of the thoughts of various scholars on the subject. The instruments used in the development of this work are characterized by bibliographical, documentary and legislative research, as well as journal and internet articles, as well as other means and techniques of direct and indirect research. What the present research aims to discuss is the extent to which it is legitimate to contain Freedom of Expression and how the Hate Speech interferes with the limitation of this principle.

Keywords: Freedom of expression, Hate speech, Weighing technica

1 INTRODUÇÃO

A evolução social torna atitudes dantes suportadas e tomadas como aceitáveis em discursos eivados de preconceitos e incitação ao ódio.

A Liberdade de expressão é princípio basilar do Estado Democrático de direito, legitimada no artigo 5º da Constituição Pátria, mas por vezes este é suprimido e tem sua dimensão diminuída tanto pela doutrina, como pelo judiciário.

É consagrado desde primórdios tempos, quando filósofos e pensadores já enalteciam sua importância para a construção de uma sociedade livre e democrática, na qual seus cidadãos têm o direito de expressar suas ideias e defendê-las, sem por isso sofrer qualquer retaliação.

A história nos mostra, por diversas vezes, que a tentativa de suprimir e sufocar um pensamento, crença, ideologia ou qualquer manifestação, acarreta danos irreparáveis em uma comunidade. A defesa desse pilar torna-se, portanto, algo indispensável à manutenção de uma sociedade justa e igualitária.

Tornando a Liberdade de expressão um direito preferencial, esbarra-se no contraponto de sua exacerbação. Quais são seus limites? E estes devem existir? É, principalmente na tentativa de seu controle, que se percebe os problemas oriundos de sua extensão. Em uma visão clássica da doutrina, este deve ser mantido até que seu discurso se torne perigoso para a sociedade, teoria do “*clear and present danger*”¹. Em uma visão mais atual, a técnica da ponderação é o meio mais utilizado, para uma dosimetria dos princípios conflitantes, já que estes não obedecem a uma hierarquia.

O *Hate Speech*, discurso de ódio, é a verbalização de uma conduta preconceituosa, dirigida a uma classe, raça, etnia, ou qualquer grupo de minoria. É proferido sempre no sentido de ofender, desmerecer, instigar o ódio ao alvo pretendido.

O Discurso de Ódio não é algo novo no cenário mundial, acortinando-se nos dias atuais sob o manto da “questão de opinião”. Em algumas situações há a criminalização de tais ações, como os crimes de injúria, calúnia e difamação previstos pelo Código Penal, ou ainda nos crimes de racismo, porém em questões mais abertas e atuais não encontra respaldo específico.

O mundo foi atordoado por esse ponto e pôs-se a pensar sobre o assunto com o ataque sofrido a revista francesa Charlie Hebdo, para muitos, suas charges eram apenas sátiras de humor, para tantos outros Discursos de ódio. O ápice da discussão culminou em um ataque com várias vítimas e mais uma vez, o mundo se viu diante da discussão liberdade de expressão e discurso de ódio.

No Brasil, o tema veio à tona com as últimas eleições presidenciais. Candidatos proferiram ataques a classes específicas, como o caso do ex-candidato Levy Fidelix, bem como eleitores desferiram ataques contra outros usando a naturalidade destes com intuito de diminuí-los e ofendê-los.

O embate que o assunto provoca conclama o Direito a uma postura. De um lado tem-se um princípio basilar da nação que deve ser defendido, porém, não ilimitado precisa restar claro à sociedade suas margens e suas consequências ao ultrapassá-la.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Liberdade de Expressão, direito previsto pelo artigo 5º, IV da Constituição Federal, é oriunda de tempos primórdios, considerada pilar das sociedades ocidentais e democráticas, é difícil precisar seu surgimento. Foi tratada por filósofos como o alemão Hegel, na obra “Princípios

1

Princípio do Perigo Claro e Presente.

da Filosofia do Direito” no ano de 1821, e mesmo antes dele por Kant, Fichte e Schelling.

De forma mais contemporânea, pode-se observar sua evolução concomitante a formação dos estados norte-americanos que enaltecera a conquista das liberdades, sobremaneira à Liberdade de Expressão. É abordada na “Declaração dos Direitos” da Virgínia (1776), na “Declaração da Independência”, e na própria “Constituição Federal” dos Estados Unidos da América (EUA), de 1789.

Sarmiento (2009) ao abordar o tema esclarece que

Embora a garantia da liberdade de expressão tenha sido incorporada à Constituição norte-americana ainda em 1791, por ocasião da aprovação da 1ª Emenda, foi apenas no curso do século XX, após o fim da 1ª Guerra Mundial, que este direito começou a ser efetivamente protegido pelo Judiciário norte-americano (SARMENTO, 2009, p.4).

Perscruta-se que está intimamente ligada a um Estado Constitucional e aos direitos fundamentais, já tendo sido objeto da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” em 1789, que a trazia da seguinte forma,

Art. 11.º A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Mais tarde em 1948 foi referendada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que apresentou em seu artigo XIX o seguinte arcabouço,

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

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 amparou e protegeu explicitamente a Liberdade de expressão, porém, outrora, tal princípio já havia sido protegido mesmo que timidamente. A Constituição do império, 1824, teve por base a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” protegendo, portanto, direitos civis e políticos, entre eles a liberdade. Na Constituição de 1934, o tema “Liberdade de expressão” tomou mais corpo e foi expressamente recepcionado, todavia, com ressalvas a possibilidade de censura. Foi com a Constituição de 1967 e a emenda de 1969, que os maiores obstáculos foram impostos à liberdade. Como o texto constitucional era vago, o regime militar encontrou brechas para todo tipo de censura e controle da imprensa e da manifestação do pensamento.

Apenas em 1988, a nova Carta Magna respaldou amplamente os direitos fundamentais e pode dar abrigo às liberdades e ao início de um Estado Constitucional e Democrático. Trouxe em seu artigo 5º e incisos, o seguinte:

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;

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

No cenário atual, o dilema atinge novos patamares, não se discute mais a validade da livre manifestação de pensamento e sim sua amplitude. Doutrinadores lançaram-se à tentativa de entendimentos sobre o tema, discutindo se haveria diferença entre os incisos “IV” e “X” do artigo citado, quanto à “liberdade de expressão” e a “livre manifestação do pensamento”. Tavares (2012) elucida que após muito estudo, chegou-se à conclusão de que o primeiro abarca o segundo, dizendo que:

(...) liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar de sensações ou intuições com a ausência elementar da atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão (TAVARES, 2012, p.626).

José Afonso da Silva (1992) também abordou o tema ao concluir

A liberdade de expressão recai na difusão e manifestação do livre pensamento, abrangendo, portanto, os sentimentos e conhecimentos artísticos, intelectuais e científicos. Decorre, assim, da liberdade de pensar ou de opinião, que é o direito de alguém possuir convicções sobre ciência, religião, sem arte, política, dentre outros assuntos (SILVA, 1992, p.229).

Abarcando todos os institutos, deu-se uma maior abrangência a essa liberdade e é esta concepção que aqui se seguirá. Conforme Tavares (2012, p. 629) enquadra-se agora, não apenas um cenário individual de manifestação, mas também uma esfera coletiva, pois, ao se expressar, o indivíduo lança ideias, profere opiniões que confrontam com as opiniões e modos de pensar e viver de terceiros. Classifica na primeira, a liberdade de se formar, de não precisar se adequar a um modelo determinado e, na segunda, a de se comunicar, corroborando assim o ensinamento de Canotilho (1992, p.43) que apregoa que o direito de informação possui três variáveis: “o de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado”. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos também entende dessa forma,

Em sua dimensão individual, a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito a falar ou escrever, mas compreende também, inseparavelmente, o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número de destinatários. Quando a Convenção proclama que a liberdade de pensamento e de expressão compreende o direito a difundir informações e ideias “por qualquer... processo”, está destacando que a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de se expressar livremente. Daí a importância do regime jurídico aplicável à imprensa e ao status de quem se dedique profissionalmente a ela ² (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Para Alexy (2012, p.139) a dimensão individual pode levar a crença de um direito absoluto, e em não havendo hierarquia entre os direitos fundamentais não há que se considerar essa possibilidade.

Assim, embora a Liberdade de Expressão funcione como uma ponte entre os direitos fundamentais, interligando-os e respaldando-os não encontra esta supremacia em relação aos princípios ou direitos fundamentais.

2.1 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Suprema Corte Norte Americana, desponta como baluarte na proteção a Liberdade de Expressão e Imprensa, sua jurisprudência nos mostra uma evolução quanto à limitação deste direito, ponderando que este já foi tema que não levantava maiores debates. Apenas em 1917 no julgamento do caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47. 1918) que novos olhares se lançaram sobre o assunto, é aplicada então a teoria do “*clear and perfect danger*” (Princípio do Perigo Claro e Presente) pelo magistrado Oliver Holmes Jr., conforme nos detalha Sarmiento (2009). Essa teoria instituída pela jurisprudência norte-americana, sustentava que a Liberdade de expressão deveria ser mantida até que sua externalização se tornasse uma conduta perigosa, sobre a qual não se poderia, portanto, invocar a 1ª emenda. Em casos que se seguiram esse posicionamento foi mantido, até que a teoria da “Fairness Doctrine “ se instalou. Sarmiento (2009) explica que tal posicionamento começou a ser aplicado na década de 80 do século passado e foi criada pela FCC (Federal Communications Commission).

2

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça, 2014. (p.42)

A *fairness doctrine* foi criada pela FCC (Federal Communications Commission) agência reguladora norte-americana dedicada à área de comunicações eletrônicas – e consistia numa série de medidas que visavam a assegurar que as rádios e televisões destinassem uma boa parte da sua programação à cobertura de questões de interesse público, e que, nesta cobertura, oferecessem oportunidade para apresentação de pontos de vistas diversificados e conflitantes, visando, com isso, a proporcionar ao público o acesso a versões e opiniões variadas sobre temas relevantes para a coletividade (SARMENTO, 2009, p.6).

Em 1959 tal teoria passou a ingressar a Lei de Comunicações norte-americanas obrigando assim as emissoras a operarem visando o interesse público e dando oportunidade para discussão de temas públicos controversos. A “*fairness doctrine*” permitiu ainda, que se operasse direito de resposta às pessoas que se sentissem lesadas por alguma informação apresentada. Essa doutrina perdurou no sistema norte-americano até o ano de 1987 e foi invalidada pela própria FCC.

Muito embora o direito comparado e a jurisprudência norte-americana não sejam alvo deste trabalho, faz-se mister destacá-las, pois as duas correntes apresentam importância para a regulação da liberdade de expressão, bem como para o constitucionalismo brasileiro. Binenbojm (2006) apregoa que essa teoria exerceu influência sobre os artigos constitucionais (como o 5º V, IX e o 220 e seguintes) e, chega até a tratar o tema como “*fairness doctrine brasileira*”, explicando que sua adoção no Brasil é totalmente constitucional e crucial para controle dos excessos da expressão e comunicação social.

A Carta de 1988 erigiu um sistema de princípios e regras que, em última análise, reclamam a adoção de uma versão brasileira da *fairness doctrine*. Após uma análise do potencial democrático de institutos como o “direito de resposta” (art. 5º, V) e o “direito de acesso à informação” (art. 5º, XIV), e dos princípios que regem a comunicação social no país (art. 220 e segs.), concluir-se-á com um delineamento do alcance e limites do direito transindividual do público de ser adequadamente informado em sua relação dialógica com o direito individual das pessoas naturais ou legais à livre expressão (BINENBOJM, 2006, p.289).

Pelo exposto, verifica-se que a Constituição Federal Brasileira aborda em seu texto limitações à Liberdade de expressão, como o próprio artigo 5º, inciso X que diz que a honra, a intimidade, a vida e a imagem de uma pessoa são invioláveis, bem como o inciso IX que veda o anonimato. Neste último quesito vê-se claramente essa limitação como forma de conter abusos por quem profere um discurso, aplica-se aqui o princípio da bilateralidade atributiva do direito, em que todo aquele que tem o direito de externar uma opinião, possui por sua vez o dever de se identificar.

Quando ocorre o enfrentamento entre regras ou direitos com limitações previstas no texto legal, a solução é pacífica. O problema jurídico apresenta-se quando este Direito fundamental colide com outro direito fundamental ou, ainda, com algum princípio, aqui se faz necessário aplicar a técnica da ponderação, pautada pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade que serão tratadas mais adiante.

3 HATE SPEECH – DISCURSO DE ÓDIO

O *hate speech*, ou discurso de ódio, nasce do âmago social e está pautado por ofensas carregadas de preconceitos, de não aceitação do outro, quer por sua condição social, sexual, ideológica, ou outra posição. São manifestados em mensagens e expressões racistas, xenófobas, homofóbicas ou misóginas.

É a externalização de um sentimento, para Silva (2011, p.47), há dois elementos que o compõe: a discriminação e a externalidade, pois o ódio sem uma conduta externa que o represente é apenas uma ideia, e é inconcebível a intervenção jurídica em pensamentos. Essa incitação à violência manifesta, em qualquer de suas formas, é que deve ser contida.

Como já tratado a Constituição Federal alberga a Liberdade de Expressão como direito fundamental, protegendo-a e respaldando-a, conservando-a longe da censura ou licença, porém não pode ser considerada absoluta sob pena de macular demais direitos fundamentais, ou seja, sua exacerbação pode acarretar em um Discurso de Ódio que fere a Dignidade da pessoa humana. Mill (1991) defensor da liberdade apregoa que da mesma maneira que se defende a liberdade de opinião, deve-se também coibir o discurso pernicioso.

Não existe certeza absoluta, mas existe segurança, suficiente para os propósitos da vida humana. Podemos e devemos presumir a verdade da nossa opinião, para orientarmos a nossa conduta. Cabe a mesma presunção quando proibimos os maus de perverter a sociedade pela propagação de opiniões que encaramos como falsas e perniciosas (MILL, 1991, p.46).

A Dignidade da pessoa humana, aqui tomada pelo viés de Sarmiento (2009), pauta não apenas a limitação de atuação do estado, mas também seus deveres positivos que o compelem a agir e proteger a dignidade dos indivíduos. Projeta-se também nas relações privadas em que se fundamentam obrigações positivas e negativas para os indivíduos em face de seus pares. Argumenta ainda que, havendo colisão entre direitos fundamentais é esta quem operará como norte para a atuação do intérprete.

Conforme relatado, o Discurso de ódio se caracteriza pela incitação à violência a um grupo determinado, e é aqui que se concentra a diferença entre este e a discriminação. Ambos são gravosos, porém as consequências do primeiro são mais contundentes e danosas. Silva (2011) é categórica ao explicar o assunto

No caso do discurso odioso, vai-se além: é atacada a dignidade de todo um grupo social, não apenas a de um indivíduo. Mesmo que este indivíduo tenha sido diretamente atingido, aqueles que compartilham a característica ensejadora da discriminação, ao entrarem em contato com o discurso odioso, compartilham a situação de violação. Produz-se o que se chama de vitimização difusa. Não se afigura possível distinguir quem, nominal e numericamente, são as vítimas. Aquilo que se sabe é que há pessoas atingidas e que tal se dá por conta de seu pertencimento a um determinado grupo social (SILVA, 2011, p.5).

Por incitação entende-se a ação, quer seja executada pela palavra ou pelo ato, uma passeata, por exemplo, pode ser entendida como discurso de ódio.

O cenário europeu assim como as Nações Unidas condenam o *Hate Speech*, e toda forma de discriminação, tendo o assunto sido normatizado no artigo 4º da Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racional, que foi recepcionado pela legislação brasileira. Vejamos o que diz o artigo:

Artigo 4.º

Todos os Estados deverão tomar medidas efetivas para rever as políticas governamentais e outras políticas públicas e para revogar leis e regulamentos que tenham como consequência a criação e perpetuação da discriminação racial onde quer que ela ainda exista. Deverão aprovar legislação que proíba tal discriminação e adaptar todas as medidas adequadas para combater os preconceitos que dão origem à discriminação racial.

Não é unânime, mas há teorias que sustentam a proteção ao Discurso de Ódio, são correntes que acreditam na máxima proteção a Liberdade de Expressão e de opinião. Justamente por essa ausência de consenso Knechtle (2008, p.2 apud Ribeiro 2012, p.18) discorre sobre o tema entendendo que existem 3 vias de tratamento do Discurso de Ódio, uma que restringe a liberdade de expressão, outra que a mantém sob qualquer hipótese e a última que restringe o discurso de ódio em determinados casos.

(...)a regulação do discurso do ódio é realizada com vistas em três campos filosóficos distintos: um que defende a restrição da liberdade de expressão nos casos do discurso do ódio, de forma a proteger a dignidade de determinadas pessoas ou grupos minoritários tradicionalmente desfavorecidos; outro que defende a proteção do indivíduo livremente falar, exteriorizando o ódio, em face da proteção do grupo; e por fim correntes ponderadas que defendem que o discurso do ódio deve ser restringido em determinados casos e situações, tendo em vista critérios específicos (KNECHTLE, 2008, p.2 apud RIBEIRO 2012, p.18).

O mundo se vê diante de situações de propagação de ódio extremo. O caso mais recente no plano globalizado foi o ataque à revista Francesa “Charlie Hebdo” que fez ressurgir o assunto. As charges confeccionadas eram tidas por muitos como sátiras de humor, enquanto para outros como manifestações de ódio contra uma religião. Culminou em um ataque sangrento e

desproporcional, no qual a religião foi o plano de fundo.

No Brasil a discussão sempre se descortinou com a homofobia, em relação à orientação sexual, o tema torna-se crescente, ao ponto de a discussão sobre a criminalização da mesma ser tópico amplamente discutido. De acordo com o que nos aponta Lopes (2008).

Ordinariamente compreendida como raiva extrema ou reação temerosa contra homossexuais, a homofobia supostamente se baseia na crença de que a homossexualidade corromperia uma ordem moral e sexual naturalizada promovendo a decadência legal, política e ética de uma sociedade. É indubitável a efetiva existência de preconceito em torno da homossexualidade (LOPES, 2008, p.3053).

Seguindo ainda a linha do *Hate Speech* relacionado à orientação sexual, vários temas surgem como a união homoafetiva, a adoção entre casais do mesmo sexo, todos eles quando discutidos sobre a ótica do discurso de ódio, são sem são, sem dúvida, embasados por um plano de fundo de preconceito.

Este foi o prisma inicial, porém, atualmente vê-se claramente o discurso de ódio proferido contra opções político-partidárias, naturalidade e até xenófobas serem mais abertamente discutidas no plano nacional.

Na jurisprudência nacional o caso Ellwanger (que será apresentado oportunamente) discutido no habeas corpus 82.424/RS, representa um grande marco jurídico.

Ainda hoje, procura-se dar menor relevância ao tema desvirtuando o assunto, tratando-o como simples ensejo de opinião, mas o discurso de ódio pode tomar grandes proporções principalmente quando tem a imprensa como válvula propulsora.

No caso do ex-candidato à presidência Levy Fidelix, em debate a rede Record, proferiu ataques de ódio violentos aos homossexuais declarando que “aparelho excretor não reproduz”, chegando a comparar a homossexualidade à pedofilia. Essa situação poderia ser comparada ao clássico caso da jurisprudência norte-americana *Beauharnais vs. Illinois*, de 1952, no qual um indivíduo de origem branca conclamava a seus pares para insurgirem contra os negros, acusando estes de serem responsáveis por estupros, roubos e outros crimes. Há entre os dois casos um lastro temporal significativo, porém o preconceito permanece.

Morena (2015) aduz que,

Esse tipo de discurso de espectro negativo, cujo escopo é exteriorizar ou incitar o ódio, encorajando a prática da violência, da humilhação, da hostilização e da discriminação de grupos de pessoas em razão de sua orientação sexual não deve, em hipótese alguma, ser protegido sob o manto da garantia constitucional da liberdade de expressão (MORENA, 2015, p.01).

Muitos são os exemplos que se descortinam no cenário nacional, evidenciando que o tema merece um olhar mais atento e devendo, portanto, a discussão vir à tona no plano do Direito para

que medidas coercitivas sejam implementadas.

A discussão sobre a contenção do Discurso de ódio deve prosperar, sem que seja suplantada a liberdade de expressão, pois a existência desta é norte para uma sociedade democrática e livre.

4 CASOS CONCRETOS

Muito embora o Direito Comparado não seja o alvo de estudo deste trabalho, faz-se mister ressaltar que o direito norte-americano foi precursor no tratamento do *Hate Speech* e tem hoje uma nação que apresenta a Liberdade de Expressão como o direito fundamental mais valorizado. (SARMENTO, 2009.)

A história jurídica nos relata que o primeiro caso tratado naquela corte foi *Beauharnais versus Illinois*, em 1952, quando se decidiu pela supressão da Liberdade de Expressão, mantendo a legislação de Illinois que criminalizava a distribuição de panfletos com conteúdo discriminatório contra certos grupos. A decisão desse caso não se manteve como regra, a vasta maioria que sobreveio a esta obteve a manutenção da Liberdade de expressão, e a aceitação do *Hate Speech*. No Brasil o caso *Ellwanger* foi o precursor do assunto. O julgamento do Habeas Corpus 82824/RS trouxe a plano a questão até então adormecida no Direito Pátrio. O julgamento teve início em 2002 e culminou em um acórdão de 272 páginas. Siegfried Ellwanger Castan foi denunciado a 9ª Vara de Porto Alegre/RS pelo crime de racismo, acusado de escrever, publicar e divulgar livros com conteúdo antissemita. Obtendo absolvição em primeira instância, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que atribuiu pena de dois anos de reclusão. A defesa impetrou então habeas corpus ao Superior Tribunal de Justiça que denegou o pedido, chegando o caso então ao Supremo Tribunal Federal.

Na corte dois prismas foram analisados, a suposta colisão entre Liberdade de Expressão e dignidade da pessoa humana e os limites do significado de racismo. O HC foi novamente denegado, e a decisão contou com a utilização da ponderação entre os direitos fundamentais, entendeu-se aqui que a Liberdade de Expressão não autoriza o racismo. Os votos não foram unânimes, o que para Streck (2014, p.60) acabou por demonstrar uma discrepância na decisão, para ele ainda, a ponderação utilizada está longe da “formula original” alexyana. “Na verdade, o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta a discricionariedade.” (STRECK, 2014, p.60).

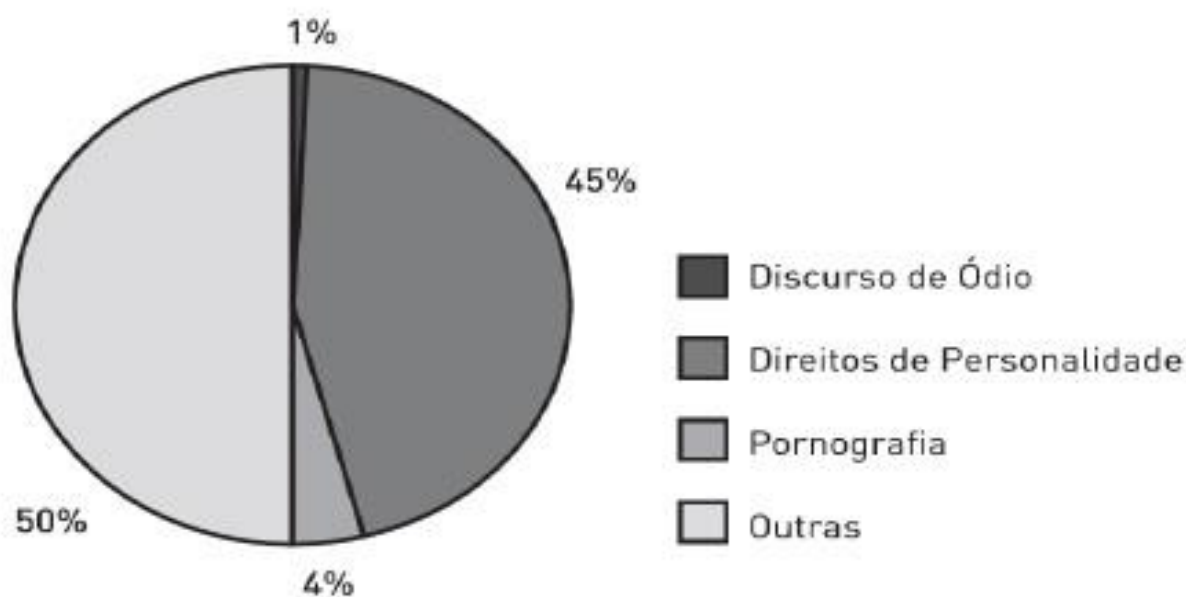
Sarmento (2009) diz que embora alguns constitucionalistas tenham criticado a metodologia utilizada, não houve crítica ao resultado alcançado, “de banimento e criminalização das manifestações de racismo”. Há forte consenso contrário à proteção constitucional do *hate*

CARVALHO, A. C. S. L.; CHEMIM, L.G. Hate Speech Versus Freedom of Expression *speech*.

Em um cenário mais atual o discurso de ódio é facilmente encontrado no mundo virtual, proferido incessantemente nas redes sociais. A facilidade do anonimato faz com que esse incitamento ao ódio cresça vertiginosamente.

Silva (2011, p.8) apresentou em seu trabalho “Discurso de Ódio em redes sociais”, um quantitativo de casos envolvendo o Discurso de Ódio nesses meios. Até o ano de 2011, representavam 1% das decisões dos Tribunais pesquisados, porém, esclarece que o número poderia ser mais vultuoso, pois alguns casos tratam do assunto sem mencionar diretamente a expressão “Discurso de Ódio, ou *Hate Speech*”. Com a demonstração pelo gráfico fica mais clara observação:

GRÁFICO 1:
Total de julgados encontrados (TJ, TRF, STJ, STF)



a

(SILVA, 2011, p.5)

Silva (2011) elenca como marco no assunto, o julgamento da apelação criminal 20050110767016APR pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. No ano de 2009 o referido Tribunal julgou o caso do então estudante, Marcelo Valle que desferiu ataques a outros estudantes que utilizavam o sistema de cotas raciais para ingresso nas Universidades. O discurso foi proferido da seguinte forma:

Os caras [os adeptos do nazismo] pelo menos pagam pau pros europeus que são uma das nações mais desenvolvidas do mundo e Adolf Hitler, que, sem dúvida, foi um grande homem pra história e pro seu país pq queiram ou não, o cara tirou a Alemanha da miséria. e vocês, ficam aí, pagando pau da África, aquele bando de macacos subdesenvolvidos, querendo atribuir valor a essa cultura negra que só tem músicas sem sentido e toscas que não fazem mais que promover orgias sexuais... preto no céu é urubu, preto correndo é ladrão, preto parado é bosta. Qual a diferença entre o preto e o câncer: o câncer evolui!... já não basta preto roubando dinheiro. Agora ele também rouba vaga nas universidades... o que mais vai roubar depois? (DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, Tribunal de Justiça, 2009).

Marcelo foi absolvido em primeira instância, porém, condenado pelo Tribunal, donde se desprende o voto do Desembargador Roberval Casemiro Belinati,

Marcelo tem, constitucionalmente, o direito de se manifestar contrariamente a um sistema de cotas que utiliza como critério para o acesso a vagas em universidades públicas a raça do indivíduo. No entanto, **em que pese a Constituição Federal assegurar o direito à livre manifestação do pensamento, esse direito não pode ser utilizado para acobertar a prática de conduta criminosa.** Com efeito, está estabelecido no próprio art. 5º da Constituição Federal, inciso XLII, que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. Dessa forma, caso uma manifestação seja racista, não há que se falar em liberdade de expressão, uma vez que esta conduta é criminosa, apta, portanto, a ensejar a responsabilização criminal de seu autor (DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, Tribunal de Justiça, 2009)(grifo nosso).

Embora, neste caso em comento não tenha a decisão aplicado o *Hate Speech* e sim a limitação da Liberdade de Expressão frente ao racismo, percebe-se em suas palavras o incitamento ao ódio a um grupo determinado. Silva (2011, p.16) afirma esse incitamento ao ódio, ponderando que se encontra nas palavras de Marcelo “a dupla face do discurso de ódio: o insulto e a incitação”.

No que tange ao insulto, está claro que Marcelo Mello despiu completamente a coletividade negra de sua dignidade, começando pela maneira como se refere a eles: "macacos". Não reconheceu o negro como sujeito igual a ele. Subestimou sua capacidade intelectual, tratando-o como analfabeto ou, no mínimo, intelectualmente menos capaz que o branco. Desrespeitou a cultura negra, referindo-se a ela como algo puramente animalesco, de menor valor, se comparada à europeia. Desses elementos tem-se a discriminação.

Do ponto de vista da incitação, percebe-se que Marcelo Mello utilizou certa lógica persuasiva (deturpada, mas ainda assim, lógica) em suas estruturas discursivas. Baseando-se no tema das cotas em universidades públicas, Marcelo construiu uma situação de antagonismo entre o negro, considerado "ladrão de vagas universitárias", ingressante sem qualquer mérito ou capacidade, e o branco, vítima das novas medidas de ingresso, que deve sempre contar com seus próprios e esmerados esforços para atingir o ensino superior (SILVA, 2011, p.16).

Não bastando o ocorrido em 2009, no ano de 2012, Marcelo foi preso novamente, (REVISTA INFO, 2015) dessa vez, por manter a página na internet www.silviokoerich.org, que fazia claro incitamento ao ódio contra negros, judeus, mulheres, nordestinos e homossexuais.

Um dos objetivos da página, afirmado por Marcelo, era o de reunir pessoas com as mesmas ideias e promover ataques a homossexuais.

Atualmente, verificamos a incidência do tema fora do âmbito virtual e em uma crescente vertiginosa. O processo eleitoral de 2014 desencadeou uma série de situações nas quais o Discurso de Ódio foi proferido, o mais notório ocorreu com o então candidato a presidente da república Levy Fidelix. Em 28 de setembro do referido ano, em debate proporcionado pela Tv Record, a então candidata do Psol Luciana Genro discorreu sobre as dificuldades a que a comunidade LGBT enfrenta cotidianamente, provocadas sobretudo pelo preconceito e homofobia. Ao indagar Levy sobre o motivo pelo qual o candidato não aprovava o casamento entre pessoas do mesmo sexo, este respondeu com as seguintes palavras:

Aparelho excretor não reproduz (...) Como é que pode um pai de família, um avô ficar aqui escorado porque tem medo de perder voto? Prefiro não ter esses votos, mas ser um pai, um avô que tem vergonha na cara, que instrua seu filho, que instrua seu neto", afirmou. "Vamos acabar com essa historinha. Eu vi agora o santo padre, o papa, expurgar, fez muito bem, do Vaticano, um pedófilo. Está certo! Nós tratamos a vida toda com a religiosidade para que nossos filhos possam encontrar realmente um bom caminho familiar (UOL, 2015).

Não obstante continuou com as ofensas, incitando um levante de heterossexuais contra homossexuais:

Luciana, você já imaginou? O Brasil tem 200 milhões de habitantes, daqui a pouquinho vai reduzir para 100 [milhões]. Vai para a avenida Paulista, anda lá e vê. É feio o negócio, né? Então, gente, vamos ter coragem, nós somos maioria, vamos enfrentar essa minoria. Vamos enfrentá-los. Não tenha medo de dizer que sou pai, uma mãe, vovô, e o mais importante, é que esses que têm esses problemas realmente sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas bem longe da gente, bem longe mesmo porque aqui não dá (UOL, 2015).

A Defensoria pública do estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra Levy, e este é condenado em primeira instância ao pagamento de indenização no aporte de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). A magistrada Flávia Poyares Miranda foi contundente ao afirmar que se tratava de Discurso de Ódio

O candidato ultrapassou os limites da liberdade de expressão, incidindo em discurso de ódio, pregando a segregação do grupo LGBT. Não se nega o direito do candidato em expressar sua opinião, contudo, o mesmo empregou palavras extremamente hostis e infelizes a pessoas que também são seres humanos e merecem todo o respeito da sociedade, devendo ser observado o princípio da igualdade (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2014)(grifo nosso).

Em contrapartida, no ano de 2014, o STF decidiu pelo não recebimento de denúncia contra parlamentar por entender que a conduta praticada por este era atípica na legislação brasileira. No caso, o deputado federal Marco Antônio Feliciano desferiu ataques contra homossexuais na rede social, Twitter, foi então oferecida denúncia a este por suposta prática do crime previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de 1 a 3 anos e multa. ”

A conduta daquele se resumiu ao seguinte discurso: - “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição”. (STF, Inq. 3590-DF). O deputado se defendeu alegando que suas palavras eram apenas simples interpretação teleológica da Bíblia.

Com a resposta de folha 90 a 99, o envolvido aduz a inépcia da denúncia. Diz da ausência de justa causa para o acolhimento. Relata a ocorrência de perseguição decorrente de simples interpretação teleológica da Bíblia, a que foi conferida conotação errônea e maliciosa. Informa ter o Conselho de Ética da Câmara dos Deputados encaminhado ao Presidente daquela Casa, à época da veiculação, “denúncia” oferecida por Diego Amorim e formalizada pela Ouvidoria da Secretaria de Promoção de Igualdade Racial – SEPRIR/PR – Processo Administrativo nº 00041.000316/2011-86, a qual não prosperou. Transcreve trecho da Bíblia, além de fazer observações de cunho religioso. Nega a existência de caráter discriminatório atinente à publicação. Defende haver vinculação entre a manifestação externalizada no Twitter e o desempenho do mandato parlamentar, considerada a representação dos interesses dos eleitores que o elegeram, a ensejar a incidência da imunidade material. Evoca jurisprudência. Alude à liberdade de expressão. Sustenta a atipicidade da conduta, ante a falta de tipo incriminador da prática, induzimento ou incitação à discriminação sexual, tendo o legislador previsto, no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, apenas a de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Postula a rejeição da denúncia (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014).

O Supremo, sob o voto do Ministro relator Marco Aurélio, entendeu que a atitude não se enquadrava no crime relatado, tão pouco era tipificada pela legislação, rejeitando assim a denúncia.

Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º. Ante esse fato, deixo de receber a denúncia, fazendo-o com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, a revelar que, não constituindo o fato infração penal, dá-se a absolvição do réu, o que, nesta fase, sugere a simples ausência de instauração da ação penal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014).

O também ministro Luíz Roberto Barroso reforçou o voto e foi além ao dizer da inexistência de penalização ao *Hate Speech* no Brasil

E com as ideias subjacentes à manifestação de Sua Excelência eu estou inteiramente de acordo, até porque a frase que antecedeu esta que já é, por si, muito ruim - "A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição" -, era: "Sendo possivelmente o 1º Ato de homossexualismo da história, a maldição de Noé sobre Canaã toca seus descendentes diretos, os africanos". Eu me lembro sempre de uma passagem do Freud, que dizia que por trás de toda interdição existe um desejo, portanto acho que essas são manifestações extremamente problemáticas do ponto de vista do seu conteúdo. Acho que é um comentário preconceituoso, é um comentário de mau gosto e extremamente infeliz. Porém, **penso também que a liberdade de expressão não existe para proteger apenas aquilo que seja humanista, aquilo que seja de bom gosto ou aquilo que seja inspirado. Na frase feliz de Rosa de Luxemburgo, a liberdade de expressão é aquela que protege os nossos adversários, é aquela que protege quem pensa diferentemente de nós.** De modo que, no plano das ideias, eu diria que o desvalor da proposição aqui em discussão ultrapassa todos os limites do erro, mas, a meu ver, não ingressa na esfera do crime. Até porque, como Vossa Excelência observou, Ministro Marco Aurélio, a tipificação do art. 20 da lei nº 7.716, desde a sua ementa, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e, em seguida, o art. 20, numa tipificação estrita como próprio, também se refere a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. **Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe.** Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita. De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia. (Inq. 3590-DF. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014).

Embora os ministros tenham optado pelo não recebimento da denúncia, deixaram claro a reprovabilidade da conduta, talvez, e aqui toma-se a liberdade para apenas conjecturar, o pedido pudesse ter sido atendido se a exordial o tivesse classificado de maneira diversa da adotada.

Percebe-se pelos casos em comento, que não há que se falar ainda em uma uniformidade na aceitação da limitação do Discurso de Ódio, pelos julgadores. Desprende-se das decisões que muitas vezes ele é sequer aceito como instituto balizado pelo direito, devendo, portanto, ser regulamentado para que haja segurança jurídica.

5 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

O Estado Constitucional é pautado pela difusão dos direitos fundamentais, sobretudo pelas liberdades individuais conquistadas arduamente no processo histórico. O estado pátrio admite o uso das leis e princípios nas decisões jurídicas, e deve ocorrer à correta aplicação e interpretação entre eles.

O método tradicional da aplicação do direito é o subsuntivo, que Barroso (2008) explica

como a adequação do fato concreto à norma.

Um típico operador jurídico formado na tradição romano-germânica, como é o caso brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver, adotará uma linha de raciocínio semelhante à que se descreve a seguir. Após examinar a situação de fato que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Em seguida, procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito, pelo qual se realiza a subsunção dos fatos à norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método subsuntivo (BARROSO, 2008, p. 331).

Barroso (2008, p. 331) elucida ainda, que pós método subsuntivo insurge uma nova interpretação constitucional que não abandona os métodos clássicos ou a hermenêutica, porém é ciente de que as normas não trazem em si um sentido único válido para todas as situações, que a presença do intérprete é necessária para revelar a vontade normatizada. Com o advento da nova interpretação, ocorre a ascensão dos princípios os quais passam a disputar com as regras o mesmo status jurídico.

De tal forma, as regras ficam submetidas ao método subsuntivo, pois um fato tem importância ao Direito quando se adequa a uma regra. Barroso (2008) explica da seguinte forma:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida (BARROSO, 2008, p.337).

Os princípios por não especificarem uma conduta a ser seguida são mais amplos, têm um alcance maior e podem constantemente entrar em choque uns com os outros, pois não há supremacia legal entre eles, encontram-se todos no mesmo patamar. Ademais, os princípios podem também entrar em contrassenso com direitos fundamentais, apontando caminhos diversos.

Alexy (1993) entende que quando uma norma colide com um princípio, faz-se necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, os casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a

necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é, deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 1993, p.116-117).

Pelo abordado, percebe-se que não há uma supremacia entre regras e princípios, e que havendo a colisão, deve haver o sopesamento (ponderação em sentido estrito). Ainda apregoa Alexy (1993, p.115) que “como pressuposto para a correta resolução do conflito, passará o aplicador do direito, por três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade”. Adequação para se determinar o meio utilizado, e, na necessidade, a escolha do meio menos gravoso.

Sarmiento (2009, p.55) defende o uso da ponderação diante de colisão de princípios, por entender ser a técnica mais racional e controlável, afirma ser esta preferível à categorização³ – que rejeita a ponderação – ou a teoria dos limites internos⁴. Afirma ainda, que o problema do *Hate Speech* necessita mais do que a simples técnica da ponderação, necessita que se fixem parâmetros materiais para essa ponderação que sirvam de guia para o intérprete. Fixa oito pontos que devem ser analisados para aplicar a técnica da ponderação:

1. Maior tolerância em relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas do que dos membros de grupos hegemônicos quando ataquem essas minorias;
2. Não deve haver censura às contribuições racionais para o debate de ideias, ainda que absolutamente desfavoráveis a minorias;
3. Não banalização do *Hate Speech*;
4. Deve-se atribuir um peso maior a liberdade de expressão quando esta estiver associada a liberdade religiosa;

³ Considera os conflitos apenas aparentes, e busca não a ponderação mas a aplicação da norma mais adequada. (SARMENTO, 2009)

⁴ Associada a categorização. Defende que só pode haver restrição aos direitos se a Constituição expressamente autorizar. (SARMENTO, 2009)

5. ao se restringir uma obra que contenha *Hate Speech* não se deve ignorar seu valor artístico, histórico, teórico ou científico como um todo; A violência emocional a que foram submetidas as vítimas do *Hate speech* deve ser critério de extrema importância;
6. O auditório deve ser sopesado, quando for integrado por crianças e adolescentes deve este ser um adicional para a restrição e repressão dos atos comunicativos abusivos;
7. O meio empregado para divulgação deve ser levado em consideração.

Na questão do auditório (ponto 7) Sarmiento faz um adendo, pois leva em consideração a vulnerabilidade desses ouvintes, por não ter um discernimento completo, são vítimas mais fáceis da manipulação.

A técnica da ponderação surge aqui conforme Sarmiento (2009, p.53) preconiza como: “o caminho do meio”, a opção mais sensata e que consegue alcançar com mais justiça e razoabilidade uma decisão mais equânime que preserve de um lado o direito de se expressar e que, porém, distribui a responsabilidade sobre aquilo que se profere.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se propôs a identificar o limite tênue entre a Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio, e como o Judiciário Brasileiro tem lidado com esse enfrentamento.

Restou demonstrado que a Liberdade de Expressão é protegida e considerada célula mater de qualquer sociedade democrática, e não deve ser violada até que se apresentem elementos suficientes de sua exacerbação. Não havendo hierarquia entre princípios, surge aqui o conflito entre estes e diante dessa situação não deve o julgador utilizar-se de métodos comuns, como a hierarquização, mas sim fazer uma análise caso a caso utilizando da técnica da ponderação, que se apresenta como forma mais equânime para solucionar o embate.

No Brasil, as decisões dos Tribunais superiores não se mostram unânimes, ora preservando a Liberdade de expressão e respaldando, portanto, o *Hate Speech*; ora entendendo por sua limitação. Essa característica sinalizada para um judiciário não estático, que é capaz de analisar os pormenores de cada caso, aplicar os métodos e decidir pautado pela razoabilidade e proporcionalidade.

Percebeu-se, no entanto, que a debate sobre o Discurso de ódio é ainda insuficiente no Brasil, e em diversos casos nos quais a questão poderia ser suscitada ela não é sequer arguida, porém, combater a discriminação parece ser o caminho adotado no Brasil, e caminha assim em consonância com os entendimentos internacionais, entendendo que não apenas uma maioria é merecedora de direitos e proteção. Visualizou-se também que essa manutenção é feita com cautela para não macular princípios e Direitos Fundamentais tão arduamente conquistados e responsáveis pela formação da sociedade democrática em que estamos inseridos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns **Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

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 Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 18, p. 105-143, abril-junho de 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça**, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. **Inquérito 3590/DF: Discriminação e preconceito**. Autor:

Ministério Público; Investigado: Marco Antonio Feliciano. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12 ago 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176> Acesso em: 22 jul. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA, PLURALISMO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**, in: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. (2ª edição). Salvador: JusPODIVM, 2006.

BOCCHI, Olsen Henrique. **A liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito. Uma abordagem ética e solidária**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2715, 7 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17981>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Lisboa: Almedina, 2000.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Criminal. **Apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra sentença que absolveu o réu do crime de racismo praticado no "Orkut", site de relacionamentos da internet, art. 20, §2º, Lei 7.716/1989**. Aatoria, materialidade, adequação típica e elemento subjetivo comprovados. Sentença reformada. Condenação imposta. Réu semi-imputável. Continuidade delitiva. Pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direito. Recurso conhecido e parcialmente provido. Apelação N. 20050110767016APR. Relator: Roberval Casemiro Belinati. Data do julgamento: 03/09/2009. DJ 17/11/2009. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1NXTPGM=plhtml02&MGWLPN=SERVIDOR1&submit=ok&SELECAO=1&CHAVE=20050110767016APR&ORIGEM=INTER>. Acesso em: 25 jul. 2015.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

FREIRE, Marcelo. **Justiça condena Levy Fidelix a pagar R\$ 1 milhão por declarações contra gays**. UOL, São Paulo. Mar 2015. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas->

noticias/2015/03/16/tj-condena-levy-fidelix-a-pagar-r-1-milhao-por-declaracoes-contra-gays.htm Acesso em: ago 2015.

KNECHTLE, John C. **“Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union”**, Florida State University Law Review, 2008.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. 2ªed. São Paulo. Vozes, 1991. MORENA, Marcio. **O ranço nazista do discurso homofóbico de Lévy Fidélis: colisão e ponderação de direitos fundamentais**. JusBrasil. Disponível em: <http://marciomorena.jusbrasil.com.br/artigos/142421510/o-ranco-nazista-do-discurso-homofobico-de-levy-fidelix-colisao-e-ponderacao-de-direitos-fundamentais> Acesso: 15 mar. 2015.

RIBEIRO, Raisia Duarte da Silva. **O Discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto: restrições à Liberdade de Expressão?**. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/RaisiaDuarteSilvaRibeiro.pdf> Acesso: 25 jun 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública Indenização por Danos Morais 1098711-29.2014.8.26.0100**. Autor: Defensoria Pública do estado de São Paulo; Réu: José Levy Fidelix da Cruz. 18ª Vara Cível - Foro Central Cível, Julgador: Renata Barros Souto Maior Baião. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=2S000EEID0000&processo.foro=100> Acesso em: 10 jul 2015.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"**. In: Cristiano Chaves. (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. , p. 39-96.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Rosane Leal da. **Discurso de Ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira**. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO. P. 445-468 | JUL-DEZ 2011.

CARVALHO, A. C. S. L.; CHEMIM, L.G. Hate Speech Versus Freedom of Expression

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Brasileiro Concretizado**. São Paulo : Editora Método, 2006.