

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE AMERICANA E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GABRIEL SANTOS BARBOSA

RIO DE JANEIRO

2018/1

CIP - Catalogação na Publicação

B2381 Barbosa, Gabriel
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UMA
ANÁLISE COMPARATIVA DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE
AMERICANA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL / Gabriel
Barbosa. -- Rio de Janeiro, 2018.
63 f.

Orientadora: Carolina Cyrillo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Direito Fundamental . 2. Liberdade de
Expressão . 3. Discurso de Ódio . 4. Suprema Corte
Americana . 5. Supremo Tribunal Federal. I.
Cyrillo, Carolina, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

GABRIEL SANTOS BARBOSA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE AMERICANA E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dr. Carolina Cyrillo**

RIO DE JANEIRO

2018/1

GABRIEL SANTOS BARBOSA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE AMERICANA E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carolina Cyrillo**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2018/1

RESUMO

Este trabalho busca tratar sobre possibilidade de fixação, ou não, de limites à liberdade de expressão diante de casos de manifestações de ódio e intolerância contra determinados grupos, ligados à religião, etnia, gênero e orientação social.

Ademais, busca-se estudar as decisões da Suprema Corte Americana acerca do tema a partir do caso “*BRADENBURG VS. OHIO*” (1969) até o último julgamento sobre a mesma matéria, o caso “*VIRGINIA VS. BLACK ET AL*” (2003) e as decisões do Supremo Tribunal Federal nos casos “*ELLWANGER*” e o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus número 146303, bem como como analisar como tais decisões influem no Estado Democrático de Direito dos respectivos países.

Palavras-chaves: Direito Fundamental – Liberdade de Expressão – Discurso de Ódio – Liberalismo – Utilitarismo – Suprema Corte Americana – Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This work report attentive cases to the dictation of intolerância, or limit, the limits to freedom in cases, and the social society, and the social society, and the social society, and the social society.

In addition, it seeks to study the decisions of the American Supreme Court on the subject from the case "BRADENBURG VS. OHIO "(1969) until the last judgment on the same matter, the case" VIRGINIA VS. BLACK ET AL "(2003) and the decisions of the Federal Supreme Court in the" ELLWANGER "cases and the judgment of the Ordinary Appeal in Habeas Corpus number 146303, as well as how these decisions influence the Democratic State of Law of the respective countries.

Key Words: Fundamental Law - Freedom of Expression - Hate Speech - Liberalism - Utilitarianism - Supreme Court of America - Supreme Federal Court

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais	12
1.1.1 Doutrina da State Action	13
1.1.2 Teoria da Eficácia Horizontal Indireta	13
1.1.3 Teoria da Eficácia Horizontal Direta	14
1.2. Liberdade de Expressão como Direito Fundamental	15
2. HISTÓRICO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	18
3. DISCURSO DE ÓDIO.....	23
3.1. Conceito	23
3.2. Características e Formas do Discurso de ódio	24
4. ARGUMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DIANTE DO DISCURSO DE ÓDIO	26
4.1. Liberdade de Expressão e a Busca da Verdade	27
4.2. Liberdade de Expressão como fundamental para o Regime Democrático	28
4.3. Liberdade de Expressão e a Autonomia do Indivíduo	30
4.4. Liberdade de Expressão e a propagação da ideia de Tolerância.....	31
5. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	33
5.1. A Influência do Pensamento Liberal-Utilitarista na Jurisprudência Norte Americana acerca do Tema	33
5.2. Breves Considerações Acerca da Jurisprudência Norte-Americana até o Caso Brandenburg vs Ohio	33
5.3. Caso Brandenburg versus Ohio (395 U.S. 444,1969)	34
5.4. Caso Partido Nacional Socialista versus Skokie (432 U.S. 43, 1977)	36
5.5. Caso Texas versus Johnson (491 U.S. 397,1989)	37
5.6. Caso R.A.V versus Saint Paul (505 U.S.377,1992)	39
5.7. Caso Virginia versus Black Et al (538 U.S. 343, 2003)	41
5.8. Análise conclusiva da jurisprudência norte-americana.....	42
6. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	45

6.1. O tratamento dado ao Discurso de Ódio pelo Supremo Tribunal Federal	45
6.2. Caso Ellwanger (HC 82.959/RS)	45
6.2.1. Análise dos votos dos Ministros com menor influência política na sua argumentação..	47
6.2.2. Votos com maiores graus de influência de ideologia política	48
6.3. Caso Pastor Tupirani (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303/ RJ)	51
6.4. Análise conclusiva da jurisprudência brasileira	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

INTRODUÇÃO

Uma cruz queimada em frente ao jardim de uma família negra em um bairro majoritariamente branco nos Estados Unidos¹. “O cérebro do esquerdista é do tamanho de uma ervilha. Há pouco tempo fiquei sabendo que deram um tiro num esquerdista no Rio de Janeiro e levou uma semana para morrer porque a bala não achava o cérebro”² ou gravações em canais de televisão quebrando imagens sacras, o que essas ações têm em comum?

Além de comportamentos odiosos e reprováveis, todas elas representam o que o Direito Constitucional estabeleceu convencional denominar de “Discurso de ódio”.

“O exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual, etc. Racismo, xenofobia, homofobia, antisemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso de ódio”. (João Trindade CAVALCANTE. 2018, p.17)

O primeiro evento citado foi realizada no Estado do Minnessota nos EUA. No entanto, em que pese tenha sido considerado queimar uma cruz no jardim de uma pessoa um fato repreensível, a Suprema Corte Americana não considerou uma violação a Primeira Emenda da sua Constituição (*caso R.A.V vs. Saint Paul*). Os demais fatos ocorreram no Brasil e foram realizadas por líderes religiosos e lideranças políticas.

No Brasil, pós-ditadura militar, a liberdade de expressão passou a ser protegida enfaticamente pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º inciso IX. Segundo Daniel Sarmiento (2006, pág.1), deixaram de existir problemas relacionados a censura, ou, quando surgem, são solucionados pela Justiça brasileira. Hodiernamente, surgem questões mais complexas relacionadas à liberdade de expressão, envolvendo conflitos deste direito fundamental com outros de mesma importância, tais como a igualdade, honra e privacidade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no *caso Ellwanger*³ (2003), atuou de maneira direta no debate acerca da possibilidade, ou não, de limitação da liberdade de expressão.

¹ Caso R.A.V versus Saint Paul (505 U.S.377,1992):Caso em que será estudado no capítulo 5.6.

² A entrevista foi realizada pela rádio Jovem Pan São Paulo no dia 20/03/2018. Disponível em: <<http://jovempnfm.uol.com.br/panico/psol-vai-um-pouquinho-alem-das-atribuicoes-de-um-partido-politico-critica-marco-feliciano.html>>. Acesso em:28 de maio de 2018

³ HC n°82.424/RS, Plenário, Relator Ministro Maurício Corrêa.

Decidiu-se que, mesmo diante da importância da liberdade de expressão para a democracia, ela não é absoluta e não pode abranger manifestações de cunha racista.⁴

Posteriormente, em caso mais recente, referente ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303/ RJ⁵, a segunda turma do STF, por maioria, entendeu por manter a decisão em que condena o pastor Tupirani por incitação à discriminação religiosa em decorrência de vídeos em que ofendem seguidores de crenças religiosas diversas, pregando inclusive o fim de algumas delas e imputando fatos ofensivos aos seus devotos e sacerdotes.

Conforme será visto ao decorrer da pesquisa, a possibilidade de limitação a liberdade de expressão será analisada com a devida cautela, tendo em vista a importância desse direito fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Uma vez que as decisões sobre a possibilidade de limitar a liberdade de expressão quando diante de discursos de ódio tomadas pela Suprema Corte Americana são singulares se comparadas com outras Cortes Constitucionais, principalmente as Cortes Europeias e, em especial, a Alemã, faz-se necessário estudar e compreender a sua jurisprudência de maneira aprofundada. Assim como, torna-se interessante compará-la com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante de questões similares.

Partindo, portanto, de uma análise histórica da sua formação jurisprudencial desses Tribunais, bem como o pensamento filosófico e constitucional que legitimam suas posições, o objetivo da presente pesquisa é demonstrar como e porque o Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte Americana lidam de maneiras tão distintas diante do questionamento acerca da limitação da liberdade de expressão diante do discurso de ódio e como a presença da ideologia política influencia no julgamento de tais casos.

⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do “HATE SPEECH”. P.3

⁵ Trata-se do caso do Pastor da Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo Tupirani da Hora.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A formação dos direitos fundamentais confunde-se com o próprio desenvolvimento da espécie humana. Conforme nos ensina o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o professor Antônio Cançado Trindade (1997, p.17), os direitos humanos foram conquistados em diversos momentos históricos, como resultado de diversas lutas contra os mais diversos tipos de abusos praticados pelo Estado.⁶

A doutrina constitucionalista contemporânea entende que os direitos fundamentais são o núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e por isso, a Constituição é o local adequado para positivizar e proteger tais normas.⁷ Tais direitos podem ser definidos como aqueles que são indispensáveis a dignidade da pessoa, fundamentais para assegurar a liberdade e a dignidade dos indivíduos frente ao Poder Estatal.

O ministro Alexandre de Moraes (2006, P.21) entende por direitos fundamentais como um conjunto institucionalizado de direitos e garantias que visam a proteção da dignidade humana em face de qualquer arbítrio por parte do Estado, além de ser extrema importância para assegurar condições mínimas de desenvolvimento da personalidade humana.⁸

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais como normas obrigatórias ou, como o ministro Luís Roberto Barroso denomina, normas constitucionais definidoras de direito⁹, é resultado de um longo processo histórico que culmina com o surgimento das Teorias Contratualistas e o Constitucionalismo Moderno nos séculos XVIII que preceituavam a submissão do interesse do Estado, como autoridade política, ao interesse do indivíduo. De acordo com Norberto Bobbio: “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado Moderno, na representação da

⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.17.

⁷ Ferreira Mendes, G. e Gonet Branco, P. (2015). Curso de direito constitucional (10a. ed.). 10th ed. Sao Paulo: Ed. Saraiva, p.135.

⁸ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

⁹ Barroso, L. (2013). Curso de Direito Constitucional Contemporâneo e os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4th ed. Saraiva, p.224.

relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súdito: relação que é encarada cada vez mais, do ponto de vista dos cidadãos”.¹⁰

Diante dessa construção progressiva dos direitos fundamentais nos diferentes textos constitucionais, convencionou-se situar a evolução desses direitos em três dimensões:

A primeira delas são ligadas ao valor de liberdade individual, direitos estes consagrados nas Revoluções Americanas (Declaração da Virgínia de 1776) e Francesas (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Pretendia-se consagrar direitos civis e políticos, fixando um limite ao Poder estatal e dando uma maior autonomia ao indivíduo. Dessa forma, os direitos da primeira dimensão possuem caráter negativo, isto é, limitam a atuação estatal e ostentam caráter universalista, sendo indispensáveis a todos.

A partir do início do século XX, passam a surgir os direitos fundamentais de segunda dimensão que são aqueles ligados a ideia de igualdade material, isto é, aqueles que visam uma atuação estatal para diminuir uma possível desigualdade social existente na sociedade. Desta forma, diferentemente do caráter negativo da primeira dimensão, os direitos fundamentais de segunda dimensão requerem um caráter positivo por parte do Estado. Dizem respeito ao direito a saúde, educação, cultura etc.

Por fim, os direitos de terceira dimensão têm como característica a sua titularidade coletiva, isto é, não foram constituídos para proteção do ser humano em seu caráter individualista e sim o coletivo. Tem-se aqui os direitos ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito a comunicação. (Bonavides, 2014)

1.1. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Ao analisar as dimensões dos direitos fundamentais, como já trabalhado, concluiu-se que em um primeiro momento, tais direitos buscavam limitar o exercício do poder estatal, isto é, restringe-se nas relações entre o particular e o Estado. Por esta relação jurídica, dar-se-á o nome de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Conforme elencado por Marcelo Novelino

¹⁰ Bobbio, Norberto. A era dos direitos, Rio de Janeiro: Campo, 1992, p.4.

(2016)¹¹, ao ser constatado que a violência sobre os indivíduos não vinha apenas pela mão do Estado, mas também de particulares, passou-se a ser necessário que os direitos fundamentais passassem a incidir também nas relações jurídicas com particulares. Dessa forma, as normas sobre direitos fundamentais necessitam de uma proteção estatal que impeça que tais direitos sejam também violados nas relações privadas¹². Tal proteção é denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao analisar o grau de incidência dos direitos fundamentais, há a possibilidade de ser destacados três modelos: um primeiro que nega o caráter vinculante dos direitos fundamentais nas relações particulares e outros dois que admitem a produção de efeitos, contudo, um de forma direta e outro de forma indireta.

1.1.1. Doutrina da State Action

O primeiro modelo analisado nega a produção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isto é, não há vinculação direta dos particulares¹³.

No Direito americano, a corrente predominante é justamente a que direitos fundamentais são oponíveis somente ao Estado, com exceção da Décima Terceira Emenda (proibição da escravidão)¹⁴. No entanto, a Suprema Corte Americana equiparou os particulares, quando estão exercendo serviço público ou recebem subvenção estatal. Desse modo, mesmo que indireta, acaba por torna a pessoa sujeita as obrigações que normalmente são inerentes a do próprio Estado.¹⁵

1.1.2. Teoria da eficácia horizontal indireta

¹¹ Novelino, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11^o ed. Salvador. JusPodium, 2016

¹² Ferreira Riba e Salvador Coderch, Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada, Madrid: Civitas, 1997, p.94.

¹³ Ferreira Mendes, G. e Gonet Branco, P. (2015). Curso de direito constitucional (10a. ed.). 10th ed. Sao Paulo: Ed. Saraiva, p.181.

¹⁴ Novelino, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11^o ed. Salvador. JusPodium, 2016, p.276.

¹⁵ Ferreira Mendes, G. e Gonet Branco, P. (2015). Curso de direito constitucional (10a. ed.). 10th ed. Sao Paulo: Ed. Saraiva, p.181.

Nesta concepção há o reconhecimento de um direito geral de liberdade¹⁶. Isto é, há a possibilidade dos indivíduos em uma relação privada afastarem a incidência de determinado direito fundamental. Desse modo, há uma relativização nas relações privadas dos direitos fundamentais em favor da ideia da “autonomia privada”.

Neste modelo, conforme Marcelo Novelino (2016, p.276) “os direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da constituição por não ingressarem no cenário privado como direitos subjetivos”. Dessa forma, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas desfiguraria o direito privado, tendo em vista que entraria em confronto com a autonomia da vontade. Por isso, cabe ao Poder Legislativo mediar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, por meio de um marco regulatório que seja compatível com o texto constitucional.

1.1.3. Teoria da eficácia horizontal direta:

A teoria da eficácia horizontal direta sustenta a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais possuem eficácia erga omnes.

Diante das hipóteses até aqui trabalhadas, conclui-se que essa teoria parte da ideia de que os direitos fundamentais possuem larga eficácia, sendo, portanto, a mais expansiva na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Conforme observado por Henrique Lima, os defensores da doutrina da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e do State Action, em que pese tenham pensamentos opostos, possuem a mesma preocupação em não achatar a autonomia privada com uma proteção demasiada dos direitos fundamentais, uma vez que poderia resultar no oposto do pretendido. Caberia, portanto, ao Poder Judiciário analisar o caso concreto e realizar um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais em conflito e a autonomia privada.¹⁷

Nesse ponto, Daniel Sarmento (2008) defende a necessidade de ser analisada a desigualdade material na relação entre os particulares envolvidos, de forma que, quanto maior

¹⁶ Novelino, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11^o ed. Salvador. JusPodium, 2016, p.276.

¹⁷ LIMA, Henrique. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais. Artigo extraído do Jus Navigandi, Teresina, ano 12, número 1812, 17 de junho de 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>. Acesso em: 06. junho.2018.

for a desigualdade na relação, maior será a necessidade de proteção ao direito fundamental em questão, e, conseqüentemente, menor a tutela da autonomia privada. O mesmo ocorrerá inversamente, em uma relação privada de maior igualdade, a autonomia privada será mais privilegiada de forma mais acentuada que os direitos fundamentais.¹⁸

Por fim, as críticas realizadas a essa teoria dizem respeito desse modelo diminuir/ desfigurar o direito privado. Ademais, ao realizar um juízo de ponderação no caso concreto entre o direito fundamental e autonomia privada, haveria também uma ameaça a autonomia privada, além de grave insegurança jurídica em decorrência do seu possível casuísmo. Cabe ressaltar, contudo, que com o fenômeno da constitucionalização dos demais ramos do direito, as normas privadas devem estar de acordo com o texto constitucional vigente, e, por consequência de interpretação lógico- constitucional, devem respeitar os direitos fundamentais.

1.2. Liberdade de Expressão como Direito Fundamental

Conforme já dito anteriormente, a liberdade de expressão decorre do pensamento liberal construído ao longo dos séculos XVII e XVIII, estando inicialmente prevista no Bill of Rights (1688) e, mais adiante, positivada, de forma mais ampla, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Buscava insurgir contra a restrição do Estado frente a capacidade do indivíduo de realizar críticas, isto é, visa promover o fim da censura e do autoritarismo estatal¹⁹. Dessa forma, a liberdade é considerada um direito fundamental de primeira dimensão, sendo a liberdade de expressão sua derivada.

Chequer (2011) afirma que a liberdade de expressão pode ser considerada como um direito fundamental, tendo como dois fundamentos basilares. O primeiro é a sua linha instrumental, onde caracteriza a liberdade de expressão como um meio fundamental para a realização de determinado fim, também importante. Já o segundo argumento é a sua linha autônoma, onde a liberdade de expressão é importante por si mesma, em decorrência de sua essência, não somente pelas consequências que podem acarretar.²⁰

¹⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 209.

¹⁹ Novelino, M. (2016). Curso de Direito Constitucional. 11th ed. Salvador: JusPodium, p.346.

²⁰ CHEQUER, CLAUDIO. Porque a liberdade de expressão é um direito fundamental? Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/por-que-a-liberdade-de-expressao-e-um-direito-fundamental/7736>. Acesso em: 07 de junho de 2018

Para os que defendem essa segunda linha argumentativa, a liberdade de expressão possui um valor intrínseco, independente, um fim. Desse modo, todo ser humano possui capacidade de formar sua opinião, cultivar suas crenças e ideias e, conseqüentemente, expressar esses direitos. A liberdade de expressão, desse modo, surge como responsável por ser parte do desenvolvimento de ideias e da autoafirmação. Conseqüentemente, qualquer forma de supressão a liberdade de expressão é uma afronta a dignidade humana, valor esse que hoje encontra-se no centro do ordenamento jurídico (Chequer, 2011).²¹

Conforme elencado por Chequer (2011), para os defensores da liberdade de expressão como um meio para fundamental para realização de determinado fim, existem as seguintes teorias: A busca da verdade, a democrática e da estabilidade social.²²

A primeira teoria será melhor trabalhada quando for analisada a jurisprudência da Suprema Corte Americana e está associada a ideia do “mercado de ideias”²³. Para os defensores dessa corrente, somente um debate aberto de ideias, ou seja, diferentes pontos de vista sendo abordados que fará com que se chegue a verdade real.

Para os defensores da teoria de que a liberdade de expressão são um direito fundamental por ser meio para um fim, no caso, a democracia. Dessa forma, seria um direito fundamental por ser concebido como uma consequência do regime democrático, uma vez que é responsável por contribuir na formação da opinião dos indivíduos nos debates públicos.²⁴

Por fim, para os defensores da liberdade de expressão como direito fundamental em decorrência da sua responsabilidade para manter a estabilidade social, entendem a liberdade de expressão como condição responsável por garantir a estabilidade governamental, visto que um Estado como maior liberdade tende a estar menos sujeito a convulsões sócias que um Estado

²¹ CHEQUER, CLAUDIO. Porque a liberdade de expressão é um direito fundamental? Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/por-que-a-liberdade-de-expressao-e-um-direito-fundamental/7736>. Acesso em: 07 de junho de 2018

²² CHEQUER, CLAUDIO. Porque a liberdade de expressão é um direito fundamental? Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/por-que-a-liberdade-de-expressao-e-um-direito-fundamental/7736>. Acesso em: 07 de junho de 2018

²³ Ver tópico 4.1

²⁴ CHEQUER, CLAUDIO. Porque a liberdade de expressão é um direito fundamental? Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/por-que-a-liberdade-de-expressao-e-um-direito-fundamental/7736>. Acesso em: 07 de junho de 2018

autoritário. Para seus defensores, a liberdade de expressão será responsável por gerar mais estabilidade e menos convulsões na sociedade, visto que os indivíduos confiam mais em um Estado que tem disposição para ouvir e debater seus argumentos. Por fim, em um regime em que permite a liberdade de expressão, tal pensamento pode se tornar lei e as pessoas tendem a cumprir tais leis.²⁵

De todo modo, a liberdade de expressão é considerada um direito fundamental em quase todos os Estados Democráticos de Direito, cujo efeito irradiante faz com que seja um importante elemento no processo de interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas.²⁶

²⁵ CHEQUER, CLAUDIO. Porque a liberdade de expressão é um direito fundamental? Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/por-que-a-liberdade-de-expressao-e-um-direito-fundamental/7736>. Acesso em: 08 de junho de 2018

²⁶ SARMENTO, DANIEL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/21-liberdade-de-expressao-e-propaganda-de-bebidas-alcoolicas-limites-da-atuacao-jurisdicional-na-restricao-a-direitos-fundamentais/parecer-cervbrasil.pdf>. Acesso em: 10/06/2018.

2. HISTÓRICO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A análise histórica das Constituições brasileiras nos permite afirmar que a proteção a liberdade de expressão sempre esteve rol de preocupações do poder constituinte.

Na constituição do Brasil Império (1824), mesmo com suas características centralizadoras, como o Estado Unitário, a existência de um Poder Moderador, a adoção de uma religião oficial e capacidade do Imperador em nomear e suspender membros do Poder Judiciário, possuía, em seu artigo 179, um rol de direitos e garantias individuais. Em seu inciso IV, havia a previsão da possibilidade de responsabilidade legal em decorrência do abuso ao direito a liberdade de expressão, além da vedação a censura.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Cabe ressaltar, contudo, que se tratava de um texto constitucional que também positivava outros direitos fundamentais, como a igualdade, enquanto que durante quase toda sua vigência permitiu os diversos privilégios da nobreza, assim como a existência da escravidão. Tratava-se, portanto de normas sem efetividade jurídica.²⁷

Já a primeira Constituição da República, de 1891, sofreu grande influência da Constituição americana. Instituiu como forma de Estado a federação e como forma de Governo a República, bem como a laicidade do Estado e o modelo Americano de Controle de Constitucionalidade. No que se refere a proteção a liberdade de expressão, presente em seu artigo 72, além de manter o que estava presente no texto constitucional anterior, houve o acréscimo da vedação ao anonimato.

²⁷ BARROSO, LUIS ROBERTO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL- PARTE 1. Disponível em : <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2006/05/liberdade-de-expressao-no-brasil-parte-1-36968.html>. Acessado em: 11 de junho de 2018.

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato. (BRASIL,1891)

A Constituição de 1934 inaugurou, no Brasil, o Constitucionalismo Social, com a previsão de diversos direitos sociais. Nela permaneceu a tripartição de Poderes, a República, a Federação, além da introdução do mandado de segurança, do direito ao voto universal e secreto, salário mínimo, jornada de oito horas e a possibilidade de as mulheres participarem das eleições. No que se refere a liberdade de expressão, há a recepção de instrumentos jurídicos como o direito a resposta e a proteção a obras literárias e artísticas. Contudo, conforme presente no seu artigo 113 inciso V, havia a possibilidade expressa de censura prévia se fossem conteúdos contrários à ordem pública e aos bons costumes.

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil. (BRASIL,1934)

Com a tendência autoritária e ditatorial presente com o Estado Novo, a Constituição de 1937 representou um rigoroso sistema de censura e repressão a liberdade de expressão aos indivíduos e aos meios de comunicação. Com o Decreto nº 1.949 de 1939 houve a permissão da censura prévia por parte do Departamento de Imprensa e Propaganda a peças teatrais, peças de dança, filmes, programas de rádio, bem como a jornais e revistas.²⁸

O texto da Constituição de 1946 retomou as liberdades, artigo 141, previstas nas Constituições de 1891 e 1934 em quase sua total literalidade, com o incremento da vedação ao

²⁸ Decreto nº 1.949 de 1939: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1949-30-dezembro-1939-412059-publicacaooriginal-1-pe.html>

preconceito de raça ou de classe social.²⁹ Contudo, importante ressaltar que essa mesma Constituição ao permitir a censura aos conteúdos que contrariassem a ordem pública e aos bons costumes, foi interpretada de forma que vetava a existência do partido comunista, bem como impedia manifestações de seus ideais.

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

A constituição de 1967, redigida sob o governo militar, trouxe um enorme retrocesso no que se refere aos direitos e garantias individuais. Foi caracterizada pelo forte centralismo da União e do Poder Executivo, restabelecimento de pena de morte e imposição de eleições indiretas para Presidente. Os atos institucionais, principalmente o de número 5, emendaram a Constituição então vigente e cerceavam ainda mais as liberdades individuais. Segundo o ministro Barroso (2006), em que pese não constasse no texto constitucional a expressão “moral e aos bons costumes”, a ditadura militar usufruiu de diversos mecanismos legais para a expansão da censura generalizada³⁰. Por fim, o governo militar utilizou desses mecanismos como forma de repressão contra os opositores do regime, censurando músicos, jornalistas, peças de teatros, jornais e revistas.

A constituição de 1988, responsável por dar origem ao que a História denomina de nova República no país, pôs fim ao longo período ditatorial existente no Brasil. Ao longo do seu texto, o poder constituinte originário visou a proteção enfática as liberdades individuais. Ressalta-se que foi a primeira Constituição brasileira a usar a nomenclatura “direitos fundamentais”.

²⁹ BARROSO, LUIS ROBERTO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL- PARTE 1. Disponível em : <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2006/05/liberdade-de-expressao-no-brasil-parte-1-36968.html>. Acessado em: 11 de junho de 2018.

³⁰ BARROSO, LUIS ROBERTO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL- PARTE 1. Disponível em : <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2006/05/liberdade-de-expressao-no-brasil-parte-1-36968.html>. Acessado em: 11 de junho de 2018.

A constituição de 1988 é responsável por proteger de maneira direta a liberdade de expressão em seu artigo 5º, incisos IV, V, IX, XIV e no artigo 220 e seus respectivos parágrafos.³¹

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

(...)

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

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

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Conforme Gilmar Mendes (2015) nos ensina, quando está se falando em liberdade de expressão, está se falando também em suas faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos e informações. Cada uma delas protegida, em maior ou menor grau, pela Constituição atual.³²

Atualmente, o grande problema referente a liberdade de expressão não é a ausência de sua proteção em um texto constitucional e nem a tentativa de censura prévia por parte de Autoridades Públicas. A grande questão enfrentada atualmente é quando estamos diante da possibilidade ou não da restrição desse direito fundamental frente a outros direitos também importantes, como a privacidade e a igualdade. Desse modo, a grande questão é como agir com razoabilidade no caso de conflitos entre princípios constitucionais.³³

³¹ Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 de junho de 2018.

³² Ferreira Mendes, G. e Gonet Branco, P. (2015). Curso de direito constitucional (10a. ed.). 10th ed. Sao Paulo: Ed. Saraiva, p.264.

³³ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do "HATE SPEECH". P.2

Como visto no decorrer desta análise sobre as Constituições brasileiras, chega-se a conclusão que nem sempre a liberdade de expressão foi um direito salvaguardado e protegido como um direito fundamental inerente a todos os cidadãos. Mesmo em Constituições em que estava positivado tal direito, na prática, tratava-se de uma norma jurídica sem efetividade. Felizmente, a Constituição de 1988, com o avanço da democracia, entendendo a importância da proteção a liberdade de expressão como direito fundamental de extrema importância para a dignidade humana, assim como fundamental para um Estado democrático de Direito.

3. DISCURSO DE ÓDIO

3.1. Conceito

Conforme já trabalhado anteriormente, no que se refere a realidade jurídica brasileira, o grande questionamento atual acerca da liberdade de expressão não é a sua ausência de proteção constitucional e sim a possibilidade, ou não, de restrição desse direito quando em conflito com outro igualmente importante, bem como quando utilizado como ferramenta para manifestação de intolerância.

O conceito de discurso de ódio (na doutrina norte-americana, *Hate Speech*), não é um conceito universal e fechado, tendo em vista que existem diversos modelos conceituais fornecidos pela doutrina acerca do tema.

Winfried Brugger (2007, p.118) define discurso de ódio como sendo “palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.³⁴

Já Samanta Ribeiro Meyer- Plug (2009, p.97) definiu discurso de ódio como “ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”.

Daniel Sarmiento (2006, p.2) entende que o discurso de ódio é caracterizado como sendo “a manifestação de desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual”.

Ressalta-se as diferenças entre as definições do conceito aqui trabalhado. Winfried Brugger seleciona verbos-núcleos que definem de forma mais ampla as possíveis discriminações. Daniel Sarmiento inclui gênero, orientação sexual e deficiência como possíveis

³⁴ Brugger, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Disponível em : <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em 16/06/2018

sujeitos ao discurso de ódio, enquanto Samanta Ribeiro Meyer- Plug apresenta um critério que reduz os possíveis grupos sujeitos ao discurso de ódio, entendendo como discriminação apenas a racial, social ou religiosa.³⁵

Tais diferenças de conceitos refletem no tratamento jurídico que será dado ao fenômeno, tanto em caso de conflito entre direitos fundamentais, quanto para compreensão dos conceitos jurídicos acerca do tema.³⁶

3.2. Características e formas de discurso de ódio:

Em que pese as diferenças na conceituação do discurso de ódio pelos diversos autores aqui citados, há um entendimento comum entre eles de que tal manifestação visa estigmatizar, segregar e oprimir determinados segmentos que se encontram em condição de fragilidade social. Os que não se enquadram naquilo que é considerado padrão tornam-se potenciais alvos desses discursos. Seja com as religiões de matriz africana no Brasil, seja na França com os imigrantes muçulmanos ou nos EUA com os imigrantes de países latinos. Tornam-se alvos desses grupos propagadores de discursos de ódio por não se enquadrarem naquilo que eles consideram o “padrão correto”.

O professor norte-americano Michel Rosenfeld (2001), conforme citado por Gilberto Schafer, Paulo Gilberto Cogo e Rodrigo Hamilton (2015.P.147), nos ensina que se pode distinguir o discurso de ódio de duas formas: *Hate speech in form e Hate speech in substance*. O *hate speech in form* pode ser entendido como aquele cujo os discursos odiosos ocorrem de maneira expressa, clara e direta. Enquanto o *hate speech in substance* é caracterizado como sendo aquele em que a manifestação odiosa ocorre de maneira sutil, utilizando-se de argumentos moral e social como artifício para sua disseminação.³⁷

³⁵ Brugger, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Disponível em :

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em 16/06/2018

³⁶ Schafer, G.; Cogo Leivas P.G.; Dos Santos, R.H. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143.pdf. Acesso em 16 de junho de 2018.

³⁷ Schafer, G.; Cogo Leivas P.G.; Dos Santos, R.H. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143.pdf. P.147. Acesso em 16 de junho de 2018.

Cabe ressaltar que, conforme o professor Rosenfeld (2001) nos ensina, a primeira forma explicada de discurso de ódio é mais fácil de ter aceita a sua proibição, enquanto que na segunda forma acaba por ser mais difícil, tendo em vista a utilização de artifícios que tornam mais sutis a sua propagação. Contudo, em ambos os casos tais manifestações causam violência e preconceito a esses grupos atingidos por tais discursos.

Quanto aos destinatários desses discursos de ódios, via de regra, são determinados grupos sociais minoritários e marginalizados da sociedade. Grupos estes não necessariamente minoritários numericamente, mas sim cuja sua representação política na sociedade seja minoritária. À título de exemplificação, as mulheres na sociedade brasileira representam mais da metade da população³⁸, contudo são sub representadas no Congresso Nacional.³⁹

Em sua tese⁴⁰, Thiago Dias (2014) disserta que:

É preciso mencionar, entretanto, que o discurso de ódio pode tomar a forma de agressão verbal, visual ou escrita dirigida a apenas uma pessoa no espaço público. Nesse caso, a conduta é interpretada como discurso odioso sempre que, indiretamente, visar um grupo social, i.e., quando o propósito do ato comunicativo for discriminar a vítima tendo em vista o seu pertencimento a determinado grupo social. Caso contrário, a conduta representa insulto individual que, a depender das suas especificidades, poderia no máximo ser interpretada, no contexto brasileiro, como um direito contra a honra- calúnia, difamação ou injúria.

Em suma, a manifestação de ódio pode ser caracterizada como o somatório de um discurso odioso e discriminatório em face de um determinado grupo social, via de regra, minoritário. Grupo este que, conforme Daniel Sarmiento (2006), pode ser ligado à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual.⁴¹

³⁸ <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-sexo.html>.

³⁹ <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-menos-mulheres-no-legislativo-que-oriente-medio,1645699>

⁴⁰ OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950. Acesso em: 2018-06-18.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do "HATE SPEECH". P.2

4. ARGUMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DIANTE DO DISCURSO DE ÓDIO

Neste próximo ponto será analisado as principais linhas argumentativas favoráveis e contrárias a proibição ao discurso de ódio. Como será visto mais a frente, diante da imensa influência nas decisões na Suprema Corte Americana e, de modo mais difuso, no Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário iniciar o tema realizando uma breve análise acerca do tema.

Daniel Sarmiento nos explica (2006, p.28) que há duas formas principais de pensamento que tratam a respeito do tema. A primeira forma entende que o discurso de ódio tem de ser limitado em decorrência das suas graves consequências aos grupos sociais atingidos. Para os defensores dessa limitação, como o próprio Sarmiento, entendem que:

Na verdade, quando o Estado se omite diante de uma manifestação pública de ódio ou desrespeito contra minorias – ou até age para protegê-las, proporcionando, por exemplo, escolta policial para assegurar o exercício da liberdade de expressão de racistas e neonazistas, como tem ocorrido algumas vezes nos Estados Unidos –, o sinal que se transmite para o público e para as vítimas é o de que ele não vê nada de errado na conduta do ofensor. A dor e a sensação de abandono dos alvos destas manifestações tendem a ser amplificadas, e o símbolo que fica – e todos sabemos da importância dos símbolos na vida social – é o de um Estado cúmplice da barbárie. (SARMENTO, 2006, P.44)

O segundo grupo que trata a respeito desse tema, entende que não se deve limitar o discurso de ódio, ainda que se trate de alguma manifestação repugnante. As principais linhas argumentativas sobre a impossibilidade de limitação do discurso de ódio partem da ideia de que a liberdade de expressão é um dos principais pressupostos do Estado democrático de direito.⁴² Conforme explicado por Daniel Sarmiento (2006, p.29), os principais argumentos utilizados para a proteção quase absoluta da liberdade de expressão são⁴³:

- a) A busca da verdade, ideia concebida pelo pensador liberal e utilitarista John Stuart Mill;

⁴² OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950. Acesso em: 2018-06-19.

⁴³ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o Problema do "HATE SPEECH". P.29.

- b) Liberdade de expressão como direito fundamental para o regime democrático;
- c) Liberdade de expressão e a autonomia do indivíduo;
- d) Liberdade de expressão e a propagação da ideia de tolerância;

4.1. Liberdade de expressão e a busca da verdade:

Conforme apresentado por Sarmento (2006, p.29), a linha argumentativa de John Stuart Mill é a de que em um debate livre entre os diferentes pontos de vista, as ideias consideradas melhores prevalecerão. Dessa forma, a liberdade de expressão seria o meio para atingir uma “verdade”.⁴⁴ Somente um debate aberto de ideias, ou seja, diferentes pontos de vista sendo abordados, fará com que se chegue a “verdade real”. É o que a doutrina mais contemporânea convencionou a chamar de “mercado de ideias”.

De acordo com Sarmento (2006, p.30), John Stuart Mill, com seus *ideais liberais-utilitaristas*, preocupava-se com a possibilidade do Estado em limitar ideias consideradas impopulares sobre questões controvertidas pela sociedade, mesmo que apoiados por sua maioria. Ademais, para Mill, a liberdade de expressão deveria ser protegida, uma vez que a sociedade tem o direito ouvir todas as ideias, mesmo aquelas consideradas atualmente erradas e repugnantes. Ao ouvi-las, a melhor ideia iria prevalecer. Sendo assim, ao proibir determinado debate público, a sociedade seria impedida de conhecer a verdade real sobre determinado fato⁴⁵.

Conforme João Trindade Cavalcanti (2018, p.91) nos ajuda a entender:

Nessa linha de raciocínio, em suma, a liberdade de expressão deve ser assegurada sem ressalvas - ou com as mínimas ressalvas possíveis - porque só a partir dela se pode ter efetivamente uma busca pela verdade. Dessa forma, argumenta Mill, como não há uma certeza, uma verdade absoluta, a manifestação de qualquer ideia deve ser permitida, pois o que era certeza ontem pode se mostrar falso amanhã. Uma forma “atualizada” desse argumento refere-se ao “livre mercado de ideias” (*marketplace of ideas*), ambiente no qual todas as ideias devem competir, de maneira que as melhores fatalmente prevalecerão.

Cabe ressaltar que diante uma sociedade plural, com diferentes religiões, ideologias e formas de enxergar o mundo, a ideia de busca pela “verdade real” é questionada pelos que

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do “HATE SPEECH”. P.29.

⁴⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.91

discordam dessa linha argumentativa fundada por Mill. Já os seus atuais defensores entendem que, justamente diante da pluralidade atual, nada melhor que o debate com diversas opiniões para construir uma sociedade melhor e chegar a uma “verdade”.

Dessa forma, portanto, conforme explicado por João Trindade Cavalcante (2018, p.91), a defesa da liberdade de expressão em seu sentido quase absoluto, como propõe Mill, é de natureza liberal-utilitária, uma vez que é baseada nos benefícios que tal direito trará para a sociedade.

Como será visto em capítulo mais adiante, o pensamento liberal-utilitarista de John Stuart Mill possui grande influência nas decisões da Suprema Corte Americana sobre discurso de ódio e liberdade de expressão.

4.2. Liberdade de expressão como fundamental para o regime democrático:

Para os defensores dessa linha de argumento, a liberdade de expressão é peça fundamental para o regime democrático. Isto é, a liberdade de expressão não é somente um meio para a busca da “verdade real”, conforme o tópico anterior apresentou, mas é também uma forma com que todos indivíduos possam construir, através do debate livre, a melhor solução para os problemas existentes na sociedade.⁴⁶ Ou seja, através de um debate público e aberto a todos, as pessoas terão capacidade de ouvir, analisar e decidir quais serão as melhores soluções para os respectivos problemas.⁴⁷

Conforme o autor Robert Dahl (2001) em seu livro, *Sobre a Democracia*⁴⁸, nos explica:

Para se adquirir uma compreensão esclarecida de possíveis atos e políticas do governo, também é preciso a liberdade de expressão. Para adquirir a competência cívica, os cidadãos precisam de oportunidades para expressar seus pontos de vista, aprender uns com os outros, discutir e deliberar, ler, escutar e questionar especialistas, candidatos políticos e pessoas em cujas opiniões confiem em aprender de outras maneiras que dependem da liberdade de expressão. Por fim, sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar o programa de

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do “HATE SPEECH”. P.32.

⁴⁷ OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950. Acesso em: 20 de junho de 2018.

⁴⁸ DAHL, Roberto. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. UNB Editora.,2001. P.110.

planejamento das decisões do governo. Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia.

De acordo com Thiago Dantas em sua tese⁴⁹ (2014, p.73):

A liberdade de expressão atribui, ademais, maior legitimidade aos processos democráticos: ao permitir a participação de todos nos debates envolvendo temas de interesse público – inclusive daqueles que disseminam ideias abjetas - ninguém poderá questionar a legitimidade do desfecho desses debates. Deste modo, a oposição às medidas eventualmente adotadas com base nele não poderá ser pautada na ilegitimidade dessas medidas.

À título de exemplificação, essa tese é defendida por Ronald Dworkin (2006) quando afirma que mesmo os intolerantes e os que negam a existência do holocausto devem ter o direito de se expressar. Para o autor, a liberdade de expressão é condição que legitima um governo, de modo que, um processo não será democrático se alguém for impedido de expressar suas convicções.⁵⁰ Dessa forma, um regime democrático pressupõe em ter mais do que direito a voto periodicamente. Democracia pressupõe a existência de um local adequado para que haja o debate livre, por mais repugnantes que determinadas ideias aparentam ser, onde as pessoas poderão construir suas opiniões de acordo com as informações recebidas⁵¹. Sendo assim, para seus defensores, diante da importância da liberdade de expressão para a democracia, negar o direito ao debate equivaleria a negar o direito ao voto.⁵²

Por fim, cumpre explicitar a crítica realizada por Daniel Sarmento (2006, p. 32) a essa defesa realizada ao discurso de ódio por essa linha argumentativa. Em que pese a democracia necessite de liberdade de expressão como pilar fundamental para seu real funcionamento, ela também necessita de isonomia. Sendo que o discurso de ódio visa justamente impedir que a isonomia material ocorra de fato.⁵³ Ou seja, quando o Estado permite que esse discurso de ódio

⁴⁹ OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950.

⁵⁰ DWORKIN, R. Even bigots and Holocaust deniers must have their say. *The Guardian*, 2006. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2006/feb/14/muhammadcartoons.comment>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do "HATE SPEECH". P.32.

⁵² OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950. Acesso em: 20 de junho de 2018.

⁵³ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do "HATE SPEECH". P.32.

permaneça sendo realizado com o argumento do autogoverno e que seria melhor para o debate, na verdade, está permitindo um discurso de natureza antidemocrática.

Por entender dessa forma, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos segue o entendimento de que o discurso de ódio é incompatível em um regime democrático, uma vez que se utiliza da arena democrática para perpetuar fundamentos que se chocam com qualquer noção mínima de democracia. Ou seja, o banimento do discurso de ódio visa justamente a proteção e a continuidade dos regimes democráticos.⁵⁴

Seguindo esse pensamento, Daniel Sarmiento (2006, p.36) afirma:

Assim, a restrição ao hate speech não envolve necessariamente uma tentativa de estabelecer, à moda comunitarista, limites perfeccionistas ao debate público, impedindo os dissidentes de se insurgirem contra alguma concepção politicamente correta sobre a “vida boa” adotada pela maioria. A proibição pode ser concebida não como vedação ao dissenso em relação aos valores básicos da comunidade, mas como um instrumento necessário à garantia da integridade do próprio discurso público, que, para poder desempenhar o seu papel numa democracia marcada pelo pluralismo, deve estar estruturado sobre regras que assegurem o reconhecimento da igual dignidade de todos os seus participantes.

Em síntese, diante do claro déficit democrático ocasionado pela manifestação de ódio, faz-se necessária a atuação estatal no exercício da liberdade de expressão restringindo tais discursos.

4.3. Liberdade de expressão e a autonomia do indivíduo:

Outro argumento utilizado para defesa da liberdade de expressão em seu sentido quase absoluto, consiste na ideia da liberdade de expressão como ferramenta de autonomia individual. Isto é, para os defensores dessa linha argumentativa, também denominada de liberais radicais, a liberdade de expressão não é somente um meio para se chegar a uma verdade e sim uma necessidade do poder estatal em se manter neutro.⁵⁵ Para seus defensores, o verdadeiro desenvolvimento do ser humano faz-se necessário haver comunicação. Dessa forma, a capacidade de o indivíduo construir seus pensamentos, com base em obras políticas, artísticas e científicas, bem como a capacidade de expor esses pensamentos para outras pessoas é

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do “HATE SPEECH”. P.33

⁵⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.92

essencial para a construção da dignidade humana. Privar um indivíduo de algumas dessas faculdades é retirar a capacidade dele de se entender como ser humano.⁵⁶ Conforme João Trindade (2018, p.92) nos explica, a visão de Ronald Dworkin é de que o aspecto fundamental é de não cabe ao Estado atuar de forma paternalista, uma vez que não possui o direito de decidir o que seria verdade ou não. Em suma, o Estado possui um dever de neutralidade.

Deste modo, a atuação estatal restringindo a liberdade de expressão é vista como um impedimento ao desenvolvimento tanto da figura do emissor da mensagem, quanto do receptor. Partindo da ideia basilar de que cada ser humano adulto é capaz de formar seu próprio pensamento, a atuação do Estado por restringir determinados discursos mostra-se equivocada. Ou seja, não cabe ao Estado adotar medidas paternalistas, em que opta pelo indivíduo aquilo em que ele irá ou não ouvir. (SARMENTO, 2006, P.37)

Por outro lado, ao limitar o discurso de ódio, o Estado garante a proteção aos grupos sociais atingidos, promovendo a autonomia individual daqueles que estavam sendo vítimas dessas manifestações odiosas, bem como do restante da sociedade que deixava de ter contato com as ideias propostas por essas minorias.⁵⁷

Dessa forma, fica claro o efeito dúplice que a limitação do discurso de ódio possui sobre a capacidade de autorrealização e a autonomia do indivíduo.⁵⁸ Uma vez que ao limitar o indivíduo de realizar manifestações odiosas limita sua autorrealização, esse efeito é diametralmente para aquelas até então vítimas do discurso de ódio que agora tem sua autorrealização promovida.

4.4. Liberdade de expressão e a propagação da ideia de tolerância:

Por fim, o último grande argumento muito utilizado para a defesa de uma regulação mínima na liberdade de expressão é a ideia de que é uma ferramenta para a promoção da tolerância. No decorrer dos séculos, as sociedades ocidentais aprenderam que a tolerância é

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do "HATE SPEECH". P.37

⁵⁷ OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950. Acesso em: 20 de junho de 2018.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do "HATE SPEECH". P.37

fundamental para a garantia de estabilidade, bem como mecanismo de promoção da justiça⁵⁹. Atualmente, em uma sociedade cada vez mais globalizada e plural, faz-se necessário a presença da tolerância como forma de existir uma convivência pacífica.

O raciocínio por trás dessa linha argumentativa é o de assegurar que os indivíduos tenham o direito de expor seus pensamentos, ainda que sejam ideias consideradas repugnantes, e de que a sociedade tenha o direito de ouvi-los. Sendo assim, mesmo que sejam mensagens com conteúdos odiosos, devem ser protegidas, uma vez que o resultado diante diversas formas de pensamento será a construção de uma sociedade mais tolerante e respeitosa a todos os pontos de vista.

A grande dúvida dessa argumentação é quanto ao limite da tolerância. Conforme Sarmento (2006, p.40) elenca, via de regra, a promoção da tolerância acaba por colocar um ônus aos grupos sociais que via de regra são atingidos por manifestações de ódio. Dessa forma, além de artificial, a ideia da liberdade de expressão como sendo responsável por promover a tolerância, acaba apenas por reforçar a opressão sofrida por esses grupos sociais marginalizados.

Contudo, cabe ressaltar que mesmo com o argumento de que a consequência para a diversidade de ideias, qualquer que sejam elas, será de uma sociedade mais tolerante, parece-me razoável exigir a atuação do Poder Estatal, uma vez que o discurso de ódio contribui para a intensificação da intolerância. Sendo assim, em consonância com os Direitos Humanos, cabe ao Estado atuar para que tais violações sejam evitadas.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do "HATE SPEECH". P.39

5. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

5.1. A influência do pensamento liberal-utilitarista na jurisprudência norte americana acerca do tema:

Conforme João Trindade Cavalcante (2018, p.93) afirma, duas correntes básicas serão identificadas como grandes influenciadoras das decisões da Suprema Corte Americana acerca do tema. A primeira corrente é a de John Stuart Mill⁶⁰, denominada de corrente liberal-utilitária, que defende a liberdade de expressão como meio para alcançar um objetivo, que é a busca da “verdade real” e “do mercado de ideias”. A segunda corrente é a denominada liberais- radicais, defendida principalmente por Ronald Dworkin⁶¹, que defendem a liberdade de expressão não como um meio para alcançar algo e sim tendo como base a ideia da necessidade da neutralidade do Estado.

Conforme já explicitado⁶², este trabalho irá utilizar como marco temporal para analisar a jurisprudência norte-americana acerca do tema a partir do caso *Brandenburg vs Ohio* (1969), uma vez que a Suprema Corte Americana passa a utilizar a teoria do “*imminent lawless action*”.

5.2. Breves considerações acerca da jurisprudência norte-americana até o caso *Brandenburg vs Ohio*:

Para melhor situar e entender como surgiu o precedente do caso *Brandenburg vs Ohio*, faz-se necessário uma pequena construção histórica da jurisprudência norte americana acerca do tema.

Em que pese a Constituição americana seja de 1787, a primeira jurisprudência da Suprema Corte Americana acerca da limitação da liberdade de expressão é do início do século XX. Tratava-se da teoria do perigo claro e iminente (*clear and presente danger*) em que,

⁶⁰ Ver tópico 4.1: “Liberdade de expressão e a busca da verdade”.

⁶¹ Ver tópico 4.3: “Liberdade de expressão e a autonomia do indivíduo”.

⁶² Ver Resumo do presente trabalho.

resumidamente, legitimava a liberdade de expressão, ainda que causasse danos a terceiros, desde que, contudo, não causasse nenhum perigo claro e iminente. Diante da sua utilização política, tendo em vista que até propaganda comunista fora proibida⁶³, essa teoria fora substituída.

Conforme João Trindade Cavalcante (2018, p. 94) nos ajuda a entender, posteriormente, a Suprema Corte Americana decidiu por substituir a teoria do perigo claro e iminente pela teoria da má intenção (*bad intention*). No caso Whitney versus Califórnia (1927) ficou entendido que não bastava perigo claro e iminente, havia a necessidade de haver má intenção também.

Posteriormente, a Suprema Corte Americana, no caso Chaplinski versus New Hampshire (1942), substituiu tal teoria por aquela em que a doutrina norte-americana denomina de “*Fighting words*”. Ou seja, conforme nos explica Daniel Sarmiento (2006, p.9), seriam admitidas restrições a determinadas manifestações se, por sua natureza, resultassem em algum conflito.

Em concordância com João Trindade Cavalcante (2018, p.95), essas teorias representavam uma restrição a liberdade de expressão, sendo esta somente superada a partir do caso Brandenburg versus Ohio (1969), onde a Suprema Corte Americana passa a adotar a teoria da iminente ação ilegal (*imminent Lawsse action*). Teoria essa que determina que somente há restrição à liberdade de expressão quando estiver diante de uma iminente ação ilegal. Caso não haja iminência de qualquer ação ilegal, tratar-se-á de um mero exercício da liberdade de expressão.

Posterior a esta pequena análise jurisprudencial da Suprema Corte Americana do início até meados do Século XX, passar-se-á a estudar o caso Brandenburg versus Ohio (1969).

5.3. Caso Brandenburg versus Ohio (395 U.S. 444,1969):

Brandenburg foi um fazendeiro, líder do grupo Ku Klux Klan que ao ser entrevistado por um canal de televisão norte-americano, cercado de pessoas encapuzadas e com uma cruz pegando fogo, afirmou que se a classe política norte-americana continuasse a “suprimir direitos

⁶³ Caso Schenck vs United States (1919).

da raça caucasiana”, eles seriam obrigados a reagir⁶⁴. Além do mais, também foi gravado comentários de ameaças a negros e judeus, tais como os de que negros deveriam voltar para a África e os judeus para Israel.⁶⁵

Diante da grande repercussão, as instâncias ordinárias do Estado de Ohio incriminaram Brandenburg pelo delito de apologia ao crime (*criminal syndicalism*), por entenderem haver risco claro e iminente em suas palavras que poderiam resultar em violência⁶⁶.

A Suprema Corte Americana, contudo, ao se deparar com o caso, discordou da tese aplicada pelas instâncias ordinárias da justiça de Ohio e entendeu por reverter a condenação do líder do Ku Klux Klan, uma vez que, por mais que tenha sido um discurso reprovável, não se configurou a existência de nenhuma palavra de luta (*Fighting words*). Dessa forma, seguindo o entendimento do Tribunal americano, não caberia ao Poder Judiciário limitar o direito a liberdade de expressão baseado em um juízo de valor acerca das palavras proferidas.⁶⁷

Conforme João Trindade Cavalcante (2018, p.97-98) explica:

Não se admite, em resumo, um juízo baseado no conteúdo do discurso em si. Só se pode limitar a liberdade de expressão quando houver clara e imediata incitação à violência, independentemente do conteúdo das palavras proferidas – uma iminente ação ilegal (*imminent Lawless action*).

Pode-se afirmar, portanto, que no caso Brandenburg versus Ohio há o surgimento de uma nova teoria na jurisprudência norte americana acerca da limitação a liberdade de Expressão, denominada de iminente ação ilegal (*imminent Lawless action*).

Teoria essa com forte influência do liberalismo político. A noção do mercado de ideias, a necessidade de neutralidade do Estado, assim como o princípio de que não cabe ao Poder

⁶⁴ LYND, Staughton. Comments “Brandenburg v. Ohio: A Speech Test For All Seasons? Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3869&context=uclrev>. Acessado em: 21/06/2018.

⁶⁵ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#annotation>. Acessado em: 21/06/2018.

⁶⁶ Dessa forma, aplicaram o que é comumente chamado pela doutrina de *Fighting words*.

⁶⁷ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.97

Judiciário julgar algum indivíduo com base no conteúdo de seu discurso, mas apenas em seus efeitos encontram-se presentes no decorrer do julgado (CAVALCANTE, 2018)

Seguindo esse pensamento liberal⁶⁸, argumentou-se que caso houvesse abuso na utilização da liberdade de expressão, não será o seu cerceamento que resolverá o problema e sim mais liberdade de expressão. Afinal, conforme defendido por John Stuart Mill, no mercado de ideias, os indivíduos tem o direito de ouvir todas as formas de pensamento e são responsáveis por escolherem as ideias que serão por eles mais bem aceitas.

A análise dos votos dos *Justices* nos permite encontrar elementos basilares da influência política do liberalismo na decisão do caso. Conforme João Trindade Cavalcante (2018, p.99) afirma, tal influência é revelada a partir da: “Internacionalização de argumentos de autores representativos de uma ideologia (no caso, basicamente, Stuart Mill) e, principalmente, a construção de argumentos de direito a partir de argumentos da política”.

A título de exemplificação, conforme apresentado por João Trindade Cavalcante (2018, p.100), temos o voto do *Justice* Douglas que utiliza de diversos pensamentos liberais, como “todas as questões ideológicas estão além do alcance da penalização e da sondagem dos investigadores”, sendo travestidos de argumentos jurídicos para justificar seu voto.⁶⁹

Se nos precedentes anteriores a Suprema Corte Americana utilizava-se de argumentos utilitaristas, isto é, acreditava-se na possibilidade de limitação da liberdade de expressão desde que se evitasse alguma consequência considerada inadequada, a partir do caso *Brandenburg* versus *Ohio* há uma mudança, uma vez que se passa a adotar critérios da filosofia liberal. Isto é, passa-se a utilizar de argumentos da filosofia política liberal como justificativa jurídica para uma visão mais garantidora da liberdade de expressão.⁷⁰

5.4. Caso Partido Nacional Socialista versus Skokie (432 U.S. 43, 1977)⁷¹:

⁶⁸ Ver capítulo 4.1.

⁶⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.100

⁷⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.103

⁷¹ 432 U.S. 43, 1977, Partido Nacional Socialista Versos Skokie. Teor disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=432&invol=43>. Acesso em 20 de junho de 2018.

Em 1977, o Partido Nacional Socialista da América propõe a realização de uma marcha com símbolos nazistas, bem como cartazes favoráveis as propostas de Adolf Hitler e contrário aos judeus, em Skokie, uma pequena aldeia localizada no Estado de Illinois, formada por maioria de negros e judeus sobreviventes das atrocidades do Holocausto.

As autoridades locais não concederam a autorização necessária para a marcha, bem como impediram a exibição da suástica e a distribuição de panfletos que incitassem o ódio a judeus ou outras pessoas.

Os membros do partido Nazista americano apelaram a Corte Suprema Estadual afirmando haver uma violação a Primeira Emenda da Constituição. Contudo a Corte Estadual não conheceu o recurso, fato este que fez com que os nazistas fossem a Suprema Corte Americana alegando haver demora na análise da apelação pelo Tribunal Estadual, ocasionando uma forma de negativa de jurisdição. A Suprema Corte então decidiu por permitir a realização da marcha, até que o recurso fosse julgado pela justiça estadual.

Em que pese o caso narrado seja uma discussão meramente processual⁷², é suficiente para analisar o pensamento então vigente na Suprema Corte Americana, uma vez que a preocupação maior foi quanto a amplitude da liminar concedida pela Corte Estadual ao restringir a marcha, sem qualquer comentário ao mérito da questão. Para João Trindade (2018,p.105), tal fato é a confirmação de que para a Corte máxima da justiça americana coloca a defesa da liberdade de expressão em um patamar acima da dignidade e da proteção a honra, uma vez que a ausência de discussões sobre o mérito e naturalidade com que tomou tal decisão, reforça a posição de destaque que a liberdade de expressão possui frente aos demais direitos.

5.5. Caso Texas versus Johnson (491 U.S. 397,1989):

Durante a década de 1980, um grupo de críticos ao Governo do então Presidente Ronald Reagan reuniram-se em frente a uma convenção do Partido Republicano. Entre um desses críticos estava Gregory Lee Johnson que, em forma de protesto, queimou a bandeira dos Estados

⁷² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018

Unidos. Diante desse fato, foi condenado a pena de prisão e multa, uma vez que a lei do Texas criminaliza o desrespeito a bandeira.

Ao entrar com recurso na Corte Estadual, o réu foi absolvido, uma vez que se entendeu pela inconstitucionalidade da lei. Irresignado, porém, o Estado do Texas recorreu a Suprema Corte americana.

Em que pese não se trate de um caso de discurso de ódio, trata-se de uma excelente forma exemplificativa de demonstrar como a doutrina liberal influencia na interpretação dada pela Suprema Corte nos casos em que há discussão acerca da liberdade de expressão.

A decisão proferida pela Suprema Corte demonstra com exatidão o pensamento liberal acerca da liberdade de expressão, bem como a utilização de argumentos políticos liberais sendo travestidos de argumentos jurídicos.

A maioria da Corte, de acordo com o *Justice* William Brennan, entendeu por concordar com a defesa de Johnson, uma vez que considerou a queima da bandeira uma forma “simbólica de discurso” e, conseqüentemente, deve ser protegida pela Primeira Emenda.

Em outro ponto crucial do seu voto, o *Justice* Brennan revela a influência liberal na defesa da liberdade expressão ao utilizar do princípio da neutralidade. De acordo com o juiz, ainda que em situações em que haja indignação por parte da sociedade, o Governo não pode limitar a expressão simplesmente porque a sociedade acredita que tal ideia é ofensiva ou desagradável.⁷³

Nesse momento, verifica-se como o argumento político é transformado em argumento jurídico⁷⁴, por meio da interpretação judicial. Conforme João Trindade Cavalcante (2018, p.108) explica, ao argumento político se anexam posições que, posteriormente, formam os argumentos jurídicos. Dessa forma, o argumento de que não se pode limitar expressões somente pelo fato da sociedade ser contrária a elas, é transformada em princípio jurídico.⁷⁵

⁷³Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989). Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/case.html>. Acessado em 20 de junho de 2018.

⁷⁴ Facts and Case Summary - Texas v. Johnson. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-texas-v-johnson>. Acessado em 20 de junho de 2018.

⁷⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.109

Ao analisar, novamente, parte do voto do *Justice* Brennan encontra-se afirmações como a de que não se pode permitir que o Estado limite a liberdade de expressão somente porque a sociedade não concorda com a ideia, uma vez que, seria um princípio básico subjacente da Primeira Emenda. Como se pode ver, essa parte do voto, demonstra com exatidão o momento em que um pensamento filosófico-político é transformado em jurídico. (CAVALCANTE, 2018, P.109).

Por fim, no decorrer do voto, demonstrando a força do pensamento liberal surgido no caso *Brandenburg* versus *Ohio*, outros argumentos políticos liberais são transmutados em argumentos jurídicos, como o “livre mercado de ideias” e a necessidade de não atuação estatal para que esse mercado atue de maneira eficiente.

5.6. Caso *R.A.V* versus *Saint Paul* (505 U.S.377,1992):

Um grupo de jovens invadem o jardim da casa de uma família de afrodescendentes e queimam uma cruz, símbolo do *Ku Klux Klan*.⁷⁶

Diante desse ato, foram processados criminalmente, sendo condenados com base na lei estadual que visava combater o crime de ódio, bem como os crimes motivado por preconceito com base em raça, cor, credo, religião ou gênero.

Ao analisar a questão, a Suprema Corte do Estado do *Minnessota* entendeu que a lei estadual deveria ser interpretada conforme a Constituição, de modo que, no caso em tela, as atitudes dos jovens configurariam condutas que poderiam gerar violência. Sendo aplicado, portanto, a condenação com base na teoria do *Fighting words*.

Contudo, a Suprema Corte Americana invalidou tal decisão, uma vez que entendeu pela inconstitucionalidade da lei estadual. Os juízes, em maioria, entenderam que o Estado pode impedir o uso de *Fighting words*, contudo, essa limitação não pode ser parcial. Isto é, não se

⁷⁶ *R.A.V. v. City of St. Paul*, Oyez, <https://www.oyez.org/cases/1991/90-7675>. Acessado em 22/06/2018.

pode haver uma lei que impede a circulação de somente certos tipos e ideias, enquanto que outros tipos estariam sendo permitidos.⁷⁷

Conforme será analisado, o voto redigido pelo *Justice Scalia* é caracterizado por diversos argumentos do pensamento liberal que foram transformados em argumentos jurídicos.

Scalia inicia seu argumento afirmando que qualquer regulamentação baseada somente no conteúdo é presumidamente inválida. Isto é, pode ocorrer uma proibição de um determinado conteúdo ofensivo, contudo, tal proibição ocorreria somente com base em seus efeitos, jamais pelo conteúdo em si. Posteriormente, justifica essa invalidação utilizando do princípio da neutralidade do Estado como base argumentativa. Para o *Justice*, não cabe ao Estado regular comportamentos com base na hostilidade ou favorecimento em relação a manifestação realizada.⁷⁸ Ademais, percebe-se que Scalia utiliza de argumentos como o mercado de ideias, ao afirmar que uma atuação Estatal poderia inviabilizar seu real funcionamento. Em suma, tratam-se de argumentos de natureza nitidamente política e liberal.⁷⁹

Ao analisar especificadamente a validade da lei estadual, a Corte Americana entende por sua inconstitucionalidade, uma vez que criminaliza somente o uso de *Fighting words* de determinados grupos e de determinadas manifestações, mas não para outros segmentos.

Daniel Sarmento (2006, p.10) ao dissertar sobre o voto de Scalia, afirma que:

Nas palavras de Scalia, para a lei em discussão, “cartazes contendo algumas palavras – ofensas raciais odiosas, por exemplo – seriam proibidas para os proponentes de todos os pontos de vista. Mas ‘fighting words’ que por si só não invocassem raça, cor, credo, religião ou gênero – afirmações sobre a mãe de alguém, por exemplo – poderiam aparentemente ser usadas à vontade nos cartazes daqueles que defendessem a tolerância e a igualdade raciais, de cor, etc., mas não poderiam ser usadas pelos seus oponentes”. Isto, segundo a Corte, bastaria para caracterizar a inconstitucionalidade da norma (...)

Esse raciocínio demonstra a clara manifestação do pensamento político na análise de uma questão judicial. Ao considerar que não se pode criminalizar somente algumas condutas

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do “HATE SPEECH”. P.10

⁷⁸ R. A. V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>. Acessado em 22 de junho de 2018.

⁷⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:

Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.113

discriminatórias, o questionamento adequado seria a existência ou não de alguma omissão na lei e não a sua inconstitucionalidade. Contudo, diante do pensamento político, no caso liberal, há uma deturpação da interpretação judicial, uma vez que no pensamento liberal seria inaceitável o atuar Estatal contra algumas formas de manifestação e não de outras.⁸⁰

Dando continuidade na utilização de argumentos políticos sendo transformados em argumentos jurídicos, a Suprema Corte americana, ao refutar a tese adotada pela Corte Estadual de Minnessota, utiliza-se de um argumento puramente liberal. Afirma que, segundo a Primeira Emenda, não se pode limitar discurso com base no seu conteúdo somente porque parte da sociedade discordou dele.⁸¹ Sendo assim está evidenciada, mais uma vez, a presença de argumentos políticos em decisões jurídicas.

Em suma, conforme João Trindade Cavalcante (2018, p.119) nos ajuda a compreender, todas essas discussões acerca da limitação da liberdade de expressão quando diante de um discurso de ódio (basicamente uma discussão entre preponderância entre a liberdade de expressão e outro direito fundamental) são discussões de ideologias políticas, camuflados de discussões jurídicas acerca da Primeira Emenda. Uma vez que há uma transcendência de argumentos que são além do Direito, ocasionando em uma corrupção do código jurídico pelos argumentos políticos.⁸²

5.7. Caso Virginia versus Black Et al (538 U.S. 343, 2003):

O caso Virginia vs. Black Et al é interessante por confirmar o precedente do caso R.A.V. No caso em tela, Barry Elton Black, Richard J. Elliot e Jonathan O'Mara foram, separadamente, condenados criminalmente por violar a lei do Estado da Virgínia que criminalizava a queima de cruzeiros que haviam o intuito de aterrorizar qualquer pessoa ou grupo.

⁸⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.112.

⁸¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.115

⁸² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.119

No julgamento, Black utilizou como defesa a Primeira Emenda da Constituição. Contudo, o júri considerou que, com base na lei estadual, o ato de queimar uma cruz já era evidência suficiente de que a atitude visava intimidar terceiros.

Quanto aos demais, O'Mara e Elliot, foram condenados pelo crime. O primeiro por confessar que queimou uma cruz em um jardim na casa de um negro que havia acabado de se mudar para a cidade. Enquanto que Elliot também fora condenado pelo júri, contudo sem utilizarem do argumento de que havia uma presunção de intimidação na atitude.⁸³

Após as condenações, os réus recorreram a Suprema Corte do Estado da Virgínia que os absolveu alegando que a referida lei era inconstitucional, uma vez que era contrária a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Ao chegar na Suprema Corte, os juízes entenderam pela constitucionalidade da referida lei, uma vez que se encontrava em consonância com o previsto na Constituição. Conforme análise do voto redigido pelo *justice* O'Connor, a Corte entendeu pela constitucionalidade da lei do estado da Virgínia, uma vez que condenava, genericamente, a conduta de queimar uma cruz, com a intenção de intimidade, qualquer que fosse a razão.

Como se pode ver, trata-se de um caso diferente do R.A.V, onde a lei foi considerada inconstitucional por punir determinados tipos de condutas e outros tipos não. Pode-se falar, portanto, que o caso Black et all é confirmação do precedente adotado em R.A.V, no sentido de não poder criminalizar com base no conteúdo da manifestação.

5.8. Análise conclusiva da jurisprudência norte-americana:

A análise histórica da jurisprudência norte-americana, nos permite demonstrar a evolução do pensamento da Suprema Corte acerca dos limites da liberdade de expressão. Se no início do Século XX, a Corte sofria grande influência do pensamento utilitarista, permitindo a limitação da liberdade de expressão se houvesse um perigo claro e iminente, posteriormente, há uma substancial alteração desse pensamento, uma vez que se passa a compreender que nem mesmo

⁸³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.122.

a manifestação de ódio justifica a limitação da liberdade de expressão, salvo caso haja uma iminente ação ilegal.

Conforme trabalhado, essa nova fase surge no famoso caso de *Brandenburg vs. Ohio* que culmina com a ascensão do pensamento liberal sobre as decisões da Suprema Corte. Conforme demonstrado no decorrer dos diversos casos julgados pela Corte americana, passa-se a ter uma influência do discurso liberal sobre o discurso judicial. Conforme João Trindade (2018, p.123) afirma: “Seja na versão liberal-utilitária de Stuart Mill, seja na feição liberal- deontológica de Rawls e Dworkin, o ideário liberal encontra guarida- e, mais que isso, encontra reafirmação e garantia – nos votos vencedores”.

A utilização de argumentos políticos dos pensadores liberais como neutralidade do Estado, defesa ao mercado de ideias, bem como a dicotomia entre Estado e Sociedade presentes de forma ainda mais acentuada no caso *R.A.V* versus *Saint Paul*, demonstram a usurpação desses argumentos em face dos argumentos jurídicos.

Conforme João Trindade Cavalcante (2018, p.125):

Contudo, não é só essa tradição jurídica que explica um tratamento tão peculiar. A ideologia política predominante nos EUA (liberal e utilitária, principalmente) influencia diretamente a forma como a Suprema Corte “lê” as questões envolvendo a liberdade de expressão. A presença de vários indicadores de influência política nas decisões- principalmente a transformação de argumentos políticos em argumentos jurídicos- confirma essa tese.

Em decorrência da influência desse pensamento liberal na sociedade americana, os juízes da Suprema Corte acabam por analisar as questões envolvendo limitação da liberdade de expressão, em suma, como sendo, um conflito entre direitos das minorias x desejo da maioria ou como sendo um conflito entre Estado e sociedade. Dessa forma, conforme fica nítido no caso *R.A.V*, a ideologia acabar por influenciar até a forma de se analisar e interpretar o caso concreto.⁸⁴

⁸⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.127

Em suma, conforme análise feita na jurisprudência norte-americana, o que ocorre nas decisões americanas que envolvem a liberdade de expressão é a influência do liberalismo. Influência esta que transforma argumentos políticos em jurídicos, conforme demonstrado em todas as jurisprudências aqui citadas. Dessa forma, conforme bem citado por João Trindade (2018, P.128), pode-se falar que as decisões tomadas pela Suprema Corte Americana sobre a manifestação de ódio são fundamentadas, basicamente, na ideia de ser um direito individual a livre manifestação, ainda que seja um discurso de ódio, bem como há a reafirmação de uma teoria de Estado, no caso norte-americano, o liberalismo político.

6. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

6.1. O tratamento dado ao discurso de ódio pelo Supremo Tribunal Federal:

Em que pese o Supremo Tribunal Federal já tenha debatido sobre a liberdade de expressão algumas vezes⁸⁵, no que se refere ao debate acerca da limitação ao discurso de ódio, a jurisprudência é mais rarefeita. Dessa forma, há somente dois casos em que há o debate acerca do tema. Trata-se do famoso Caso Ellwanger (HC 82.959/RS) e, mais recentemente, o Caso do Pastor Tupirani (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303/ RJ).

Cabe analisar que diferentemente da Suprema Corte americana onde há um *justice* responsável por redigir o pensamento da Corte sobre determinado tema, o Supremo Tribunal Federal não atua da mesma forma, uma vez que cada ministro profere seu voto, cada um com sua argumentação. Em que pese isso favoreça na análise do pensamento de cada ministro, também acaba por dificultar a análise da sua decisão, como órgão colegiado, uma vez que o acórdão se trata do somatório de decisões individuais.

Diante da pouca jurisprudência no STF sobre o discurso de ódio e a possibilidade de sua limitação, assim como essa característica de cada ministro proferir seu voto, faz com que hoje, no Brasil, não haja uma ideologia política que predominante.⁸⁶

6.2. Caso Ellwanger (HC 82.959/RS):

⁸⁵ STF afasta exigência prévia de autorização para biografias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acessado em: 23 de junho de 2018;

STF declara inconstitucionais dispositivos da Lei das Eleições que vedavam sátira a candidatos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382174&caixaBusca=N>. Acessado em: 23 de junho de 2018.

⁸⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.155

Siegfried Ellwanger Castan é responsável por escrever, editar e publicar um livro chamado “Holocausto Judeus ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”. No decorrer do livro, o autor tentava argumentar que as maiores vítimas do holocausto teria sido o próprio povo alemão. Além disso, chegou a publicar livros de outros autores com conteúdo antissemita.

Em decorrência dessas ações, o autor fora denunciado por incitação ao racismo, com base no artigo 20 da lei 7.76/89 que previa pena de reclusão de 2 a 5 anos, “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Apesar de absolvido pelo juízo de primeira instância, acabou por ser condenado em segunda instância a pena de dois anos de reclusão pelo Tribunal de Justiça do Estado de Justiça do Rio Grande do Sul.

Diante desse fato, houve a impetração do Habeas Corpus, que foi denegada, ao Superior Tribunal de Justiça, e, posteriormente, encaminhado um novo Habeas Corpus para o Supremo Tribunal Federal com a alegação de haver a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição, uma vez que para defesa, não se tratava de crime de racismo, já que os judeus não seriam uma raça.

Ao analisar essa questão levantada pela defesa, os ministros do STF entenderam por discordar desse argumento da defesa, por entende que o conceito de raça deveria ser cultural e não biológico, uma vez que, biologicamente falando, não seria possível falar em diferentes formas de raças humanas. Dessa forma, ficou afastada a prescrição do caso, conforme pedia a defesa.

Posteriormente, conforme Daniel Sarmiento (2006) nos ajuda a entender, o STF passa a analisar a possibilidade ou não da incidência do tipo penal de racismo sobre os demais atos, como editar, publicar e escrever livros antissemitas e se tais fatos estariam protegidos pela liberdade constitucional garantida pela Constituição. Essa questão é respondida pelo Tribunal no acórdão do caso. Para a Corte, a edição e publicação de obras antissemitas com conteúdo elogioso ao regime nazista, assim como a busca por desqualificar o povo judeu equivalem a incitação ao “discrímem” com alto teor racista. Por fim, termina por afirmar que as liberdades

presentes no texto constitucional não são incondicionais e que devem ser exercidas de maneira harmônica, conforme determina a própria Constituição. Dessa forma, o STF considerou que a liberdade de expressão não é um direito absoluto.⁸⁷ Diante de tais fatores, acabou por denegar o pedido do Habeas Corpus, por oitos votos a três.

Ao realizarmos uma análise preliminar dos votos dos ministros, pode-se dividir em dois segmentos: De um lado, aqueles que utilizaram de mais argumentos políticos para defender seus votos e, do outro lado, aqueles que realizaram um voto mais técnico, como menos influência política em seus votos

6.2.1. Análise dos votos dos Ministros com menor influência política na sua argumentação:

O voto do ministro relator Moreira Alves foi por conceder a ordem ao Habeas Corpus impetrado pelo paciente, uma vez que, para ele, os judeus não são e não se enxergam como raça. Além disso, considera que o presente no inciso XLII do artigo 5º diz respeito a proteção somente aos negros, de modo que se não fala de judeus. Dessa forma, considerou que o crime cometido por Ellwanger era prescritível e, por conta disso, deveria ser concedido o Habeas Corpus ao paciente, uma vez que já ocorreu a prescrição da pretensão punitiva.

Em que pese tenha sido voto vencido, trata-se de um voto técnico, uma vez que não utilizou de argumentos políticos travestidos de jurídicos como base para fundamentação para seu voto. Pelo contrário, conforme João Trindade Cavalcante (2018): “a argumentação política vem em reforço da argumentação jurídica, e não o contrário.”

Para o ministro Gilmar Mendes, em especial, apesar do pensamento liberal na defesa da liberdade de expressão, teve um voto técnico. O ministro argumenta que o caso em tela era um *hard case* que só poderia ser solucionado com base na ponderação entre a liberdade de expressão e a proibição do racismo⁸⁸. Por isso, em seu voto, defendeu a condenação do paciente,

⁸⁷ STF. HABEAS CORPUS:82.424. Caso Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ:19/03/2004. STF.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>. Acesso em: 23 de junho de 2018.

⁸⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:

Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.160

uma vez que em uma sociedade plural há a necessidade da tolerância e respeito à dignidade humana, de modo que, compensava a limitação da liberdade de expressão do paciente.⁸⁹

Outro voto que pode ser considerado técnico é o do ministro Carlos Brito, que votou pela concessão do Habeas Corpus e caracterizou-se pela extensa argumentação em prol da proteção a liberdade de expressão e a análise de outros direitos fundamentais presentes no Texto Constitucional como a liberdade de crença. Para o referido ministro, no caso em tela, não se caracterizou a incitação ao racismo e sim a utilização da liberdade de expressão para a propagação de uma determinada ideologia.

6.2.2. Votos com maiores graus de influência de ideologia política:

Conforme João Trindade Cavalcante (2018, p.162) nos ajuda a entender, os votos que aparentam possuir maiores indicadores de influência política são dos ministros Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Marco Aurélio. Sendo que desses votos, os dois primeiros votaram por denegar a ordem do pedido de Habeas Corpus, enquanto o ministro Marco Aurélio votou pela concessão da ordem ao paciente.

O ministro Maurício Corrêa inicia seu voto⁹⁰ citando diversas passagens bíblicas falar sobre a história dos judeus, assim como para demonstrar, conforme suas palavras, a estigmatização do povo judeu. Dessa forma, o referido ministro já inicia seu voto com uma questão que deveria ser irrelevante para o aspecto jurídico, que é o aspecto religioso.

Com opinião divergente do ministro relator Moreira Alves sobre o que o poder constituinte originário queria com o artigo 5 inciso XLII, o ministro Maurício Corrêa utiliza como argumento o fato dele ter sido deputado constituinte para questionar a argumentação do ministro relator de que tal inciso fora criado pelo poder constituinte como forma de proteção aos negros pela discriminação sofrida.

⁸⁹ Não é objeto do presente trabalho, contudo, importante relatar que a utilização da técnica da ponderação em uma questão penal foi criticada até pelos defensores do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁰ Caso Ellwanger (HC 82.959/RS). Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>. Acessado em 23 de junho de 2018.

Posteriormente, sofrendo uma influência do pensamento comunitarista, alega que a conduta do paciente é incompatível com os padrões morais e ético com o que está escrito na Constituição Federal.⁹¹

Conforme João Trindade Cavalcante (2018, p.167) explica:

Há outras passagens em que se encontram indícios de substituição do código jurídico pelo código político. Outras, entretanto, são meros exageros retóricos, mas que, no conjunto do voto, denotam uma preocupação maior com o convencimento e a reafirmação de uma posição política do que com a construção de um raciocínio jurídico. Desse jaez são, por exemplo os trechos em que o Ministro Maurício Corrêa defende que a conduta de Ellwanger atinge “até mesmo a própria vida” dos judeus (p.585), ou quando implicitamente defende uma tipificação direta do racismo pela própria Constituição, independentemente de intermediação legislativa regulamentadora (p.768, em aparte ao Ministro Carlos Britto).

Dessa forma, fica manifestamente clara a transformação de argumentos políticos em jurídicos no voto do ministro Maurício Correa

O ministro Nelson Jobim em seu voto, conforme folhas 695 e 696⁹², faz uma distinção entre as publicações realizadas para caráter histórico realizadas, por exemplo, pela Biblioteca Nacional e os que não possuem tal função para justificar o voto pela condenação a prática de racismo. Para o ministro, a publicação do livro feito pelo paciente, tinha única e exclusivamente vontade de praticar racismo.

Nesse voto temos alguns pontos importantes a serem destacados. Primeiramente, em que pese o Ministro tenha afirmado que seu voto seria diferente caso fosse uma publicação histórica/científica, cabe ressaltar que tal divisão não encontra proteção no texto Constitucional. Isto é, a Constituição brasileira em nenhum momento realiza uma distinção na forma em que a liberdade de expressão será mais ou menos protegida de acordo com o seu conteúdo, ou, com base em quem é o responsável por esse conteúdo, ou qual é a intenção do autor.

⁹¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.167

⁹² Caso Ellwanger (HC 82.959/RS). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>. Acessado em 23 de junho de 2018.

Por conta disso, ao utilizar de argumentos não jurídicos, apenas um vago pensamento pessoal do ministro sobre o que seria justo ou injusto para a definição do caso que o ministro Nelson Jobim está na lista daqueles que possuem influência política em seus votos.

Por fim, o voto do ministro Marco Aurélio é caracterizado por diversas passagens em defesa do liberalismo. Ressalta-se que a mera defesa do ideal liberal não configura uma influência política no julgamento, uma vez que se pode fazer isso utilizando argumentos jurídicos, constitucionais.

No entanto, ao defender a liberdade de expressão, o ministro utiliza de alguns argumentos que indicam a influência do liberalismo político em seu voto, tais como a ideia de neutralidade por parte do Estado, a dicotomia existente entre Estado x Sociedade, a utilização de citação de trechos de obras de autores como John Stuart Mill, bem como a ideia de proibição à restrição com base no conteúdo presente na doutrina americana, conforme já trabalhado. (CAVALCANTE, 2018)

Defendendo a concessão do Habeas Corpus ao paciente, o referido ministro argumenta em seu voto (página 884)⁹³:

(...) parece-me temerário, ou no mínimo arriscado, a restrição acintosa da liberdade de opinião pautada somente em expectativas abstratas ou em receios pessoais dissociados de um exame que não leve em consideração os elementos sociais e culturais ou indícios já presentes de nossa história bibliográfica. Assim sendo, também não se pode servir de substrato para a restrição da liberdade de expressão simples alegação de que a opinião manifestada seja discriminatória, abusiva, radical, absurda, sem que haja elementos concretos a demonstrarem a existência de motivos suficientes para a limitação propugnada.

No decorrer do desenvolvimento do seu voto, contudo, o ministro reconhece que o direito a liberdade de expressão não é absoluto, uma vez que em determinados casos haveria a possibilidade de restringi-lo com base no princípio da ponderação, conforme trabalhado no voto do ministro Gilmar Mendes. Contudo, o ministro alega que não há no Brasil um espaço cultural antissemita, de modo que o livro publicado pelo paciente não iria gerar um aumento no preconceito sofrido pelos judeus em território nacional. Dessa forma, após a ponderação de tais fatores, não justificaria, portanto, a supressão a liberdade de expressão do paciente. Conforme

⁹³ Caso Ellwanger (HC 82.959/RS). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>. Acessado em 23 de junho de 2018.

Daniel Sarmiento (2006) nos ajuda a entender, na opinião do ministro, denegar a ordem ao pedido de Habeas Corpus ao paciente representaria uma “jurisprudência simbólica”, que o Supremo Tribunal Federal estaria relativizando um direito fundamental em decorrência do “politicamente correto”.

Como se pôde ver, não foram analisados os votos de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal e sim daqueles em que haviam maiores e menos graus de influência política nos seus votos. Tal decisão ocorreu por se tratarem de votos enxutos que não ajudariam na análise.

Conforme João Trindade Cavalcante (2018) afirmou, é possível encontrar influência política em alguns votos, tais como o liberalismo e o comunitarismo, contudo, não dá para afirmar que haja uma visão política predominante na jurisprudência brasileira acerca da limitação ao discurso de ódio.

Para Daniel Sarmiento (2006), em que pese haja discussão se o argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal foi correto, a limitação ao discurso de ódio mostrou-se correta e está em consonância com o que vem sendo adotado pela jurisprudência de outras democracias – com exceção dos Estados Unidos.

6.3. Caso Pastor Tupirani (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303/ RJ):

Pastor da Igreja Pentecostal “Geração Jesus Cristo”, Tupirani da Hora Lopes, conforme presente nos autos, utilizou da sua profissão de fé para realizar vídeos discriminando outras religiões, tais como: Católica, umbandistas, mulçumanos, judeus, espíritas e outras comunidades denominadas evangélicas. Na religião islâmica, em específico, chegou a adjetivar como sendo uma “religião assassina”, conforme presente no voto do ministro Celso de Mello (página 1)⁹⁴. Dessa forma, foi condenado pela 20ª Vara Criminal da capital do Rio de Janeiro à pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, por praticar conduta delituosa prevista no artigo 20, caput e parágrafos 2º da lei número 7.716/89, que disciplina *in verbis*:

⁹⁴ Caso Tupirani: Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303/ RJ. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/03/OS-PRINC%C3%8DPIOS.pdf>. Acessado em 23 de junho de 2018.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa (BRASIL, 1989)

Irresignado com a decisão, o autor recorreu ao Tribunal do Estado do Rio de Janeiro que manteve a pena proposta na sentença, apenas alterando, parcialmente, a quantidade de dias multas. Após o Habeas Corpus ter sido rejeitado no Superior Tribunal de Justiça, a defesa ingressou com um Recurso Ordinário em Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal com pedido de trancamento da ação penal por atividade da conduta, uma vez que a crítica a outras religiões, supostamente, faria parte da prática religiosa, direito este preservado e protegido pela Constituição Federal.

A segunda turma do STF julgou improcedente o pedido apresentado pela defesa do pastor pelo trancamento da ação penal por quatro votos a um.

O ministro relator Edson Fachin, em que pese tenha achado o discurso reprovável, não considerou que a conduta como tipificada penalmente. Para o ministro, há a necessidade de diferenciar a discriminação que pode existir e a comparação entre as crenças que ele considera comum ocorrer. No caso em tela, o ministro entendeu que a conduta do paciente, ainda que pedante, esta inserida no confronto de ideias existente entre religiões e que tal atitude é assegurada pela Constituição. Desse modo, por mais que tenha achado o conteúdo reprovável, concordou com o argumento da defesa com o pedido de trancamento da ação penal.

Os votos dos ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, foram os próximos a votarem e divergiram do voto do ministro relator. O primeiro faz um levantamento histórico e social do Brasil para afirmar que sempre foi um país conhecido por sua suposta tolerância religiosa. Para o Ministro, ações como as tomadas pelo autor da ação alimentam o preconceito e a intolerância, de modo que caberia ao Estado a função de pacificar a sociedade. Já o ministro Ricardo Lewandowski utilizou como argumento a necessidade de atuação do Estado frente a um problema que se agrava no mundo inteiro, que é o discurso de ódio. Para o ministro, a Constituição, já em seu preâmbulo impede que tais manifestações possam ocorrer, uma vez que fala na necessidade de construção de uma sociedade fraterna, sem preconceitos, tendo sua

fundação a harmonia social. Para o ministro, trata-se, portanto, de um dever de proteção a um direito também assegurado pela Constituição, que é a ideia de solidariedade.

Os dois últimos ministros a votarem foram o ministro Gilmar Mendes e o ministro Celso de Mello, sendo estes, os únicos da segunda turma que estavam presentes no julgamento do “caso Ellwanger”.⁹⁵ O Ministro Gilmar Mendes, começa justamente relembrando em seu voto tal caso e, como no seu voto no Habeas Corpus, defende a posição adotada pelo poder constituinte originário na defesa a liberdade de expressão, contudo, para o referido Ministro, o caso em tela configurou em um excesso desse direito, uma vez que há a necessidade de ser ponderar esse direito com outros também presente na Constituição.

Já o Ministro Celso de Mello inicia seu voto afirmando que a ação realizada pelo autor é um ato de intolerância, de modo que, além de violar preceitos fundamentais positivados, viola o “próprio conceito de Estado Democrático de Direito”. Como se pode ver, é o argumento utilizado por Daniel Sarmento e já aqui trabalhado de que a manifestação de ódio é, além de tudo, antidemocrática.

Posteriormente, o referido ministro inicia uma longa defesa a liberdade de expressão, afirmando tratar-se como um dos pilares da democracia bem como reconhece a importância desse direito, ainda mais em matéria religiosa/confessional.

Conforme palavras do próprio ministro:

Ninguém, ainda que investido de autoridade estatal, pode prescrever o que será ortodoxo em política – ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional – ou estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. Isso porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” representa, conforme adverte HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), “o mais precioso privilégio dos cidadãos...” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense).

Desse modo, continua seu argumento afirmando que a liberdade de expressão se destina a proteção de todos indivíduos e sobre quaisquer opiniões, mesmo aquelas em que não são

⁹⁵ Habeas Corpus: 82.424. Ver voto do Ministro Gilmar Mendes no capítulo 6.2.1.

aceitas pelo pensamento dominante, impedindo, portanto que ocorra qualquer tipo de restrição política ou jurídica.

Posteriormente, utiliza do pensamento liberal da ideia de neutralidade do Estado para haver a livre circulação de ideias para formular suas ideias, sem, contudo, transformá-los em argumentações jurídicas.

Contudo, para o iminente ministro, o direito de se expressar, conforme assegurado pelo Texto Constitucional, é deslegitimado quando a intenção do mensageiro é lesionar bens jurídicos de terceiros, como a honra e a dignidade humana. A partir desse momento, segundo o Ministro, quando se utiliza para da liberdade de expressão como incitação ao ódio, tal direito deixa de ser protegido pela Constituição.

Posteriormente, utiliza-se de argumentos jurídicos, como o Pacto de São José da Costa Rica, utiliza-se do direito comparado, principalmente alguns votos da jurisprudência norte-americana, e da jurisprudência criada pela Corte brasileira no “Caso Ellwanger” para negar provimento ao pedido da defesa.

6.4. Análise conclusiva da jurisprudência brasileira:

Como demonstrando no capítulo acima, o direito brasileiro ainda é escasso no que se refere a discussão acerca da possibilidade da limitação do direito à liberdade expressão diante de manifestações de ódio. Os dois casos aqui narrados demonstram que ainda é um tema incipiente no Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente da Suprema Corte Americana em que se pode ver com clareza a influência de determinadas ideologias políticas nos votos redigidos pela Corte, utilitarismo e, posteriormente, o liberalismo, no Supremo Tribunal Federal isso não é possível. Conforme trabalhado, em determinados votos é até possível enxergar determinadas influências políticas, contudo, sem qualquer protagonismo de alguma delas, uma vez que foram encontradas influências tanto do liberalismo, quanto do comunitarismo.⁹⁶ O fato de haver somente um

⁹⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018. P.177

julgado impede qualquer análise acerca do tema, uma vez que o caso Tupirani, mesmo representando uma continuação jurisprudencial, foi votado somente pelos ministros da segunda turma.

No que se refere na argumentação utilizada para denegar o pedido de Habeas Corpus, cabe ressaltar, conforme trabalhado por Daniel Sarmiento (2006) e João Trindade Cavalcante (2018) que mesmo que a decisão do caso Ellwanger tenha sido comemorado por grande parte da sociedade, ela não se encontra imune a questionamentos importantes. A proposta elencada pelo ministro Gilmar Mendes de utilizar da ponderação para solução do conflito, mostra-se, para alguns doutrinadores, questionável, uma vez que tratava de um remédio constitucional em uma ação penal.

Outro questionamento levantado por críticos do caso Ellwanger é o ponto defendido pelo ministro Marco Aurélio de que em se tratando da publicação feito por um escrito e editor do Rio Grande do Sul não teria qualquer risco concreto de racismo contra os judeus. Com a devida vênia, importante ressaltar que apesar de alguns ministros afirmarem que o Brasil é caracterizado pelo respeito a todas as crenças, tal premissa encontra-se, no mínimo, questionável. O Brasil no seu passado colonial limitava os direitos de judeus de diversas formas, como não podendo pertencer as Câmaras Municipais, assim como eram vítimas da Inquisição⁹⁷. Durante o período pré-segunda guerra mundial, o Partido Nacional Socialista Brasileiro era o segundo maior do mundo, perdendo somente para o alemão.⁹⁸ Isso sem contar em algumas palavras de sentido pejorativo frequentemente ainda utilizadas por parcela da população, como “Judiar”.

Todos esses questionamentos continuam presente, uma vez que, apesar de no caso Tupirani, utilizarem a jurisprudência do caso Ellwanger, tratou-se de uma decisão de uma turma, onde dois ministros estavam no primeiro julgamento. Desse modo, não é possível analisar se há ou não influência de ideologias política nos julgamentos acerca da limitação da liberdade de expressão no STF, uma vez que o tema foi tratado por todo os ministros apenas

⁹⁷ Confederação Israelita do Brasil. História dos Judeus no Brasil. Disponível em: <http://www.conib.org.br/historia>. Acessado em: 24 de junho de 2018.

⁹⁸ MILAN, Pollianna. Brasil teve o maior partido nazista fora da Alemanha. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/brasil-teve-o-maior-partido-nazista-fora-da-alemanha-cf8zq3aco0zap6q9928osdzym>. Acessado em 24 de junho de 2018.

uma vez e a maioria da Corte presente no Caso Ellwanger, já se aposentou. Assim como, por ser um tema pouco debatido ainda no STF, não se pode afirmar que já há uma jurisprudência sedimentada para esses temas no Brasil.

CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão de curso busca discutir a razão pelo qual o tratamento dado para a limitação ao discurso de ódio é diferente na Suprema Corte Norte Americana e o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente que a história cultural e constitucional de cada país interfere na forma de analisar determinados temas, contudo, analisar a jurisprudência de outros países acerca dessa limitação a liberdade de expressão somente por essa visão, acaba por restringir a possibilidade de análise quanto a outros fatores que possam intervir nas Cortes Constitucionais.

Ao analisar sobre a abordagem constitucional a limitação da manifestação de ódio no Brasil e nos Estados Unidos, verifica-se que além dessas tradições culturais e jurídicas de cada país, revela-se a influência de fatores externos em julgamentos jurídicos. Isto é, conforme comprovado no decorrer dos capítulos, as ideologias políticas influenciam nas decisões acerca da limitação da liberdade de expressão. Mais que utilizar de argumentos de natureza política para argumentar em prol de determinada interpretação constitucional, o que seria perfeitamente tolerável, utilizam-se de argumentos eminentemente políticos transformados em argumentos jurídicos.

Conforme trabalho no decorrer dos capítulos, tal ato está mais visível nas decisões da Suprema Corte Americana que em um primeiro momento utilizava-se de argumentos utilitaristas para justificar as teorias que formavam suas jurisprudências e que, posteriormente, a partir do caso *Brandenburg versus Ohio*, iniciou-se a influência do pensamento liberal nos votos acerca da limitação da liberdade de expressão frente ao discurso de ódio. Isso ajuda a explicar o porquê é aceito que um indivíduo coloque fogo em uma cruz, um claro sinal do movimento segregacionista Ku Klux Klan, no jardim da casa de pessoas negras, conforme visto em mais de um caso, e a Corte, apesar de considerar o ato reprovável, entendia que não se podia ter leis em que se proibia determinadas condutas e outras não, além de argumentos políticos sendo vestidos de jurídicos.

No Supremo Tribunal Federal é mais difícil de analisar se há uma ideologia política dominante, uma vez que só há um julgado acerca do tema pela Corte. Como trabalhado no

capítulo, há votos em que sofrem influência de pensamentos políticos, tais como o pensamento liberal no voto do Ministro Marco Aurélio e de um voto com bases na influência comunitarista, por parte do Ministro Maurício Corrêa. Em que pese o voto do Ministro Maurício Corrêa tenha iniciado o voto de divergência do relator e foi acompanhado por mais sete ministros que votaram por denegar a ordem no Habeas Corpus, ainda não dá para falar que o Supremo Tribunal Federal tenha uma influência majoritariamente comunitarista.

Importante ressaltar que não há qualquer problema em defender a liberdade de expressão com uma proteção quase absoluta ou que haja um voto pela sua limitação quando estivermos diante de um discurso de ódio. Ocorre que, conforme trabalhado, ocorreram diversas situações em que o pensamento de um determinado autor de determinado pensamento filosófico era praticamente copiado, agora sob alegação de ser um argumento jurídico.

Liberdade de expressão e sua limitação frente ao discurso odioso não deixa de ser um tema em que cause interesse político diante da sua imensa importância para qualquer Estado Democrático e o direito não é uma ciência fechada em si que não sofra influências do restante da sociedade, dito isto, a questão apresentada no trabalho não é de que não se possa haver defesa de determinados pontos de vista. Ocorre que tais pontos de vistas deveriam ser defendidos por meios de argumentos jurídicos e, complementados por argumentos da filosofia política e não os pensamentos políticos serem transformados em argumentos jurídicos. Tal fato coloca o próprio sistema jurídico em risco.

Tratar da liberdade de expressão e sua limitação em virtude de algum discurso de ódio não é um tema com solução fácil. A forma como a Suprema Corte Norte-Americana lida com isso, colocando o direito à liberdade de expressão acima dos demais direitos e dando a manifestação uma característica quase como um direito absoluto, não soa como a maneira mais adequada para lidar com o problema.

O discurso de ódio utiliza-se de um direito eminentemente democrático, qual seja, liberdade de expressar opiniões e pensamentos para propor um ideal antidemocrático, que é a segregação ou o conflito com determinados grupos, que via de regra, são minoritários.

Em que pese tenha havido críticas ao longo desse trabalho de conclusão de curso acerca da “terceirização” de pensamentos ideológicos em transformá-los em argumentos jurídicos, pareceu-nos adequada a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito a limitação a liberdade de expressão quando tivermos diante de manifestações odiosas. Discurso de ódio, conforme já dito, além de ser antidemocrático, corrobora para o crescimento da intolerância, além de trazer graves transtornos sociais e psiquiátrico para as vítimas dessas atitudes e cabe ao Estado, portanto, o dever de atuar para que essas ações não ocorram. Além da liberdade de expressão, o Poder Estatal é também responsável por outro direito extremamente importante para qualquer democracia, que é o direito a igualdade.

Ainda que o julgamento tenha tido alguns pontos criticados por parte da doutrina, principalmente pela utilização da técnica da ponderação e quanto ao alcance dessa limitação imposta, a decisão do STF nos pareceu adequada. Como guardião do Texto Constitucional, sua atuação contra grupos que atacam a democracia faz-se necessária. No que diz respeito a técnica da ponderação, a análise do caso concreto irá nos dizer qual direito fundamental será mais importante de ser preservado.

Cumpramos ressaltar que o discurso de ódio é antes de qualquer coisa, um problema social. Em uma sociedade cada vez mais plural, cabe ao Estado combater a expansão dessa prática por meio do acesso a educação e a cultura para que se tenha uma sociedade mais harmônica.

Conclui-se, então, após esse estudo monográfico que apesar de alguns votos terem sido mais fundamentados com base em argumentos da filosofia política do que argumentos jurídicos, nos pareceu adequada a posição do Supremo Tribunal Federal acerca da limitação da liberdade de expressão quando estiver diante de manifestações de ódio, uma vez que se trata de um problema que assola a sociedade atual e que a Constituição Federal nos apresenta meios de combatê-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A entrevista foi realizada pela rádio Jovem Pan São Paulo no dia 20/03/2018. Disponível em: <<http://jovempanfm.uol.com.br/panico/psol-vai-um-pouquinho-alem-das-atribuicoes-de-um-partido-politico-critica-marco-feliciano.html>>. Acesso em: 28 de maio de 2018

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 de junho de 2018.

¹ Ferreira Mendes, G. e Gonet Branco, P. (2015). Curso de direito constitucional (10a. ed.). 10th ed. Sao Paulo: Ed. Saraiva, p.264.

BARROSO, LUIS ROBERTO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL- PARTE 1. Disponível em : <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2006/05/liberdade-de-expressao-no-brasil-parte-1-36968.html>. Acessado em: 11 de junho de 2018.

Barroso, L. (2013). Curso de Direito Constitucional Contemporâneo e os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4th ed. Saraiva, p.224.

Brugger, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Disponível em : <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em 16/06/2018

¹ Bobbio, Norberto. A era dos direitos, Rio de Janeiro: Campo, 1992, p.4

Caso Tupirani: Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303/ RJ. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/03/OS-PRINC%3%8DPIOS.pdf>. Acessado em 23 de junho de 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Brasília: IDP/Saraiva jur, 2018.

CHEQUER, CLAUDIO. Porque a liberdade de expressão é um direito fundamental? Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/por-que-a-liberdade-de-expressao-e-um-direito-fundamental/7736>. Acesso em: 07 de junho de 2018

Decreto nº 1.949 de 1939: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1949-30-dezembro-1939-412059-publicacaooriginal-1-pe.html>

DWORKIN, R. Even bigots and Holocaust deniers must have their say. The Guardian, 2006. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2006/feb/14/muhammadcartoons.comment>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

Facts and Case Summary - Texas v. Johnson. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-texas-v-johnson>. Acessado em 20 de junho de 2018.

Ferreira Mendes, G. e Gonet Branco, P. (2015). Curso de direito constitucional (10a. ed.). 10th ed. Sao Paulo: Ed. Saraiva, p.135.

Ferreira Riba e Salvador Coderch, Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada, Madrid: Civitas,1997, p.94.

HC nº82.424/RS, Plenário, Relator Ministro Maurício Corrêa.

HABEAS CORPUS:82.424. Caso Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ:19/03/2004. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/2082424>. Acesso em:23 de junho de 2018.

LIMA, Henrique. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais. Artigo extraído do Jus Navigandi, Teresina, ano 12, número 1812, 17 de junho de 2008. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>. Acesso em: 06. junho.2018.

LYND, Staughton. Comments “Brandenburg v. Ohio: A Speech Test For All Seasons? Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3869&context=uclev>. Acessado em: 21/06/2018.

Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#annotation>. Acessado em:21/06/2018.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

Novelino, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11^o ed. Salvador. JusPodium, 2016

OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950. Acesso em: 2018-06-18.

R.A.V. v. City of St. Paul, Oyez, <https://www.oyez.org/cases/1991/90-7675>. Acessado em 22/06/2018.

¹ R. A. V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>. Acessado em 22 de junho de 2018.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do “HATE SPEECH”. P.3

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 209.

SARMENTO, DANIEL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/21-liberdade-de-expressao-e-propaganda-de-bebidas-alcoolicas-limites-da-atuacao-jurisdicional-na-restricao-a-direitos-fundamentais/parecer-cervbrasil.pdf>. Acesso em: 10/06/2018.

Schafer, G.; Cogo Leivas P.G.; Dos Santos, R.H. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143.pdf. P.147. Acesso em 16 de junho de 2018.

STF afasta exigência prévia de autorização para biografias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acessado em: 23 de junho de 2018;

STF declara inconstitucionais dispositivos da Lei das Eleições que vedavam sátira a candidatos. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382174&caixaBusca=N>.
Acessado em: 23 de junho de 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.17.

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989). Disponível em:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/case.html>. Acessado em 20 de junho de 2018.

432 U.S. 43, 1977, Partido Nacional Socialista Versos Skokie. Teor disponível em:
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=432&invol=43>. Acesso em 20 de junho de 2018.