

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

**A CENSURA DO DISCURSO DE ÓDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Nayara Lima Alcântara da Silva

Manhuaçu/MG

2021

NAYARA LIMA ALCÂNTARA DA SILVA

**A CENSURA DO DISCURSO DE ÓDIO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Banca Examinadora do
curso de Direito do Centro Universitário
UNIFACIG, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientador(a): Prof^a Msc.Thaysa Kassis de
Faria Alvim

Manhuaçu

2021

NAYARA LIMA ALCÂNTARA DA SILVA

**A CENSURA DO DISCURSO DE ÓDIO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Banca Examinadora do
curso de Direito do Centro Universitário
UNIFACIG, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel.

Área de Concentração: Direito
Constitucional

Orientador(a): Prof^a Msc. Thaysa Kassis
de Faria Alvim

Banca Examinadora

Data de Aprovação: 30 de novembro de 2021

Prof^a Msc. Thaysa Kassis de Faria Alvim; Centro Universitário UNIFACIG

Prof^a Msc. Milena Cirqueira Temer; Centro Universitário UNIFACIG

Prof^a Msc. Fernanda Franklin Seixas Arakaki; Centro Universitário UNIFACIG

Manhuaçu

2021

RESUMO

O presente trabalho envolve o discurso de ódio, que é aquele que prega a discriminação, intolerância, às diferenças e a violência, tornando-se um dos grandes obstáculos que a Constituição e a sociedade contemporânea enfrentam. Examinou-se os conflitos entre direitos básicos, especialmente o direito à liberdade de expressão, dignidade humana, os direitos de grupos estigmatizados. A pesquisa foi realizada a partir da metodologia de revisão bibliográfica e documental, analisando a legislação vigente e o que determina a Constituição Federal de 1988, bem como estudo das jurisprudências de forma qualitativa através de uma abordagem de pesquisa que estuda aspectos subjetivos de fenômenos sociais e do comportamento humano, com os objetivos de compreender quais são os limites de liberdade de expressão e identificar como o ordenamento jurídico brasileiro se comporta diante do tema. Concluiu-se que é possível que a liberdade de se expressar torna-se um discurso de ódio quando é incitada a discriminação, preconceito e intolerância, desrespeitando os direitos de outrem.

Palavras-chave: Princípio da Liberdade de expressão. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Discurso de ódio. *Hate Speech*.

ABSTRACT

The present work involves hate speech, which is the one that preaches discrimination, intolerance, differences and violence, becoming one of the great obstacles that the Constitution and contemporary society face. Conflicts between basic rights were examined, especially the right to freedom of expression, human dignity, the rights of stigmatized groups. The research was carried out from the methodology of bibliographic and documental review, analyzing the current legislation and what determines the Federal Constitution of 1988, as well as the study of jurisprudence in a qualitative way through a research approach that studies subjective aspects of social and of human behavior, with the aim of understanding the limits of freedom of expression and identifying how the Brazilian legal system behaves towards the subject. It was concluded that it is possible that the freedom to express oneself becomes a hate speech when discrimination, prejudice and intolerance is incited, disrespecting the rights of others.

Keywords: Principle of Freedom of Expression; Principle of the Dignity of the Human Person; Hate Speech.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 LIBERDADE	9
2.1 Liberdade de Expressão	11
2.2 Liberdade Relativa	13
3 Discurso de Ódio	16
3.1 Artigo 19 e o discurso de ódio	19
4 Discurso de ódio no ambiente virtual	21
4.1 Alcance virtual do <i>hate speech</i>	22
5 Discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro	24
5.1 O CASO Siegfried Ellwanger	24
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS	34

1 INTRODUÇÃO

O discurso do ódio surge de uma maneira a que passa a ser um dos grandes empecilhos a ser abalizado pelo Direito Constitucional e pela sociedade atual, tendo em panorama, que o presente trabalho apresenta os fundamentos e os limites do Estado, como ente regulador e garantidor de direitos fundamentais.

Examina-se o antagonismo entre direitos fundamentais, especialmente, o direito de liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, os direitos dos grupos estigmatizados e, por último, a proibição legal à prática do racismo.

A presente pesquisa visa debater o sensível vínculo existente entre a liberdade de expressão e a proibição de discursos discriminatórios que preguem a intolerância, às diferenças e a violência.

O discurso de ódio é também conhecido e denominado como *hate speech*, ele é bastante comum em sociedades marcadas pela diversidade e, sobretudo, pelo multiculturalismo, pois, as pessoas não compartilham a mesma religião ou crença, os mesmos ideais, as mesmas orientações sexuais, sendo assim, não haverá verdades absolutas, mas apenas posicionamentos diversos.

Nesse cerne a pesquisa irá abarcar a utilização da internet, pois, com a criação desta fermenta e sua disseminação, uma nova realidade criando uma perspectiva nova no que tange o acesso à informação e a possibilidade de interação que antes não existia, tornando os indivíduos mais ativos e predispostos a manifestar suas ideias e opiniões. E por se tratar de um espaço amplo, as acredita-se que podem agir de qualquer maneira sem lidar com as consequências.

Diante desse cenário levantou-se a seguinte questão: o discurso de ódio viola os princípios constitucionais?

Assim, o objetivo geral da pesquisa foi analisar como os Tribunais Brasileiros estão decidindo sobre o tema, no que tange ao descumprimento dos limites da liberdade de expressão, observar como esse discurso se propaga dentro da sociedade e demonstrar que os grupos minoritários são os mais afetados.

A pesquisa justificou-se pela necessidade do debate acadêmico e jurídico bem como análise do princípio e sua aplicação na sociedade mediante aos entendimentos do ordenamento jurídico

Para tanto, utilizou-se a metodologia de análise de dados secundários, como revisão bibliográfica e documental dos temas e aspectos vinculados ao seu objeto

central juntamente com pesquisa qualitativa de jurisprudenciais contemporâneas.

Desse modo, no primeiro capítulo, será abordado o direito à liberdade de expressão, o direito mais respeitado da Constituição Federal. Todo indivíduo tem o direito e dever de expressar suas opiniões, pensamentos e ideias livremente, sem se preocupar com qualquer forma de revisão ou solução pelo Estado ou qualquer pessoa. No outro momento, o que leva ao discurso de ódio e como a utilização do seu conceito se dá de forma equivocada pelo simples fato da liberdade de expressão ter respaldo na constituição. Por fim, traz o estudo das restrições à liberdade normativa.

No segundo capítulo como o *hate speech* surge e como ele causa uma falsa ilusão de liberdade de expressão por estar assegurado na constituição.

Em seguida, no terceiro capítulo, far-se-á uma abordagem acerca o discurso de ódio utilizando ambiente virtual como uma das formas mais violentas de sua propagação. O último item irá dispor sobre como o discurso de ódio é tratado no ordenamento jurídico brasileiro frente à liberdade de expressão.

2 LIBERDADE

Para começar a pesquisa sobre liberdade de expressão é necessário falar em liberdade em seu sentido genérico.

A Constituição da República (CR/88) traz em seu texto várias espécies de liberdades como a liberdade de locomoção, de opinião, de expressão, informação, de reunião, de escolha e exercício de profissão, liberdade de comércio, livre iniciativa, dentre outra, podendo assim afirmar que a liberdade é um gênero.

A liberdade é um dos pilares de uma sociedade que tem como objetivo ser livre, justa e democrática, seu marco histórico foi a revolução francesa no século XVIII, com essa revolução foi possível ampliar sua abrangência.

De acordo Maluf (2018):

Assim como a igualdade, a liberdade é uma das pedras angulares da democracia, como afirmou Aristóteles. Encarando a liberdade de modo realista e amplo, como fundamento, princípio e fim da democracia, distinguiu o sábio estagirita dois conceitos diversos, um positivo e outro negativo. No primeiro conceito, a liberdade consiste na faculdade individual de autodeterminação, que o Estado deve proteger e garantir; e, no segundo, é a ausência de impedimentos externos ou de limitações oriundas do poder público (MALUF, 2018, p. 327).

Conceitua-se em razão da autoridade de forma negativa associada a ausência do poder do Estado sobre as ações dos indivíduos possui uma concepção limitada dos direitos individuais e no sentido positivo seria o inverso da negativa com a presença do poder do estado como um agente regulador.

Kildare Gonçalves Carvalho (2007) elucida as liberdades negativas e positiva:

A primeira traduz uma visão restritiva dos direitos dos cidadãos, estando ligada aos direitos civis, e se acha representada pela expressão estar livre-de (freedom of), associando-se a tradição liberal. A segunda busca ampliar a participação política, associando-se aos direitos políticos, e vem representada pela expressão estar-livre-para (freedom to), vinculando-se à tradição republicana (CARVALHO, 2007, p. 607).

Conforme Maluf (2018):

Diz-se que o direito de liberdade é positivo quando exige a ação do poder público, isto é, quando a autoridade estatal deve fazer-se presente para regulamentar e garantir a sua efetivação (exemplos — liberdade de reunião, de associação, de exercício das prerrogativas de cidadania etc.), e negativo quando depende da abstenção, ou seja, da não intervenção do Estado (exemplos — liberdade de pensamento, de crença etc.) (MALUF, 2018, p. 327).

Nesse sentido, Silva (2014) explica além das liberdades negativas e positiva:

Liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. [...] É poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo o que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade (SILVA, 2014, p. 233).

Verifica-se que a liberdade de certa forma está relacionada a felicidade de um indivíduo que por alguns motivos encontra empecilhos que o impede de alcançá-la, empecilhos esses que poder ser sociais, econômicos, políticos e naturais. Desse modo remover esses impedimentos seria o caminho para a liberdade em sua plenitude. Assim, surge a responsabilidade do Estado com a função de proporcionar o desbloqueio desses empecilhos nascendo a partir daí a conexão poder e liberdade. (SILVA, 2014, p. 236).

A lição de Robert Alexy (2008) é bastante elucidativa: “[...] a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa reside somente no fato de que no caso da primeira o objeto da liberdade é uma única ação, enquanto no caso da segunda ele consiste em uma alternativa de ação” (ALEXY, 2008, p. 222).

A liberdade moderna reside nos direitos que todo o cidadão tem de não sofrer bloqueios ao realizar um ato, por exemplo, a liberdade de praticar uma determinada religião ou crença, expressar algum tipo de atividade artística, etc. Portanto, entende-se a obrigação do estado deve se abster para garantir uma ampla gama de liberdade para o indivíduo (MEYER-PFLUG, 2009).

Ao analisar o posicionamento, o autor parece estar se referindo à chamada liberdade negativa ou liberdade moderna, que é uma. Os indivíduos têm o direito de não estarem sujeitos à interferência coercitiva do Estado.

Outro aspecto relacionado diz respeito à amplitude das liberdades concedidas aos cidadãos em uma determinada sociedade. É impossível aceitar uma Liberdade absoluta, onde todo cidadão pode fazer o que quiser baseado em seus próprios princípios, sem limites.

O resultado disso é a violação de vários valores básicos, como a vida, Segurança, igualdade, etc. Por essas razões, a importância da existência do Estado, como entidade reguladora das relações públicas e privadas.

2.1 Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão é o culminar da externalização da humanidade ante a sociedade. Embora suprimido em vários momentos da história, hoje, está garantido e consolidado como um dos pilares de um país democrático direito. Como uma ferramenta importante para a manutenção e preservação de relíquias culturais democracia.

As pessoas através dessa liberdade podem discordar em questões relacionadas à vida na cidade e devem expressar esta discordância. Atualmente, a palavra tem um sentido mais amplo, os direitos inerentes à condição humana, onde todos têm a capacidade de expressar seus pensamentos, ideias, opiniões e crença (COSTA, 2009).

A relação entre liberdade e democracia também merece destaque: quanto mais democrático é um país, maiores são os avanços e conquistas da liberdade do povo. Liberdade e igualdade são valores democráticos, portanto, quando a democracia de um país for abalada, a liberdade será frustrada e as conquistas serão perdidas.

Nuno e Sousa (1984) lesiona que:

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1989: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais („divulgar“). Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações) (SOUSA, NUNO ,1984, p. 137).

No que concerne à importância da liberdade para os indivíduos, expõe Gilmar Ferreira Mendes (2008):

O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano (MENDES, 2008, p. 360).

Para garantir que qualquer indivíduo possa falar buscar e receber todos os tipos de pensamentos e informações com ou sem a intervenção de terceiros, "o Congresso não promulgará nenhuma lei sobre o estabelecimento da religião ou proibirá o livre exercício da religião; ou restringirá a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e fazer petições ao governo para corrigir as injustiças." Por meio oral, escrito, artístico ou qualquer outro meio de comunicação (SANTIAGO, 2015).

No Brasil, a constituição atual é resultado de um processo de redescoberta e ampliação de direitos básicos (como a liberdade de expressão), pois foi promulgada após o fim do regime militar (1964-85) ¹, quando o país ainda era uma ditadura. Os campos da arte, da comunicação e da informação sofreram com os sistemas de censura, nos quais a liberdade individual como um todo é restringida e os valores democráticos perdidos (BRASIL, 1988).

É preciso ressaltar que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais, muitas das quais incluem o direito à liberdade de expressão. Com por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos, 1969-Artigo 13)² e a Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Nações Unidas, 1966 - Artigo 19). No entanto, é um direito não provido, ou seja, não é fornecido pelo Estado, apenas possui Garanta isso (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948 STROPPIA, 2015).

A Constituição Federal de 1988 também protege esse direito, e em seu art. 5º, IV, estipula que "a expressão do pensamento é livre, mas veda o anonimato, e no item IX, "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de

¹ O regime militar ocorreu após o golpe de Estado dado pelos militares que retirou o presidente eleito João Goulart do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e colocou no poder o Marechal Castelo Branco, sob a alegação de que havia ameaça comunista no Brasil.

² Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), no artigo 19, determina que o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969), no art. 13, garante que toda pessoa tem liberdade de pensamento e de expressão, proibindo a censura prévia, salvo em casos específicos; e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), no art. 19, determina que ninguém será molestado por suas opiniões. Em ambos os artigos (19,13 e 19 dos documentos), a liberdade de expressão implica o direito de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias de toda natureza por qualquer meio de expressão.

comunicação, independentemente de censura ou licença". De acordo com esse raciocínio, vemos que a liberdade de expressão decorre de liberdade de pensamento. Portanto, um tipo de liberdade realizará outro tipo de liberdade (ZISMAN, 2003).

O reconhecimento da Constituição do direito de expressão inclui muitas possibilidades, incluindo a externalização, crenças e ideias, Ideologia, opiniões, sentimentos e emoções através das mais diversas plataformas que existe hoje. A proteção conferida por este direito vai além de atos de poder pensar e perceber a possibilidade de divulgar o que as pessoas pensam (STROPPA, 2015).

Nesta perspectiva podemos considerar que a liberdade de expressão consentir uma dupla dimensão, segundo nos exemplifica Jonatas Machado (2002):

Nesse sentido, deve-se sublinhar a dupla dimensão deste direito. A dimensão substantiva compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento (JONATAS, 2002, p. 417).

É um direito humano fundamental, que reconhece e garante a autonomia dos indivíduos e garante tanto a independência do indivíduo da sociedade como do Estado de si mesmo. A liberdade de expressão está listada em dos direitos fundamentais da primeira geração e incluída na lista de dos direitos da personalidade, por isso é um direito inato e indisponível permitir que cidadãos se expressem ou não (ZISMAN, 2003).

2.2 Liberdade Relativa

Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro não existe direito absoluto. Assim, os direitos eles podem estar limitados por valores tidos como relevantes na sociedade, ou podem até mesmo estar limitados pelos próprios direitos elencados no texto da Constituição.

A liberdade é relativa porque seu conteúdo é específico, variam de acordo com o interesse público, mudará com o tempo e o lugar. Ela só respeita o que constitui sua essência inderrogável, ou seja, o mínimo não redutível. Permanece acima da contingência e depende da existência do ser humano, nesse ponto ele

pede para você voltar à questão da liberdade que acabamos de dizer (TEIXEIRA,1991).

Em regra, todos os direitos de liberdade são relativos, isto é, limitados e condicionados pelo Estado. A liberdade absoluta envolve a ideia de anarquia, sendo incompatível com os interesses da sociedade (MALUF, 2018).

Por muito tempo os jusnaturalistas acreditaram que o fundamento dos direitos fundamentais revestia-se de caráter absoluto por serem derivados da natureza humana, ou seja, tais direitos eram considerados irrefutáveis. Kant (1960), citado por Norberto Bobbio (2004), reduziu os direitos irresistíveis a apenas um: a Liberdade. Bobbio, no entanto, contra-argumenta dizendo que não há fundamento irresistível e que “toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada” (BOBBIO, 2004).

Parece que as categorias de direitos básicos são difíceis de definir, por serem mutáveis, heterogêneas e opostas, não podem ser absolutas, mas relativas.

Para lidar com a relatividade do direito à liberdade de expressão, é necessário compreender a evolução dos direitos básicos: o direito à liberdade individual nasceu primeiro e foi considerado como uma base absoluta (por muito tempo). Portanto, a introdução de barreiras aos direitos sociais é uma desculpa para defender posições conservadoras (BOBBIO, 2004).

No entanto, a evolução da humanidade culminou no reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, tendo as declarações de direitos do homem mais recentes positivado tanto os direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, como os direitos sociais, que consistem em poderes. Norberto Bobbio define os direitos de liberdade e os direitos sociais como antinômicos e tece as seguintes considerações:

Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos. Trata-se de duas situações jurídicas tão diversas

que os argumentos utilizados para defender a primeira não valem para defender a segunda (BOBBIO, 2004, p. 14 e 15).

Portanto, conclui-se que o direito à liberdade é restringido pelos direitos sociais expressos no ordenamento jurídico e vice-versa. Então, a última parte do art. 220³, da, CF/88, garante a expressão das ideias sob qualquer forma, desde que respeitadas às disposições da própria Constituição.

³ 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.

3 DISCURSO DE ÓDIO

Conforme enfatizado no início deste artigo, a incitação ao ódio inclui aspectos polêmicos relacionados à proteção da liberdade de expressão. Tradicionalmente o discurso de ódio ou *hate speech* é definido por expressar ou transmitir opiniões que tenha natureza discriminatória racial, social ou religiosa, frente a grupos normalmente minoritários.

O discurso de ódio é a realização de avaliação negativa de grupos vulneráveis ou indivíduos que são membros de grupos vulneráveis. O objetivo é determinar que eles não são dignos de direitos, oportunidades ou recursos em comparação com outros grupos ou indivíduos que pertencem a outros grupos, validando a discriminação e violência (GOMES et al., 2020).

O *hate speech* inclui a expressão de pensamentos que incitam ao ódio discriminação racial, social ou religiosa contra certos grupos, na maioria das vezes, minorias étnicas. Essas observações podem desqualificar o grupo como titular do direito, pode ser visto como uma apologia abstrata ao ódio, porque representa desprezo e discriminação contra determinados grupos com certas características ou estão nas mesmas qualidades social ou econômica como, por exemplo, os ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros (MEYER-PFLUG, 2009).

A manifestação que exprime “uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo” O discurso do ódio refere-se a 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 (BRUGGER, 2007, p.118 POTIGUAR, 2012, p. 16.).

O ódio existe, e todos nós o encontramos, seja na microescala individual ou no âmago de um enorme coletivo. Isto o entusiasmo pelo ataque e aniquilação não será enganado pela magia da palavra. A causa do ódio nada mais é do que um ambiente favorável, ocasiões simples, raramente ausentes, libera a vontade destruição (ANDRÉ GLUCKSMANN, 2007).

Deve-se ressaltar que o debate sobre o discurso de ódio também é importante frente à proteção de suas mais diversas formas de externalização, ou

seja, a necessidade de prever restrições ao exercício do direito à liberdade de expressão.

Algumas pessoas afirmam que a liberdade de expressão não é apenas capaz de proteger as ideias que são consideradas boas, mas o mais importante, proteger as ideias que rejeitamos, como o racismo. Aqueles que defendem essa posição podem resolver esse conflito divulgando boas ideias e incentivando a diversidade, e a censura não é a melhor solução. Por outro lado, algumas pessoas pensam que as expressões de intolerância são inaceitáveis porque violam princípios básicos igualdade e dignidade humana (SARMENTO, 2005).

Sobre a matéria, é importe a evocação de Letícia Martel (2008):

Pela repressão, sepulta-se o debate. E, por consequência, por consequência, enfraquecem-se os discursos de defesa da democracia, da pluralidade, da dignidade humana e o próprio Estado Democrático de Direito. [...] O poder público possui a mais eficaz das armas para neutralizá-las, mantendo absolutamente intocadas as liberdades de consciência e de manifestação de pensamento. A educação é o meio de combate (MARTEL, 2008, p. 1-2).

Os que defendem esse posicionamento consideram que o pleno exercício da democracia, ou seja, deve ser estimulado o debate, a discussão entre ideias, mesmo que o conteúdo destas seja repudiado pela sociedade. Posto que, a restrição à liberdade de expressão, ocasionaria maiores prejuízos a todos.

Diante disso, permitindo-se a difusão de quaisquer opiniões e ideias, mesmo aquelas eivadas de preconceito e racismo, estar-se-ia fomentando tolerância entre os indivíduos.

Assim se manifestou o Ministro Marco Aurélio no HC n.º 82.424-4, ao declarar que:

Não é a condenação do paciente por esta Corte – considerado o crime de racismo – a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, *on-line*).

No entanto, apesar de os argumentos elucidados possuírem algum fundamento, estes, por si só, não são capazes de justificar as ofensas suportadas

pelas vítimas do discurso do ódio. Os efeitos das ofensas acabam tendo uma grande repercussão no seio social, viola-se não apenas direitos individuais, mas também direitos de toda uma coletividade. Admitir a disseminação de opiniões intoleráveis por todos seria viabilizar o desrespeito à dignidade da pessoa humana, o direito a igualdade e aos direitos personalíssimos. Divergindo dos argumentos retro mencionados, Daniel Sarmiento (2005) explana que, a veiculação de manifestações agressivas de intolerância, preconceito e ódio, no âmbito público, não favorece o pluralismo, pelo contrário, prejudica a própria constância da discussão (SARMENTO, 2005).

Portanto, um determinado comportamento só pode ser considerado como a realização da liberdade de expressão se não ultrapassar as restrições impostas pelo conceito de liberdade, ou seja, o respeito (responsabilidade) que deve existir no uso da liberdade. Como veremos mais tarde, a liberdade de expressão significa a necessidade de coordenar e considerar outros direitos, arriscando a perda de liberdades únicas e, assim, tornar-se o "dominante" da expressão (TAVARES, 2007).

O conteúdo do discurso, muitas vezes poderá emitir ideias que tem por objetivo a negação ou desqualificação desse grupo de direitos, nos quais, de uma maneira em geral é garantida constitucionalmente a todos, independente de cor, raça, religião, etnia ou opção sexual.

Diante da situação exposta, deve-se destacar que a ocorrência de discurso de ódio requer duas características: discriminação e externalização de ideias. A partir desse momento, esse isolamento assumiu um caráter descentralizado. Por exemplo, quando um negro é ofendido, só por ser negro, todos os negros automaticamente ficarão ofendidos. Portanto, é claro que o discurso de ódio se configura dessa forma porque infere restrições e, portanto, ataca direitos fundamentais.

Pode ser feito por meio de linguagem escrita, oral e até corporal. E por causa de seu caráter inflamatório, intimidante e depreciativo, uma vez que ocorra, prejudicará a dignidade humana, ou seja, violará o princípio da manutenção da democracia e do Estado de Direito. Portanto, pode ter consequências jurídicas

Por fim, ele nos exortou a salientar que o principal problema de lutar contra o ódio é que ninguém pensa que cultivará o ódio dos outros. Isso ocorre porque muitas pessoas não admitem se querem ser uma pessoa diferente delas. Portanto, compreender as verdadeiras consequências do ódio gerado pelo discurso discriminatório requer uma prática empática cuidadosa.

O Conselho da Europa (*Concil of Europe*) é uma organização internacional criada em 5 de maio de 1949. Sua finalidade não é apenas defender os direitos humanos, mas também promover o desenvolvimento democrático e a estabilidade social e política na Europa. No Conselho da Europa estão a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem uma definição de discurso de ódio, que é considerado a propagação, incitamento, promoção ou prova de ódio racial, xenofobia, anti-semitismo ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo aquelas causadas por nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade. Qualquer manifestação de intolerância por parte de minorias, imigrantes e estrangeiros.

Portanto, conforme mencionado acima, pode-se perceber que o discurso de ódio visa objetificar um grupo de pessoas e atacá-las. Além de demonstrar extrema repulsa, desprezo e intolerância, o autor também tende a apoiar, provocar ou incitar outras pessoas a espalhar esse ódio.

Ao falar neste sentido, viola os direitos básicos da dignidade humana, não só dos indivíduos, mas também de grupos ou povos com as mesmas características, seja de raça, religião ou ideologia, por exemplo.

3.1 Artigo 19 e o discurso de ódio

A organização não-governamental "ARTIGO 19"⁴ recomenda a adoção de alguns critérios de identificação do discurso de ódio, elaborados para servir de orientação às Cortes para identificá-los.

⁴ A ARTIGO 19 é uma organização não-governamental de direitos humanos nascida em 1987, em Londres, com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Seu nome tem origem no 19º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Com escritórios em nove países, a ARTIGO 19 está no Brasil desde 2007, onde adota estratégias, ações e parcerias diversas e nos mais variados aspectos desta agenda. O escritório baseado em São Paulo trabalha defende e promove a liberdade de expressão e informação e sua importância para a conquista e concretização de outros direitos fundamentais no Brasil e América do Sul. As ações da organização estão distribuídas em cinco áreas que compõem a Agenda de Expressão: Direitos Digitais, Transparência e Acesso à Informação, Espaços Cívicos, em especial sobre liberdade de manifestação, Liberdade de Mídia e Proteção a Comunicadores e Defensores de Direitos Humanos. Os temas trabalhados incluem a proteção de defensores de direitos humanos e comunicadores; o combate às violações ao direito de protesto; a defesa das liberdades de imprensa, artística e de ensino e do direito da população à informação. Também a elaboração e a implementação de marcos legais em processos participativos e democráticos, como a da Lei de Acesso à Informação; o Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais." ARTIGO 19. 1987. Disponível em: <https://artigo19.org/sobre/>. Acesso em: 10 out. . 2021

Para tanto, deve haver intenção de incitar o ódio além de ser considerada a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados. O discurso deve ser dirigido ao público em geral ou a um número de indivíduos em um espaço público.

Também não é necessário que o dano ocorra de fato; entretanto é preciso haver a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação e, também, o tempo entre o discurso e a ação não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado.

De acordo com Bhikhu Parekh⁵ existem três características essenciais para se identificar um discurso de ódio. A primeira, é que ele deve se dirigir a um indivíduo específico ou a um grupo de indivíduos baseado em uma característica arbitrária e normativamente irrelevante, delimitando uma parcela particular da humanidade. A segunda é que o discurso de ódio, para ser caracterizado dessa forma, deve estigmatizar o grupo-alvo, imputando a ele, uma qualidade considerada indesejável (PAREKH, 2012).

⁵ PAREKH, B. Is there a case for Banning Hate Speech? In: The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

4 DISCURSO DE ÓDIO NO AMBIENTE VIRTUAL

No ambiente distópico criado por George Orwell (2009) em 1984, havia o chamado “Dois minutos de ódio”, que consistia no momento em que as pessoas podiam exteriorizar toda sua raiva e ódio contra aqueles considerados uma ameaça para a sociedade. O que não é muito diferente da atual prática do discurso de ódio no ambiente virtual. A internet virou uma faca de dois gumes, se no começo seu intuito era aproximar as pessoas, hoje ela também afasta (ORWELL, 2009).

A Internet, principalmente as redes sociais, ajuda a explicar o crescente número de discussões sobre o tema. As redes sociais são uma plataforma privilegiada para observar manifestações que podem ser classificadas como discurso de ódio. Se esses discursos existiram secretamente na esfera privada, graças às redes sociais, eles se consolidaram como parte visível da esfera pública, com maior potencial de continuação e disseminação. Na seção de políticas das redes sociais, estipula-se que publicações com as características de discurso de ódio deve ser excluído.

Com a popularização da Internet, outra realidade foi criada, trazendo novas perspectivas sobre a possibilidade de aquisição e interação de informações. Essa tecnologia inovadora torna os indivíduos mais ativos e mais dispostos a expressar suas opiniões e ideais. No entanto, se o mundo virtual é usado como meio de projeção do pensamento, não é surpreendente que ele também reflita um aspecto mais desumano. Não é difícil encontrar conteúdo que encaixam com discurso de ódio na Internet (FERREIRA, 2016).

Tendo em vista o direito à liberdade de expressão, a maioria dos usuários não está preocupada com as possíveis consequências de tal exposição online. Na verdade, a promessa de anonimato e a falsa crença de que a legislação atual não os afetará os encoraja a expressar todo ódio potencial. Isso comprova a sensação de total impunidade que permeia o ambiente virtual (MORAES e LABORNASKI, 2016).

Sakamoto (2016) diz que:

Xingo, insulto, minto, difamo, ameaço não apenas porque me sinto protegido por um pretenso anonimato, mas também pelo fato de que não vejo meu interlocutor frente a frente. Ele é um avatar com nome desconhecido, não uma pessoa com sentimentos (SAKAMOTO, 2016, p. 15).

Parte do ódio gerado na internet ocorre por conta deste cenário virtual mutável e instável em que vivemos, onde conexões são criadas, e embora o alcance

a outros indivíduos seja maior, os vínculos são frágeis, vem e vão à mesma velocidade.

4.1 Alcance virtual do *hate speech*

Na internet os discursos de ódio tomam uma nova forma, sob o viés de práticas cotidianas, compartilhar e comentar postagens relacionadas ao “cyberbullying” acabam sendo nocivas e incentivam a continuidade de tais ações. Mesmo que em um primeiro momento pareçam inofensivas, não são, por isso é essencial repensar seus hábitos (SILVA e BOLZAN, 2016).

Para Steffen (2008), o incitamento ao ódio através da Internet não é diferente do incitamento através de um jornal, da televisão ou de um livro, por exemplo. Naturalmente, a diferença está no alcance do qual podem chegar estes discursos e argumentos (STOFFEN, 2008).

A Internet fornece aos propagadores de ódio uma maneira fácil e eficaz de poder levar a milhões de pessoas suas visões e pensamentos através não só de palavras, como também de áudios, vídeos, fotografias, elementos de persuasão e conquista do usuário, além de poder ter acesso a tudo isso em tempo real.

A rápida disseminação, a vasta amplitude alcançada, além da dificuldade encontrada em remover tais conteúdos, faz com que a internet consiga maximizar o poder destrutivo do discurso de ódio. Essa dificuldade é evidenciada por Dias (2007): “na Internet, o discurso de ódio é produzido, legitimado e reproduzido à exaustão cada site retirado do ar, por denúncia, recebe, em média, três novos mirrors” (DIAS, 2001, p. 31).

Através da rede, o homem consegue exibir seu preconceito, cometer ilícitos, propagar mensagens de ódio, e violar direitos fundamentais dos demais usuários. Como consequência temos um ambiente digital infestado de ideias misóginas, homofóbicas, racistas dentre outras destoantes de um Estado Democrático de Direito. (SILVA e BOLZAN, 2016).

Jeremy Waldron (2012), professor de direito e filosofia, define o discurso de ódio como sendo aquele em que se publicam profundo desrespeito, ódio e difamação contra grupos minoritários. Ele acredita que nas formas de ataque às minorias vulneráveis estão incluídos tudo que é publicado na internet, até porque,

num ambiente virtual o ataque pode perdurar por muito mais tempo depois do que a palavra falada (WALDRON (2012).

Jeremy Waldron ainda afirma que o debate sobre a regulação da incitação ao ódio deve focar nesse ponto, visto que a permanência da ofensa postada ou da imagem publicada, por exemplo, é preocupante justamente pelo fato da duração e do alcance que esta mensagem pode ter (WALDRON, 2012).

Para o filósofo, o fato de o discurso não depender da existência e da preservação do papel impresso e ser facilmente acessado através de sites de busca, como o Google ou similares, faz com que o problema seja ainda pior, visto que o conteúdo postado se torna disponível para qualquer pessoa no mundo no mesmo segundo.

Ademais, esses discursos tornam-se uma parte permanente do meio em que essas minorias fazem parte, como por exemplo, um vídeo de calúnia que se torna "viral", atraindo milhões de telespectadores, para, em seguida, existir no ciberespaço para sempre. O sentimento de anonimato e distanciamento entre o ofensor e o ofendido em discursos de ódio através da internet perpetuam a sensação de que são isentos de responsabilidade. A versatilidade encontrada na web, suas várias formas de se expressar, acaba propiciando o discurso de ódio.

O sentimento de anonimato e distanciamento entre o ofensor e o ofendido em discursos de ódio através da internet perpetuam a sensação de que são isentos de responsabilidade. A versatilidade encontrada na web, suas várias formas de se expressar, acaba propiciando o discurso de ódio.

5 DISCURSO DE ÓDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme o que já foi abordado ao longo desse trabalho, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro tutela a liberdade de expressão, do mesmo modo a dignidade da pessoa humana e coíbe a prática de toda e qualquer forma de racismo. Nota-se ainda, que, apesar de legislador constituinte atribuir um especial tratamento aos direitos fundamentais, inexistia no sistema pátrio, norma ou lei específica que vedasse o discurso do ódio.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve oportunidade de enfrentar o delicado tema em análise. Os casos mais emblemáticos foram os tratados no Habeas Corpus n. 82.424/RS15, julgado em 2003 e no Inquérito n. 3590/DF16, julgado em 2014 e na ADO 26 de 2019 que serão objeto de exame neste capítulo.

5.1 O caso Siegfried Ellwanger

O caso analisado envolve a definição do termo raça e conflitos entre raças. Direitos e garantias, nomeadamente liberdade de expressão, dignidade humana Direitos humanos e proibição de todo e qualquer ato racista (VEIGA, 2013).

O réu é sócio da Revision Editora Ltda. E autora de diversas obras Anti-semitismo, como o Holocausto, judeus ou alemães? - Nos bastidores das Mentiras do Século (VEIGA, 2013).

HC nº 82.424/RS, foi apresentado em nome do Sr. Siegfried Ellwanger porque ele respondia a processo por crimes racistas, especialmente por apologia ao preconceito e discriminação contra os judeus, praticado no ano de 1991. O comportamento do agente está incluído no artigo 20, da Lei 7716/1989 (BRASIL, 1989).

A discussão no Supremo teve dois focos. O primeiro visou apreciar, a alegação do Recorrente de que sua conduta discriminatória não se enquadrava como crime de racismo, uma vez que os judeus não seriam uma “raça”. O segundo aspecto consistiu na abordagem do conflito entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão, ambos direitos constitucionalmente tutelados. (BOCHI, 2014).

Inicialmente, o STJ indeferiu o habeas corpus e, posteriormente, ao chegar à questão no STF, Brasil (2004, on-line), este, denegou por unanimidade alegando que:

A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao descrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, on-line).

A discussão em torno do habeas corpus é precisamente se a prática de crimes racistas pode ser estendida aos judeus. A questão é se os judeus são uma nação ou uma religião, e se pode haver crimes racistas contra judeus no ordenamento jurídico brasileiro, pois não há notícias de perseguição a judeus no contexto da história do Brasil.

Os fatos comprovam que, de acordo com a análise do HC nº 82.424 / RS, o conflito entre direitos básicos e garantias não parece ser diretamente suscitado. Em outras palavras, o foco do mandado de prisão é discutir se os judeus podem ser considerados uma raça. No entanto, alguns ministros levantaram o conflito entre a liberdade de expressão, a dignidade humana e a proibição do racismo ao anunciar o voto.

Analizando detalhadamente o resultado da votação de cada ministro, parece que o ministro relator Moreira Alves concedeu habeas corpus por acreditar que os judeus são uma religião e não uma raça. Portanto, nesse sentido, não há razão para aplicar essa a condenação às práticas racistas. Ele citou questões históricas como argumento, citando crimes racistas contra negros no texto constitucional.

Ainda no seu voto, o referido ministro informou que a localização da denúncia discriminatória tem muito a ver com a revisão da matéria porque incide sobre os crimes sociais.

Foi a partir desses debates sobre o racismo que o ministro Sepúlveda Pertence chamou a atenção para a possibilidade de conflito entre as duas partes, dignidade pessoal e liberdade de expressão. Em outras palavras, um direito prejudica outro direito que é igualmente protegido pela constituição.

O ministro Maurício Corrêa, defendeu a recusa do habeas corpus, argumentando que quando os legisladores constituintes decidiram proibir práticas

racistas, não foi apenas para restringir tais regras aos negros, mas para restringir tais regras a todas as raças. E, dessa forma, argumentou que não é fato que a Constituição garanta a liberdade de expressão, que protegerá toda e qualquer forma de discriminação e preconceito (BRASIL, 2004).

Seguindo o mesmo raciocínio, o ministro Celso de Mello negou tal explicação, argumentando que a liberdade de expressão não confere ao indivíduo o direito de abusos, e que o judiciário tem a responsabilidade de controlar tal comportamento (BOCHI, 2014).

Nesse sentido, ele discorreu:

É que publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário de insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos. [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, *on-line*).

Com base na análise do direito comparado, principalmente de acordo com o princípio da proporcionalidade, o desembargador Gilmar Mendes fundamentou seu voto da seguinte forma:

Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Voto do Min. Gilmar Mendes, *on-line*).

Com base no argumento acima, o Ministro Gilmar Mendes defendeu a aplicação do princípio da proporcionalidade como padrão para a solução de casos específicos, pois não há necessidade de se discutir a proteção e a importância do direito à liberdade de expressão na Constituição, porque como qualquer outro direito sagrado, não pode ser considerado, é um direito absoluto. Portanto, em alguns casos, após avaliar e considerar quais direitos devem ser priorizados no momento, caberá aos órgãos de segurança pública.

Em contraste, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto defender a importância da expressão. Ayres disse: "Publicar livros são o direito de expressar liberdade de pensamento. Isso está no nível de reflexão, não está no plano de ação, não está no nível comportamental, então não significa prática. Escrever um livro é o campo da vida intelectual, não a própria vida vivida". Portanto, nota-se que a própria Constituição contém disposições contra o abuso da liberdade de expressão, mas o problema em questão é descartar a ilegalidade porque atende campo da ideologia política. Votando pelo deferimento do Habeas Corpus.

O Ministro Marco Aurélio fez uma calorosa defesa da liberdade de expressão, e afirmou que opiniões devem ser respeitadas mesmo quando contrariarem a maioria ou sejam vistas como erradas. Entendendo que a limitação desse direito só deve ocorrer em casos específicos de acordo com a forma que esse pensamento é difundido.

Assim, aduz que:

É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão, ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, *on-line*).

Depois de alguns obstáculos na instância extraordinária, no dia 17 de setembro de 2003, o Habeas corpus nº 82.424 foi finalmente julgado, o que encerrou uma batalha implacável e, finalmente, confirmou as convicções do TJRS contra a desvantagem de Ellwange.

O STF, assim decidiu:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (artigo 5º XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por

quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o antissemitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídicoconstitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrîmen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e 33 geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF Art. 5º § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não

consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admite. Ordem denegada (SUPREMO TRIBUNAL FEDERA, Relator: Moreira Alves, 2004, *on-line*).

A conclusão a que se chegou ao final do julgamento é que a liberdade de expressão e a liberdade de crença são direitos constitucionais e não podem ser usados como suporte para preconceitos, nem podem instigar violência e intolerância contra grupos humanos.

É inaceitável que os judeus sejam culpados pelos crimes hediondos cometidos contra eles no Holocausto. Dito isso, o STF proferiu decisão com base na legislação brasileira, rejeitou o habeas corpus, apoiou Ellwanger e manteve sua condenação em segunda instância.

O segundo caso, foi de um Inquérito instaurado perante o STF, sob o nº 3590, para averiguação de prática de crime de discriminação atribuído ao deputado federal Marco Antônio Feliciano.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o deputado federal alegando que o parlamentar publicou na sua conta em uma rede social uma mensagem de natureza discriminatória. O teor da mensagem era: "A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a rejeição".

Por tal publicação o Ministério Público Federal asseverou que a conduta se enquadrava ao tipo penal previsto no art. 20, da Lei nº 7716/89.

Contudo, a 1ª Turma do STF decidiu, em 12/08/2014, pela atipicidade da conduta, uma vez que o parlamentar proferiu frase discriminatória em virtude da orientação sexual de determinados indivíduos, sendo que o artigo 20 da lei supramencionada não contempla a discriminação decorrente de orientação sexual, mas tão somente de discriminação decorrente de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Os ministros da 1ª Turma entenderam que a conduta é atípica do ponto de vista do Direito Penal, em respeito ao ditame constitucional que prevê que não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX⁶, do artigo 5º, da Constituição Federal (BRASIL,1988).

O Ministro Luís Roberto Barroso, na oportunidade, ressaltou o desvalor moral da conduta, que teria ultrapassado todos os limites do erro, mas afirma que a conduta não ingressou na esfera do crime. Contudo, o Ministro afirma que consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse as manifestações de *hate speech*. O Ministro Luiz Fux, em seu voto, afirma que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da legitimação da união homoafetiva, entendeu que a homoafetividade é um perfil, um traço da personalidade do indivíduo. Dessa forma, o Ministro entende que a fala do parlamentar Marco Feliciano ultraja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Isonomia. Contudo, o Ministro Luiz Fux alerta para o perigo do enquadramento do caso ao preceito do artigo 20, da Lei nº 7716/89, pois afirmar que pessoas homossexuais constituem uma raça seria ressaltar a ideia preconceituosa de que são pessoas diferentes das outras.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal apesar de reconhecer e reforçar o entendimento da reprovabilidade da conduta mostrou-se fiel ao ditame constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, uma vez que, na ausência de norma penal incriminadora, ninguém pode ser condenado penalmente. A decisão mostrou, ainda, que o art. 20, da Lei nº 7716/89 possui tipificação estrita, não cabendo analogia in malam partem. Há muitos projetos de lei que buscam alterar o artigo supramencionado para fazer incluir nele outras formas de discriminação, bem como aumentar a pena dos crimes ou tornar pública incondicionada a respectiva ação penal (BRASIL, 1988; BRASIL, 1989).

O Projeto de Lei nº 199, de 2015, a título de exemplo, pretende tipificar o crime de injúria racial coletiva e tornar pública incondicionada a respectiva ação penal. O projeto de lei prevê a inclusão do art. 20-A, na Lei n. 7716/89, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 20-A. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em local público ou privado aberto ao público de uso coletivo ou nas redes sociais,

⁶ Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Parágrafo único. O crime será processado mediante ação penal pública incondicionada (BRASIL, 1989).

Já o Projeto de Lei nº 3.640/2015 pretende, dentre outras modificações, ver acrescido o art. 20 da Lei nº 7716/89 do parágrafo 5º, para que se inclua como crime inafiançável e imprescritível, a injúria racial. Com isso, o art. 20 seria acrescido do seguinte:

§5º Incorre na mesma pena quem ofende a dignidade ou o decoro de alguém, utilizando-se de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989).

Todavia, o Projeto de Lei da Câmara 122, de 2006 (PLC122) talvez tenha sido o que pretendia a alteração mais ampla, de forma a incluir outras formas de discriminação na Lei nº 7716/89. O PLC122 pretende ampliar a abrangência da norma, para acrescentar as motivações de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Quando o projeto de lei chegou ao Senado, em 2009, a relatora da proposição incluiu novas formas de discriminação, quais sejam, a discriminação contra pessoas idosas e com deficiência, além de ter alterado diversos artigos.

O PLC 122 gerou muita polêmica e até hoje não foi votado, pois encontra resistência entre alguns parlamentares e entidades religiosas. Em visita ao sítio eletrônico do Senado Federal encontra-se decisão de arquivamento da PLC 122. A mudança no art. 20 da Lei n. 7716/89 no projeto de lei originalmente previa que o artigo passasse a vigorar com a seguinte redação:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2006).

Cumpramos ressaltar que o PLC 122 pretendia regulamentar diversos outros dispositivos da Lei n. 7716/89, bem como dispositivos do Código Penal. Todavia, quanto ao tema da discriminação odiosa, destaca-se apenas este artigo. Caso o Congresso Nacional tivesse aprovado a alteração do artigo 20 da Lei n. 7716/89 para fazer constar os termos gênero e orientação sexual, anteriormente ao fato que deu origem ao Inquérito nº 3590, a decisão poderia ter sido pela tipicidade da conduta e, conseqüentemente, pelo recebimento da denúncia.

Vale destacar que com o surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146 / 2015, tornou-se típico o ato de discriminar alguém com base na deficiência. Portanto, o Brasil ampliou a lista de mecanismos legais para conter o discurso de ódio.

É importante lembrar que em 13 de junho de 2019 através do julgamento da ADO 26 a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero também passou a ser considerada um crime, e será punida pela Lei de Racismo (BRASIL,2019).

O Supremo Tribunal Federal (STF) determinou na quinta-feira, 13 de junho, que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passe a ser considerada um crime. Dez dos onze ministros reconheceram haver uma demora inconstitucional do Legislativo em tratar do tema. Apenas Marco Aurélio Mello discordou. Diante desta omissão, por 8 votos a 3, os ministros determinaram que a conduta passe a ser punida pela Lei de Racismo (7716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional". Votaram assim Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber. Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio disseram isso criaria um novo tipo de crime, o que cabe exclusivamente ao Congresso (Barifouse, 2019, *on-line*)

É notório que há uma grande lacuna na legislação brasileira referente aos crimes de ódio. O Brasil não possui uma espécie de legislação específica, embora enquadre os crimes na Lei de Racismo (7.716/8969) que prevê crimes de discriminação ou preconceito por “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, pode-se verificar que a incitação ao ódio é descrito como um assunto polêmico porque testa os limites da liberdade expressão, quanto bem a expressão é protegida e quando começa a violar os outros direito previstos em nosso ordenamento jurídico.

Por ser um discurso ofensivo e provocativo, visa menosprezar, humilhar grupos sociais específicos, é necessário analisar essa questão sob a ótica da liberdade de expressão. No entanto, outros princípios e direitos também são levados em consideração, especialmente dignidade humana.

Nesse caso, a liberdade de expressão desempenha um papel central. Muitas vezes, as pessoas abusam desse direito e, eventualmente, violam seus direitos básicos a dignidade dos outros, especialmente do ser humano, ao promover o ódio.

Desta forma, sempre que pensamentos e nos comportamos deliberadamente, de maneira a diminuir as outras pessoas ou e desqualificá-las por características pessoais afronta-se a sua dignidade humanidade, essa prática é abusiva e não deve ser protegida por lei, pois de acordo com o sistema jurídico brasileiro, o abuso é considerado ilegal como ficou exposto no desenvolvimento deste trabalho.

Por esse motivo, o HC 82.424/RS é tão relevante para o assunto no Brasil por ser o maior exemplo de jurisprudência nacional sobre discurso de ódio. No entanto, a tarefa atribuída aos direitos básicos dos juízes, como liberdade de expressão e dignidade humana, eles ainda serão discutidos com muita frequência, de maneira sutil e desafiadora, envolve a necessidade de equilíbrio de diferentes valores, quando esta forma de expressão é analisada em detalhes e esses pensamentos se transformam em discurso de ódio e, o mais importante é qual a melhor forma para lutar contra isso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARTIGO 19. 1987. Disponível em: <https://artigo19.org/sobre/> . Acesso em: 03 out. 2021

BARIFOUSE, Rafael. BBC News: **STF aprova a criminalização da homofobia**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 08 out. 2021.

BOCHI, Paulina Luise. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**: uma análise

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://ia801302.us.archive.org/26/items/BobbioAEraDosDireitos/Bobbio%20-%20A%20era%20dos%20direitos.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>> Acesso em: 10 Ago. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei n. 199/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44AA10C6DB23DC1DB4571FE520FB0F59.proposicoesWeb2?codteor=1341907&filename=PL+1749/2015> Acesso em: 15 out. 2021

BRASIL. Projeto de Lei n. 3640/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055405>> Acesso em: 10 Ago. 2021.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.82.424/RS. Brasília: Brasília Jurídica, 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq nº 3590. Relator: Luís Roberto Barroso. DF, 12 de agosto de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82424, Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. **Diário de Justiça**. 2004.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed., Belo Horizonte: Delrey, 2007.

COSTA, Maria Cristina Castilho. Liberdade de Expressão Como Direito – História e Atualidade. **Revista Iberoamericana de Comunicação e Cultura Contra-hegemônicas**, São Paulo, 2009

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2021. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 8 ago. 2021

DIAS, Adriana Abreu Magalhães. **Anacronautas do teutonismo virtual**: uma etnografia do neonazismo na Internet, Dissertação de Mestrado, Orientador: Suely Kofes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2007. Disponível em: < http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/dezembro2013/sociologia_artigos/dias_dissertacao.pdf >. Acesso em: 05 set. 2021

FERREIRA, Liana Feitosa. **Agressividade em comentários noticiosos**: uma reflexão sobre violência virtual. Disponível em: http://www.ciberjor.ufms.br/ciberjor7/files/2016/08/Artigodoc_Ciberjor_LianaFeitosa.pdf. Acesso em: 08 set. 2021

GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio**. Tradução Edgard de Assis Carvalho, Maria Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2007

GOMES, F.V.; SALVADOR, J.P.F.; LUCCAS, V.N. **Discurso de Ódio**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556271385/pageid/4>. Acesso em: 18 set. 2021

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

VEIGA, ISABELE SANTANA. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. 2013. Trabalho de conclusão de curso (CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO) - FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO, Salvador, 2013. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Isabele%20Santana%20Veiga.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

MACHADO, Jônatas E. M. **Liberdade de Expressão**: Dimensões constitucionais da

esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002

Maluf, S. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553610020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553610020/pageid/328>>. Acesso em: 5 set. 2021

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Breves notas sobre a liberdade de manifestação do pensamento e a repressão aos discursos do ódio**. Jusnavigandi. Disponível em: <jusnavigandi.com.br> Acesso em: 08 ago. 2021.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**.

MORAES, Daniela Marques de; LABONARKI, Jaime Ruben Sapolinski. **Direitos e garantias fundamentais II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/v2zhni84/CN8uWNaQc6fyF22l.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2021.

ORWELL, George. **1984**. Tradução: Alexandre Hubner, Eloisa Jahn. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PAREKH, Bhikhu. **Is there a case for Banning Hate Speech?** In: The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex, 2012.

PRINCÍPIOS de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE>. Acesso em: 22 abr. 2021.

SAKAMOTO, Leonardo. **O que aprendi sendo xingado na internet**. 1ª ed. São Paulo: LeYa, 2016

SANTIAGO, Emerson. **Discurso de Ódio**. Disponível em infoescola.com/direito. Acesso em 30 out. 2021

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 53-105, 2006. Disponível: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2021

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Rosane Leal da; BOLZAN, Luiza Quadros da Silveira. **Discurso de ódio: liberdade de expressão ou violação dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/7116.pdf>>. Acesso em: 08 de set. 2021

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984.

STEFFEN, C; WAINBERG, J.A. Ódio.org.br – Rastreamento e Caracterização de movimentos de Ódio na Internet em Português. **III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS**. Porto Alegre: PUCRS, 2008

STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO: O CONFLITO DISCURSIVO NAS REDES**

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WALDRON, Jeremy. Reviewed by Brian Leiter, University of Chicago. **In: The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. Disponível em: <https://ndpr.nd.edu/news/32077-the-harm-in-hate-speech/>. Acesso em: 05 ago. 2021.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.