A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM VIRTUDE DO DISCURSO DE ÓDIO

Eduardo Bonadimann Maciel[1]
Jean Mauro Menuzzi[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por objeto a análise dos limites que a legislação brasileira e as jurisprudências impõem sobre o direito da livre expressão, fundamentado principalmente no Artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 220, do mesmo livro normativo, em face das práticas de "discurso de ódio", práticas estas que representam claro desrespeito ao princípio da igualdade, presente também no Artigo 5º da Constituição Federal, em seu caput.

A Liberdade de Expressão, compreendendo o direito de qualquer pessoa se manifestar, de maneira livre, sobre suas opiniões, suas visões, pensamentos e ideias, sobre qualquer assunto, sem sofrer represália, sanção, discriminação ou, principalmente, censura, trata-se de um dos vários "direitos humanos", previsto inclusive na Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, e representa, sobretudo, um direito fundamental, inerente à condição humana, reconhecido e afirmado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro.

Já o "Discurso de Ódio", termo cada vez mais conhecido, é a prática de comunicar-se inferiorizando ou incitando ódio contra um grupo ou indivíduo, meramente pela sua raça, gênero, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual ou outro aspecto passível de discriminação deste grupo ou deste indivíduo. Tratam-se, resumidamente, de práticas discriminatórias em face de minorias.

A realização deste texto se justifica no momento em que o abuso do princípio da Liberdade de Expressão acaba por infringir princípios ou direitos de mesma importância e hierarquia, como o Direito Humano da não discriminação, presente na Declaração Universal

[1] Acadêmico do X semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Frederico Westphalen/RS; eduardobmaciel2000@hotmail.com.
[2] Filósofo, Mestre e doutorando em Direito, professor universitário pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Frederico Westphalen. Policial Civil/RS. E-mail: menuzzi@uri.edu.br.

Dos Direitos Do Homem Das Nações Unidas, criando ao sistema jurídico o problema de traçar o limite entre direitos que estão em contradição, criando um debate muitas vezes acalorado e apaixonado, por envolver questões intrinsicamente políticas. Estes obstáculos jurídicos são ainda mais agravados no contexto contemporâneo, principalmente com o uso da internet, que traz consigo a dificuldade natural da regulamentação de seus conteúdos, e a alta capacidade de alastramento de discursos e opiniões.

Aliado a estes fatos, com a popularização de pautas em defesa de minorias, principalmente como o movimento negro "Black Lives Matter", ou grupos defensores das causas da comunidade LGBTQI+, entre outros, manifestações que antigamente poderiam ser consideradas moralmente permissíveis, agora, graças ao natural desenvolvimento social, não são logicamente aceitáveis, sendo categorizados como discriminação. Os grupos destas causas sociais lutam pela criminalização de atos e manifestações que desrespeitem estas minorias, porém, para que haja esta criminalização, o direito da liberdade de expressão terá necessariamente de ser limitado até certo ponto, já que declarações antes permitidas por serem consideradas meras expressões de pensamentos e ideias passarão a ser passíveis de punição estatal.

Com este cenário, resta ao Poder Judiciário, cautelosamente, traçar a linha entre os direitos opostos, visando o bem comum, e é por esta razão que se pretende neste projeto debater justamente onde deve estar traçada esta linha, compreendendo o limite legal das manifestações.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEU CONTEXTO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A liberdade de expressão trata-se de um direito básico em qualquer democracia que se preze. Com o passar do tempo, e principalmente no que se considera como constitucionalismo contemporâneo, os países (principalmente os ocidentais) rumaram em direção da garantia e positivação de importantes direitos fundamentais, muito em razão do fim da Segunda Guerra Mundial e dos abusos humanitários que se sucederam no século XX.

Direitos fundamentais, dentro do nosso modelo de Estado Democrático de Direito, podem ser compreendidos, objetivamente, como a classe de direitos por meio dos quais se defenda, garanta e preserve um valor antecessor, mas indissociavelmente relacionado a estes, entendido como "dignidade da pessoa humana" e que possuam forma prescrita em fonte constitucional.

O direito humano da liberdade de expressão é, desta forma, considerado "um dos mais preciosos direitos do homem" pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 em seu artigo 11 (ASSEMBLEIA NACIONAL FRANCESA, 1789), e "a matriz, a indispensável condição, de praticamente todas as demais formas de liberdade", segundo afirmação do *Justice* Benjamin N. Cardozo quando do julgamento do caso *Palko v. Connecticut*, em 1937. Essas citações foram ambas mencionadas no exemplar caso *Lüth*, pelo Tribunal Constitucional Alemão, no ano de 1958 (OLIVIER, 2009, p. 883).

Segundo Cabral (2010), a liberdade de expressão é, ainda, um fundamental conceito nas democracias modernas, nas quais a censura não tem respaldo moral. Ademais, trata-se de um direito humano protegido inclusive pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo seu artigo XIX:

> Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez este direito foi assegurado na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, onde previa a manifestação livre dos pensamentos por qualquer meio e sem censura. Contudo, era ainda estipulado que abusos cometidos no exercício do referido direito seriam responsabilizados, fundamentos estes preservados até a Constituição de 1937, apesar de instituir a censura prévia "da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação" em seu artigo 122, item 15, "a".

Posteriormente, durante o lapso governamental chamado de Estado Novo, o direito da liberdade de expressão passou por fortes represálias, já que o Governo de Getúlio Vargas passou a utilizar a censura como forma de repreender a propagação ou a reprodução de determinadas informações, sendo este período seguido da ditadura militar, com início no ano de 1964, que dentre os abusos contra os direitos humanos em geral, conforme afirma Ferrigolo (2005), restringiu as ações da imprensa, sofrendo duros retrocessos com a Lei de Segurança Nacional e a Lei de Imprensa (5.250/67), que deixavam a população em estado de ignorância em relação aos fatos reais. Ademais, restringiu a liberdade da livre manifestação do pensamento, positivando punições estatais em casos de "abusos do direito individual" que objetivassem a oposição ao governo. Essa disposição ficou expressa no artigo 150 parágrafo 8º, bem como no artigo 151 daquela Constituição.

Estes direitos só foram garantidos novamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), sucessora à queda do regime militar para as demandas da sociedade civil por democracia e liberdades constitucionais plenas, que não somente expressamente dava força à liberdade de expressão, mas também ampliava este direito, chegando a ser repetitivo na garantia desse, reiterando-se em disposições com esta finalidade.

Apesar de ser um direito constitucional, sendo um dos pilares da liberdade em sentido geral, bem como uma base indispensável da democracia, este direito não é absoluto no Brasil. Ao escrever sobre liberdade de pensamento, direito de resposta e responsabilidade por dano material, moral ou a imagem, dispõe Moraes (2018) sobre o tema:

> A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga (MORAES, 2018, p. 56)

Mais recentemente, o mesmo Ministro Alexandre de Moraes (2022), ao criticar movimentos populares que clamavam pelo fechamento do congresso nacional e do Poder Judiciário, manifestações que este crê serem antidemocráticas, disse que “nós não estamos em uma selva. Liberdade de expressão não é liberdade de agressão”.

Isto porque, assim como qualquer outro poder de autodeterminação, que é reconhecido pelo Estado, a liberdade de expressão deve conviver em harmonia com outras garantias constitucionais, sem desequilibrar a unidade sistêmica que se pretende, e nem incorrendo em práticas ilícitas preceituadas pelo ordenamento jurídico.

Um exemplo de ultrapassagem da barreira da autodeterminação no Brasil (e em muitos outros países) é o de que a liberdade de expressão não autoriza as práticas de injúria, a calúnia ou a difamação, condutas tipificadas como crime no Código Penal (artigos 140, 138 e 139, respectivamente), e que inclusive geram indenizações na esfera civil (*vide* art. 927 do Código Civil).

A fins de equiparação e analogia, podemos utilizar o direito constitucional à liberdade de cultos religiosos. Mesmo que em certo ritual religioso seja previsto, como prática admissível, por exemplo, o sacrifício de crianças, ou mesmo a tortura de animais, tais atividades não serão bem vistas pelo ordenamento jurídico, já que são reprovadas pela sociedade, e ultrapassam os limites da liberdade constitucional, passível, portanto, de repressão estatal.

Desta forma, percebemos que há o papel da Constituição Federal de prever as liberdades constitucionais dos cidadãos, mas que, ao mesmo tempo, o conjunto de leis cíveis e criminais possuem o papel de impor os limites destes direitos, contornando as linhas que estabelecem tais limites, impondo obrigações e proibições. Tais limitações somente podem ser realizadas por meio de decisão oriunda da soberania popular (seja de forma direta, ou do uso do sistema de representatividade), para que assim tenham legitimidade perante o *status quo* social.

Apesar disto, o poder de fiscalização e garantia do cumprimento daquilo que prevê a lei escrita cabe ao Poder Judiciário. Quanto ao seu papel na limitação dos preceitos constitucionais, principalmente o da liberdade de expressão, este será discorrido posteriormente neste artigo.

2 O ADVENTO DO DISCURSO DE ÓDIO, ELEMENTOS QUE O COMPÕE E O DIREITO À IGUALDADE

O "discurso de ódio", apesar de ser um termo antigo, tem se tornado mais conhecido nas últimas duas décadas, muito em razão da popularização do uso da internet, conforme indicam Gomes e Salvador (2020). A prática trata-se, nas palavras de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 97), de "ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias".

Contudo, em visão mais ampla da supracitada, podemos estender a definição para toda e qualquer minoria, incluindo o discurso em face do povo indígena, da comunidade LGBTQI+, entre outras subdivisões da sociedade.

Segundo Roger Raup Rios (RIOS, 2008, p. 82), o cidadão mais propenso a praticar tais atos seria aquele "sujeito social nada abstrato: masculino, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário". Esta filosofia vai ao encontro do que parte dos intelectuais do estudo das narrativas hegemônicas chamam de construção estruturante da branquitude, da masculinidade e da cis-heteronormatividade, conforme ressaltam Passos, Puccinelli e Rosa (2019, p. 7-22).

É importante ressaltar que o discurso de ódio, por si só, não é uma prática tipificada, e por esta razão o seu conceito é muito mais amplo e melhor definido pela doutrina do que qualquer outra coisa. Em verdade, o discurso de ódio, ou *hate speech*, remete a um conceito não unívoco, de limites relativamente imprecisos, e é empregada para designar condutas

expressivas muito heterogêneas, que, quando olhadas em conjunto, não apresentam uma essência ou característica definidora.

As práticas de discurso de ódio são distribuídas pela legislação brasileira nas esferas cível e penal em vários artigos, os quais não vêm com uma "predefinição" de discurso de ódio. Porém, é necessário ressaltar que o discurso de ódio não pode ser confundido com o discurso discriminatório que tenha como intento um indivíduo singular, já que aquelas que vão de encontro ao indivíduo são largamente oprimidas pelo direito quando da legislação das violações à honra e personalidade. O discurso de ódio se distancia disto, pois que mira o grupo social como um todo.

A prática do discurso de ódio vai de encontro aos direitos constitucionais e fundamentais da Dignidade à Pessoa Humana, mas principalmente contra o Direito à Igualdade, um dos principais pilares do direito humano e da sociedade ocidental desde os prelúdios da Independência Americana e da Revolução Francesa, conforme ressalta Comparato (2010, p. 62-65).

Após muito tempo se buscando uma garantia formal de tratamento igualitário perante a lei em diversos países ocidentais, com o avanço das relações sociais e urbanização, se passou a buscar, sobretudo após o século XIX, uma igualdade material, visando o tratamento desigual àqueles que são desiguais. Firmando-se nesta ideia que as Constituições mexicana (1917) e alemã de Weimar (1919) previram direitos sociais e econômicos em suas disposições, que inspiraram a Carta Magna de outros países ocidentais.

A Constituição Brasileira de 1988, aderindo a essa ideologia do Estado de bem-estar social, prevê um extenso rol de direitos sociais e econômicos. Nela, o princípio da igualdade é fundamental para a cidadania e a efetividade do Estado Democrático de Direito, por isso, é amplamente tratado ao longo de todo o texto constitucional. Já em seu preâmbulo, o Direito à Igualdade protagoniza como ânimo máximo "de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", o que já demonstra a intenção constitucional de proibição de discriminação.

No inciso IV do artigo 3º da Carta Magna, podemos ver a igualdade transformada em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]
> IV - Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Redação dada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988)

A igualdade também é prevista expressamente entre os direitos e garantias fundamentais (artigo 5º da Constituição Federal):

> 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 [...]. (Redação dada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988). (grifo nosso)

Em outros ordenamentos jurídicos, como no americano, a liberdade de expressão é tida como "um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade" (BRUGGER, 2009, p. 118), ou seja, trata-se de um direito que se sobrepõem perante outros direitos fundamentais.

Segundo Wandres (2000, p. 201 e seguintes), existe na Alemanha uma previsão jurídica de punição pelo que se chama de "difamação de grupos", ou "insulto coletivo", que, para incorrer no artigo 185 do Código Penal alemão, devem se apresentar os seguintes requisitos: 1) o grupo social que é atacado deve ser uma minoria; 2) suas características devem ser diversas daquelas do público geral; 3) o ato de difamação tem de dizer respeito a todos os membros do grupo social, em vez de meros indivíduos, e 4) o insulto deve ser fundado em critérios inalteráveis ou em critérios que são atribuídos ao grupo pela sociedade maior que o rodeia, em vez de pelo próprio grupo, em especial características étnicas, raciais, físicas ou mentais.

3 OS NECESSÁRIOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA IMPEDIR O DISCURSO DE ÓDIO

Sempre que um direito está sendo desrespeitado, ou um dever não está sendo cumprido, é papel do Estado de intervir de forma a respeitar os preceitos legais estabelecidos. O fiscal de toda a lei, bem como aquele que faz com que haja eficácia e validade dessa legislação é, indubitavelmente, o Poder Judiciário.

A partir dessa premissa, podemos chegar ao ponto nodal da atuação do Poder Judiciário no balanço entre preceitos constitucionais, no embate entre direitos de "mesma hierarquia", e qual deveria prevalecer sobre o outro nos casos concretos. Na falta de legislação específica, o papel do judiciário é muito mais de escavar teorias as quais sejam capazes de dar base às decisões e jurisprudências (SILVA; OLIVEIRA; RABELO, 2011, p. 773).

Neste sentido, acima de tudo e conforme dito alhures, é a soberania popular que definirá aquilo que condiz com o bem comum, e é esse desenvolvimento social que será considerado quando da realização da limitação de um direito. Porquanto uma garantia que é abusada de forma inconsequente pelos cidadãos, então esta garantia haverá de ser logicamente reprimida ao passo que convém (SILVA; OLIVEIRA; RABELO, 2011, p. 773).

E é através dos preceitos da Constituição Federal que o Poder Judiciário e os demais aplicadores do direito buscam solucionar os empasses que abarcam a segurança jurídica proveniente da liberdade de expressão no Brasil. Contudo, a fim de realizar um estudo do posicionamento do Poder Judiciário Brasileiro, necessitamos analisar casos concretos, como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em situação que firmou precedentes posteriormente à Carta Magna de 1988, servindo como modelo às instâncias inferiores, para basearem suas decisões.

3.1 O Caso Ellwanger aos olhos do Poder Judiciário

Talvez o caso jurídico que melhor serviu de parâmetro no Brasil para fins de análises jurisprudenciais no que tange à liberdade de expressão e o discurso de ódio é o do editor e escritor Siegfried Ellwanger.

Ellwanger escreveu e publicou livros de cunho nazista, pregando a discriminação racial, antissemitismo e, inclusive, negando ou minimizando a ocorrência do holocausto, conforme relata Horbach (2012, p. 7). Grande parte de suas obras eram, na realidade, revisionistas e negacionistas, e tentavam reescrever a história pelas lentes de um extremista radical.

O caso de Ellwanger inicia quando, em 14 de novembro de 1991, a juíza da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre/RS recebe a denúncia que o acusava de crime de racismo (nos termos do art. 5º, XLII da Constituição Federal e art. 20, da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90) pelo fato de escrever, editar e publicar seus livros de conteúdo neonazista.

Em primeira instância, Ellwanger foi absolvido de todas as acusações, razão pela qual foi interposto recurso à 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo Ministério Público. Os desembargadores reformaram a decisão monocrática e condenaram o acusado ao cumprimento de dois anos de reclusão.

A defesa de Siegfried impetrou, então, *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça contra a decisão do acórdão na tentativa de desconstituir a imprescritibilidade do ato pelo qual

o paciente havia sido condenado. Denegado o remédio constitucional pelo STJ, a defesa recorreu ao Supremo Tribunal Federal.

Na corte superior, o debate constitucional girou em torno de dois pontos: os limites de significado da palavra "racismo" e a suposta colisão, solucionável através da ponderação, de dois direitos fundamentais: liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana.

Apesar da decisão constitucionalmente adequada denegando o HC, os votos, vencedores e vencidos, demonstram a fragilidade dos debates, baseados em argumentos de política ou nos juízos de ponderação de valores. Essa fragilidade[3] demonstra a ausência de uma teoria da decisão, que exija uma resposta constitucionalmente adequada, e deixa os direitos fundamentais nas mãos do "relativismo ponderativo [...], porta aberta à discricionariedade" (STRECK, 2011b, p. 50).

Contudo, o que mais interessa ao presente artigo foram as considerações que tiveram destaque na análise dos limites da liberdade de expressão.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, deixou clarificado que o discurso de ódio contra o povo judeu não estaria protegido pela Constituição quando esta prevê a liberdade de expressão. Neste sentido, discorreu da seguinte forma:

> 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 do **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 do 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**, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional. (grifos nossos)

Perceba-se, portanto, que a obra que se reveste de pesquisa científica com o mero intuito oculto de discorrer ódio sobre um determinado grupo merece desbancada a guarida constitucional da liberdade de expressão, já que se baseia puramente em ilícitos e estímulos intolerantes.

Em relação à colisão da liberdade de expressão e outros valores ou preceitos essenciais, o Ministro indicou que, naquele caso, não havia ocorrência de conflito, pois que

[3] O Ministro Marco Aurélio, como uma das justificativas para conceder o *habeas corpus*, mencionou que as obras não teriam capacidade de gerar uma revolução nazista no Brasil, haja vista que "[...] o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler" (BRASIL, 2004, p. 888).

comportamentos abusivos devem ser contidos baseando-se na preservação da dignidade da pessoa humana:

> Cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

Ressaltou o Ministro, ademais, que deve o Supremo Tribunal Federal manejar critérios que o capacite ponderar e analisar qual direito deve se sobressair, considerando a casuística. Desta forma, a prevalência dos direitos fundamentais em colisão com outras garantias constitucionais deve ser observada, sobretudo, individualmente, caso a caso, e baseando-se no contexto social no qual se insere a discussão.

> O direito à livre expressão do pensamento, contudo, **não se reveste de caráter absoluto**, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre "a posteriori", a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.
> **Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.** (grifo nosso)

No trecho supracitado, perceba-se que o Ministro faz alusão às normas penais do Código Penal para exemplificar casos em que se houvesse ilimitação da liberdade de expressão, não poderiam ser passíveis de punição estatal. Outros exemplos não citados pelo Ministro são os crimes de ameaça (art. 147 do Código Penal) e a incitação à prática de discriminação (artigo 20 da Lei nº 7.716/89, a Lei do Racismo), que igualmente extrapolam os limites da liberdade individual.

Adiante, o Ministro Celso de Mello discorreu quanto a preservação destas leis penais, e quanto o respeito a outros direitos fundamentais tutelados na Carta Magna brasileira, demonstrando que as leis positivadas traçam linhas que as limitam entre si, bem como os direitos humanos.

> O fato é que **a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestação do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente encontra repulsa no próprio texto da Constituição, que não admite gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.**

> **Isso não significa, contudo, que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare exteriorizações contrárias à própria lei penal, pois o direito à liberdade de expressão, que não é absoluto, não autoriza condutas sobre as quais já haja incidido, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal que se revele em tudo compatível com os valores cuja intangibilidade a própria Constituição da República deseja ver preservada.** (grifos nossos).

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes discorreu que "a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático". Para a casuística, ressaltou, citando trechos do livro *Hate speech* (discurso de ódio, em inglês), de Kevin Boyle, que "a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade".

Sobre a limitação da liberdade de expressão, o Ministro Ayres Britto afirmou que leu os livros de Ellwanger, e que apesar de não concordar com as teses apresentadas, não encontrou manifestações capazes de transferir agressão infundada aos judeus. Disse que as ideias estão, na verdade, fundamentadas, bem desencadeadas e elaboradas:

> É que os episódios e personalidades que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção. A menos que, a pretexto de escrever um livro, em realidade passe a trilhar os aleivosos caminhos do panfleto, da ridicularia ou da pasquinada (...) do achincalhe e da prestidigitação intelectual.

Desta forma, podemos extrair que a posição do Ministro é a de que, se existe base de fundamentação aos fatos alegados, independentemente de quão absurdos ou extremistas estes sejam, o autor tem a liberdade de os expressar.

Em seu voto, em uma decisão similar, o Ministro Marco Aurélio defendeu que a todos deve ser garantido o direito de manifestar qualquer ideia, ainda que seja afrontosa ao pensamento majoritário. Disse que "a liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício do poder". E segue:

> Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privem dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, **enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia** e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade. (grifo nosso)

Ressaltou, porém, que a liberdade de expressão não se trata de um poder ilimitado e que, no caso de confronto com outros direitos, é necessário verificar se "a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por esta 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".

Firmando-se principalmente nas questões aqui discorridas, o STF indeferiu o remédio constitucional por maioria, sendo vencidos os Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio, os quais concediam a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Ministro Ayres Britto, que concedia *ex officio* para absolver o paciente por falta de tipicidade da conduta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo estudo realizado no presente artigo, pode-se concluir que, apesar da importância indiscutível do direito à liberdade de expressão para os indivíduos e principalmente para o funcionamento de uma sociedade baseada na democracia, tal direito pode indubitavelmente sofrer relativizações no momento em que colocado na balança com outros direitos humanos fundamentais. Contudo, para que uma garantia constitucional do calibre da liberdade de expressão deva ser limitada, deve ser analisada na casuística a real necessidade de tal ação.

Podemos compreender que, dentre as possibilidades das quais o Poder Judiciário brasileiro já criou precedentes no que tange a limitação da liberdade de expressão, as práticas de discurso de ódio estão dispostas entre aquelas que capacitam desbancar aquele direito como ilimitado ou absoluto, haja vista que o ordenamento jurídico busca lutar contra o abuso das garantias, fazendo com que as hierarquias jurídicas tornem-se móveis, modificáveis dependendo do caso em tela. Portanto, dependendo do caso concreto, direitos como o da igualdade ou da dignidade da pessoa humana podem sobresair perante a liberdade de expressão.

Desta forma, podemos concluir que a visão do Poder Judiciário brasileiro em relação a limitação da liberdade de expressão em face do advento do discurso de ódio é a de que, por vezes, não se defende liberdade com mais liberdade, mas sim se justificam limitações para buscar um bem social geral.

REFERÊNCIAS

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual da Metodologia da Pesquisa no Direito**. 4 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar; GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 95.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 de outubro de 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848. Institui o **Código Penal**, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>, Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 05 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em 05 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/> Acesso em: 25 set. 2023.

ASSEMBLEIA NACIONAL FRANCESA. **Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> Acesso em: 25 set. 2023.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 25 set. 2023.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Constituição Mexicana**. 1917. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm> Acesso em: 25 set. 2023.

ALEMANHA. **Constituição Alemã de Weimar**. 1919. Disponível em: <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm> Acesso em: 23 out. 2023.

ALEMANHA. **Ato Introdutório do Código Penal (EGStGB)**. Federal Law Gazette Parte I, número 22, 1974. Disponível em: < https://www.lexetius.com/leges/StGB/Inhalt?0> Acesso em: 05 mai. 2023.

OLIVIER, Jouanjan. **Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany**. Indiana Law Journal, Bloomington, v. 84, n. 3, 2009. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol84/iss3/5>. Acesso em: 10 ago. 2023.

CABRAL, Bruno Fontenele. **Freedom of speech: Considerações sobre a liberdade de expressão e de imprensa no direito norte-americano**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2640, 23 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17476> Acesso em: 25 nov. 2023.

STRECK, Lenio L; CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Disponível em: <https://www.joserobertoafonso.com.br/comentarios-a-constituicao-canotilho-et-al/> Acesso em: 15 set. 2023.

FRANCA LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Limites Entre a Liberdade de Expressão e o Discurso do Ódio: Controvérsias em torno das Perspectivas Norte-Americana, Alemã e Brasileira**. Gênero & Direito, *[S. l.]*, v. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20472> Acesso em: 25 out. 2023.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação**. São Paulo: Pillares, 2005. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/529> Acesso em: 12 set. 2023.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nobrega. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. Grupo Almedina, 2020. Disponível em: <https://www.livrebooks.com.br/livros/discurso-de-odio-gomes-fabricio-vasconcelos-salvador-joao-pedro-favaretto-pj8qeaaaqbaj/baixar-ebook> Acesso em: 17 set. 2023.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8138> Acesso em: 17 set. 2023.

PASSOS, Ana Helena Ithamar; PUCCINELLI, Bruno; ROSA, Waldemir. **As narrativas hegemônicas como normativas excludentes: raça, gênero e sexualidade**. Revista do Centro de Pesquisa e Formação do SESC, nº 8, p. 7-22, 2019. Disponível em: <https://centrodepesquisaeformacao.sescsp.org.br/revista/Revista_CPFn08.pdf> Acesso em: 12 set. 2023.

COMPARATO, Fábio K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62-65. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0011/5803/comparato-a-afirma-o-hist-rica-dos-dh.pdf> Acesso em 20 nov. 2023.

WANDRES, Thomas. **Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens**. Duncker & Humblot. Berlin. 2000. Disponível em: < https://books.google.com.br/books/about/Die_Strafbarkeit_des_Auschwitz_Leugnens.html?id=T-efAAAAMAAJ&redir_esc=y> Acesso em: 03 out. 2023.

SILVA, Adrian Barbosa; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de; RABELO, Victor Alberto de Albuquerque. **A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no Supremo Tribunal Federal: Uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger**. Estudios constitucionales, Santiago, v. 9, n. 2, p. 771-790, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200021&lng=es&nrm=iso> Acesso em 20 nov. 2023.

HORBACH, Beatriz Bastide. Os limites da liberdade de expressão: O confronto de entendimentos do Supremo Tribunal Federal nos casos Ellwanger e Marcha da Maconha. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 6, n. 20, p. 218–235, 2012. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/299> Acesso em: 20 nov. 2023.

LAFER, Celso. **O Caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, 2004.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano**. Direito Público, v. 4, n. 15, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418> Acesso em: 10 nov. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf> Acesso em: 03 set. 2023.

Alexandre de Moraes diz que liberdade de expressão não é de agressão | EXPRESSO CNN. *[S.I.: s.n.]*. 1 vídeo (1 min). Publicado pelo canal CNN Brasil. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oAihRLXQ0hU> Acesso em: 24 set. 2023.

Recebido em: 08/03/2023
Aceito em: 11/06/2023