

Seção 05: Gênero, Sexualidade e Feminismo.**Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira****Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna
Gustavo Ferreira Santos**

Resumo: O escopo do artigo foi analisar as restrições de conteúdo à liberdade de expressão, no caso do discurso do ódio. Em um primeiro momento, abordou-se a liberdade de expressão, delimitando seu significado, conteúdo e propósito. Em seguida, apontou-se o discurso do ódio como elemento inibidor da liberdade de expressão por ofender os membros das minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação cultural, socioeconômica ou política. Posteriormente, foram discutidos alguns aspectos dos modelos norte-americano (liberdade negativa) e alemão (liberdade positiva), para mostrar que culturas diversas, mas sensibilizadas com os problemas das minorias, aportam soluções jurídicas diferentes. Por último, verificou-se uma aproximação do posicionamento da corte brasileira com a doutrina alemã, a partir da análise dos casos paradigmáticos do editor Siegfried Ellwanger e da Escola de Samba Unidos da Viradouro. O posicionamento do Brasil, país multicultural e formado por diferentes etnias, pode orientar um novo processo de defesa das minorias que, apesar de envolver a colisão de direitos fundamentais consagrados (dignidade, igualdade e liberdade), ainda encontra barreiras incompatíveis com a democracia pluralista contemporânea. Ademais, o debate acerca dos limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio ganha espaço nas ciências jurídicas e deve ser instigado porque, embora trate de um problema antigo, algumas questões permanecem sem contornos bem definidos.

Palavras chaves: Liberdade de expressão. Discurso do ódio. Minorias. Preconceito. Cultura.

Abstract: The scope of the article was to analyze the content restrictions of freedom of expression, in the case of hate speech. At first, we dealt with the freedom of expression, delimiting its meaning, content and purpose. Then we pointed out the hate speech as inhibitor element of freedom of expression for offending members of traditionally discriminated minorities, who are outnumbered or in a situation of cultural subordination, socioeconomic or political. Later, some aspects of American models (negative freedom) and German (positive freedom) were discussed, to show that different cultures, but sensitized to the problems of minorities, they provide different legal solutions. Finally, there was an approximation of the position of the Brazilian court with German doctrine, from the analysis of the paradigmatic cases: the editor Siegfried Ellwanger and the Samba School 'Unidos da Viradouro'. The positioning of Brazil, multicultural country and composed of different ethnic groups, may guide a new process of defending minorities, despite involving the collision of fundamental rights (dignity, equality and freedom), barriers still finds incompatible with the pluralist democracy contemporary. Moreover, the debate about the limits between freedom of expression and hate speech gains space in legal sciences and should be instigated because, although it is an old problem, some issues remain without well-defined contours.

Keywords: Freedom of expression. Hate speech. Minorities. Prejudice. Culture.

1. BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos humanos são uma conquista bastante tardia na história da humanidade, sendo firmados como elementos jurídicos apenas com as Revoluções Liberais do século XVIII, momento em que a liberdade de expressão se afirmou definitivamente e passou a integrar as constituições liberais, bem como convenções e tratados internacionais, como direito fundamental.

A liberdade de expressão foi expressa, pela primeira vez, em 1689, no *English Bill of Rights*, um estatuto político formulado no contexto da Revolução Gloriosa que defendia os direitos dos cidadãos britânicos. Em seguida, vários outros documentos passaram a incorporar em seus textos o direito à liberdade de expressão, como os artigos 10 e 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Art. 10.º Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

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

No Brasil, desde a Constituição do Império havia a garantia da liberdade de expressão, o que foi preservado até a Constituição de 1937. Já no período conhecido como Estado Novo durante o governo do presidente Vargas, o princípio constitucional da liberdade de pensamento desapareceu e foi adotada a censura como meio de impedir a publicação ou a reprodução de determinadas informações. A liberdade de expressão só ganhou força novamente na atual Constituição Federal¹, promulgada em 5 de outubro de 1988, que trouxe várias inovações em relação à

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **IV** - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; **V** - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; **VI** - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; **VIII** - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; **IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

liberdade de manifestação do pensamento, dando maior amplitude ao rol de direitos e garantias individuais, vedando apenas o anonimato como forma de evitar a verbalização do discurso sem a devida responsabilidade.

Em 1979, em uma conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, o jurista tcheco-francês Karel Vasak propôs uma classificação dos direitos humanos em gerações, inspirado no lema da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade, Fraternidade). Os direitos da primeira geração, em que está inserida a liberdade de expressão, são considerados direitos negativos, que se esgotam num dever de abstenção do Estado na esfera particular do indivíduo. Trata-se de uma limitação para os poderes públicos, erigida para que eles não tenham como impedir nem coibir a manifestação de quaisquer opiniões ou ideias.

Com efeito, a liberdade de expressão é um direito fundamental dos indivíduos, entendida como liberdade de consciência e liberdade de crença, e está intrinsecamente relacionada à livre manifestação de ideias, opiniões, posições, pensamentos, de interesse público ou não, provido de importância e valor ou não, através de qualquer meio de comunicação, não podendo esse direito ser restringido por ninguém. Em suma, a liberdade de

expressão só pode ser plenamente garantida se os indivíduos tiverem a possibilidade de manifestar seus pontos de vista segundo suas convicções, seja na esfera pública ou privada.

2. OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão destina-se ao alcance de vários objetivos. Sem maior aprofundamento e, ao mesmo tempo, destituída de preocupação exaustiva, pode-se apontar, com base em enumeração especificada por Jónatas Machado (2002: 237-291), os seguintes: a) a procura da verdade, b) o mercado livre das ideias, c) a autodeterminação democrática, d) o controle da atividade governativa e do exercício do poder, e) o estabelecimento de esfera aberta e pluralista de discurso público, f) a garantia da diversidade de opiniões, g) a acomodação de interesses juntamente com a transformação pacífica da sociedade, h) a promoção e expressão da autonomia individual, i) a formação de concepção multifuncional das liberdades de comunicação.

Além dos objetivos expostos, a liberdade de expressão tem um importante papel no debate público e nas eleições, uma vez que é necessária uma opinião pública livre e informada como requisito

legítimo para o exercício dos direitos políticos. O controle dos poderes públicos e a denúncia dos casos de corrupção dos governantes são tarefas necessárias dos meios de comunicação como um compromisso do direito à informação e a responsabilidade social da imprensa.

Com efeito, levando-se em consideração a liberdade de consciência, o exercício dos direitos políticos e o controle dos poderes públicos, toda intervenção do Estado para limitar a liberdade de expressão, em sistemas democráticos, deve ser vista como suspeita e exige uma justificativa especial.

3. O DISCURSO DO ÓDIO COMO ELEMENTO INIBIDOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

São vários os temas que suscitam o debate público acerca da legitimidade da intervenção estatal na liberdade de expressão, entre eles o discurso do ódio, o qual pode ser definido como toda manifestação que denigra ou ofenda os membros das minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política ou cultural. Em outras palavras, o discurso do ódio se compõe de todas as formas de expressão que propagam, incitam, promovem ou

justificam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia, o antissemitismo e outras formas de ódio baseadas na intolerância.

Sobre o tema, as principais polêmicas são: o discurso ou as palavras podem causar danos? Em que medida o dano é quantificável? Toda ofensa é uma incitação à violência? Qual deveria ser a tolerância legal de expressões, ainda que fossem repugnantes?

Tratam-se de perguntas difíceis porque existem diversas concepções de liberdade de expressão e a solução mais adequada ao caso concreto varia segundo a cultura jurídica de cada país. Mas, para tentar responde-las, vamos apresentar alguns aspectos das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira sobre o tema e estabelecer quais são as justificativas dos limites a um direito fundamental, em três culturas jurídicas, que estão sensibilizadas com os problemas das minorias, mas aportam soluções diversas.

A seguir, veremos que o discurso do ódio pode ser interpretado como um conflito de direitos e os sucessivos casos judiciais que serão apresentados oferecem diferentes ponderações entre eles, demonstrando que só é possível interpretar adequadamente as decisões judiciais apelando-se aos fundamentos filosóficos de cada modelo apresentado.

4. O MODELO NORTE-AMERICANO, A LIBERDADE NEGATIVA E O MERCADO DAS IDEIAS

O modelo norte-americano está baseado na liberdade negativa e corresponde à visão de mercado das ideias elaborado pela jurisprudência da Suprema Corte americana. Este tribunal outorgou um papel prioritário à liberdade de expressão, que deveria limitar sua intervenção apenas aos casos de um perigo claro e presente ou à ameaça de desordens públicas. A visão da liberdade negativa traduz-se na não interferência no âmbito individual e, portanto, na ausência de barreiras para seu exercício. Significa não ser impedido por outras pessoas a fazer o que se deseja fazer.

A perspectiva americana pode ser sintetizada em sua Primeira Emenda Constitucional, de 1791, segundo a qual, “*O Congresso não fará nenhuma lei que restrinja a liberdade de expressão, ou da imprensa*”. Todavia, foi a jurisprudência da Suprema Corte que mostrou de forma mais clara o significado deste preceito constitucional com a concepção do mercado de ideias, que apareceu pela primeira vez no voto divergente do Juiz Oliver Wendell Holmes no caso *Abrams versus Estados Unidos* (1919). Inclusive,

Richard Posner (2011:53) considera que não existe voto mais eloquente na história do direito norte-americano do que esse voto divergente.

Segundo a visão de mercado das ideias, não é papel do Estado proibir ideias, ainda que alguém as considere equivocadas, pois o melhor teste para a verdade é a competição no mercado do discurso. A livre circulação de ideias permite que todos chequem suas opiniões. Assim, a correção de uma ideia não depende da consciência dos juízes e jurados, mas da concorrência com outras ideias. Os diferentes pontos de vista em uma sociedade competem entre si em um debate aberto e plural, no qual algumas opiniões têm mais êxito do que outras, dependendo do número de seguidores e da qualidade dos seus argumentos.

O mercado das ideias propõe a não intervenção estatal na determinação da verdade ou falsidade dos argumentos, o que supõe que o Estado deve ser neutro. Trata-se de uma posição que enfatiza a visão da liberdade negativa e que desconfia da intervenção governamental em assuntos de liberdade de expressão.

A procura da verdade como *telos* da liberdade de expressão assinala que num discurso aberto de ideias a verdade é mais facilmente desvendada, enquanto que num espaço onde há a carência de liberdade de

expressão a verdade fica oprimida a uma só opinião, que se impõe como verdadeira. Se houver um debate livre e aberto, a verdade tende a prevalecer.

Os pressupostos filosóficos implícitos deste modelo, de acordo com Stanley Ingber (1984:15), são: a) a verdade é algo capaz de ser descoberta pelo pensamento, a partir da pluralidade de ideias; b) o poder da racionalidade dos indivíduos pode separar a forma da substância das posições competitivas que se apresentam. No entanto, Ingber (1984, p. 48), critica o mercado das ideias afirmando ser ele mais um mito do que de uma realidade, pois na prática se refletem os pontos de vista convencionais sobre a sociedade, a economia e a política; a diversidade de perspectiva é inexistente e é difícil sustentar que este mercado não sofre interferência.

Todavia, Jónatas Machado (2002:254) contesta grande parte dessas críticas ao estabelecer que:

o mercado livre de ideias, a despeito das suas imperfeições, traduz os valores fundamentais da descentralização da produção e difusão de ideias e da autonomia individual na adesão ou no abandono das mesmas, bem como na estruturação dos procedimentos comunicativos de acordo com o princípio da persuasão, nos termos do qual o Estado não pode suprimir um discurso com base no facto de que o

mesmo tem a capacidade para persuadir as pessoas.

A fundamentação teórica que justifica a liberdade de expressão como meio de se chegar à verdade encontra-se na obra *Sobre a Liberdade* de Stuart Mill. Aqui, o filósofo afirma que a liberdade de expressão jamais deve ser restringida, pois se o discurso for silenciado, e o mesmo for verdadeiro, estaremos privados de conhecer a verdade; se a opinião silenciada for errada, pode haver nela, ainda assim, uma porção de verdade; e se a opinião estiver errada, será através do enfrentamento de opiniões diversas que se chegará ao conhecimento pleno da verdade (RIBEIRO, 2012).

Nesta obra, Stuart Mill (1991:78) também formula o princípio do dano a terceiros, segundo o qual o único propósito que justifica a intervenção da espécie humana, coletiva ou individualmente, na liberdade de ação é sua própria proteção. Ou seja, o fim para que o poder possa ser exercido legitimamente sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é obstar que provoque danos aos demais. Assim, o Estado só pode intervir regulando as condutas que prejudiquem danos a terceiros.

Em suma, a defesa do debate, o contraste das ideias, a recusa da censura e

a livre circulação do discurso são necessários para que os indivíduos como agentes morais possam decidir autonomamente seus planos de vida. Logo, no modelo norte-americano, a intervenção estatal só se justificaria quando as ações dos indivíduos provocassem *danos* aos demais. Nesse ponto, um novo dilema se instaura: quem e como se definem esses danos?

Antes de responder, vejamos alguns casos polêmicos julgados pela Suprema Corte Americana:

a. Caso Brandenburg (1969):

A Suprema Corte Americana anulou a condenação de Clarence Brandenburg (líder do ramo de Ohio do Ku Klux Klan), apesar de suas alegações em rede de TV sobre a supremacia da raça ariana. A Corte fundamentou a absolvição do réu na ausência de violência intencional, provável e iminente do discurso contra negros e judeus. Ora, mas o que é violência? Parece-me que a Corte americana só considerou a violência e os danos físicos, não levando em conta a violência moral e psíquica das vítimas do discurso, bem como o direito à memória dos familiares dos mortos nos campos de concentração.

b. Caso Skokie (1977): A Suprema Corte Americana decidiu em favor do Partido Nazista, revertendo a decisão da Corte de Illinois, e autorizou

uma marcha nazista em bairro judeu. O nazismo foi um aviltamento a todas liberdades humanas, que se desenvolveu em um meio que consentia o exercício da liberdade, em especial, da liberdade de reunião. E isso nos conduz a um novo problema: até que ponto é legítimo dar liberdade para quem ofende a liberdade? Em que medida deve-se tolerar o intolerante?

c. Caso RAV x City of St.

Paul (1992): A Suprema Corte Americana anulou o julgamento que condenava alguns adolescentes por queimar uma cruz no Jardim de uma família negra afro-americana. No contexto da sociedade estadunidense, o ato de queimar cruzes representa uma manifestação de ódio. Então, no âmbito do conflito entre direitos humanos fundamentais, até que ponto a não interferência do Estado (liberdade negativa) é eficaz para a proteção das minorias?

d. Caso Cohen (1971): A

Suprema Corte Americana anulou a decisão que condenou um sujeito chamado Cohen por usar nos corredores de um tribunal de justiça uma jaqueta com a expressão “*fuck the draft*”. O fato aconteceu em um agitado momento de crítica à política bélica norte-americana por ocasião da Guerra do Vietnã e a punição tinha a premissa de que a

agressiva frase incitaria distúrbios e ameaçaria a paz. Nesse caso, a Suprema Corte alegou que o Estado não tem o direito de proibir o uso de palavras ofensivas. Por que deixar, então, impune os agressores do distúrbio gratuito da paz de vítimas de grupos minoritários, como negros e judeus?

Não existem outros danos relevantes, relacionados ao discurso do ódio? Não são sérios ataques à dignidade humana a utilização de determinadas expressões? As respostas a essas indagações, segundo a filosofia americana, é que qualquer discurso, por si mesmo, não produz dano, ódio, violência ou intolerância. Porém, nosso intuito não é oferecer soluções conclusivas ao tema, mas provocar o debate e o confronto de ideias, pois cada resposta é um momento do questionamento filosófico, é um degrau na busca da verdade, que serve de suporte para a construção de novas questões, mais profundas e abrangentes.

Para Fuente (2010:105), aos olhos de um jurista europeu, a regulação estadunidense da liberdade de expressão é, no mínimo, paradoxal, pois a Suprema Corte ora se mostra neutra frente ao racismo, ora se mostra parcial diante do aborto, da escravatura e da obscenidade. Os pilares do sistema se baseiam na filosofia de Stuart Mill e no princípio de

danos a terceiros, em que o dano está vinculado ao perigo de violência iminente.

5. O MODELO ALEMÃO, A LIBERDADE POSITIVA E A INTANGIBILIDADE DA DIGNIDADE HUMANA

A história da ditadura nacional socialista por Adolf Hitler claramente influenciou na visão judicial que atribui importância relativa à liberdade de expressão, de modo que, no panorama das constituições europeias do segundo pós-guerra destaca-se, em particular, a *Grundgesetz* (GG), ou seja, a Lei Fundamental Alemã, de 1949, que já no início do seu texto proclama solenemente a inviolabilidade da dignidade humana:

Artigo 1

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Como se observa, no sistema jurídico alemão, a liberdade de expressão não é o

valor constitucional mais importante, esta posição pertence à dignidade humana, tratada como princípio constitucional supremo e um direito fundamental. Portanto, quando os casos apresentam fatos nos quais a dignidade humana e a liberdade de expressão colidem, esta deve render-se para que a dignidade humana prevaleça.

Além disso, Lei Fundamental Alemã ressalta a conduta positiva do ente público como garantidor da proteção à dignidade humana: o Estado existe para o bem do homem, e não o homem para o bem do Estado. Em outras palavras, os indivíduos requerem que o Estado tenha um papel proativo para garantir as possibilidades de realização de seus planos de vida. Isso não significa que o modelo alemão seja antidemocrático dentro do sistema democrático. Mas pressupõe que a esfera pública não tenha um discurso neutro, mas seja definida em torno de valores baseados em sua superioridade ética.

Caracterizando o republicanismo que defenderia a justificação da liberdade de expressão como a liberdade positiva, o Estado ausente no liberalismo é substituído por um Estado ativo. Nesse contexto, coloca-se a questão sobre o que se deveria fazer no caso Skokie, que tratava-se de autorizar uma marcha nazista em um bairro

onde viviam judeus sobreviventes do holocausto:

- Os liberais sustentam que o Estado deve ser neutro e respeitar as opiniões que promovam seus cidadãos. Proibir expressões ofensivas e impopulares significa impor a alguns cidadãos os valores dos outros e não respeitar a capacidade de cada cidadão escolher e expressar as suas próprias opiniões.

- Os republicanos, ao contrário, vão diferenciar em cada caso o conteúdo do discurso, a natureza da causa e o valor moral das comunidades locais cuja integridade estava em jogo. Os neonazistas promoveram o genocídio e o ódio. Por isso, memórias compartilhadas de sobreviventes do holocausto merece deferência moral.

O conceito de liberdade de expressão como liberdade positiva está localizado dentro da cultura jurídica alemã. Para mostrar as diferenças com a perspectiva dos Estados Unidos, se analisará o Caso Lüth, que, segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, este foi o caso fundamental para a interpretação das liberdades de opinião.

Os fatos são os seguintes: Veit Harlan, um diretor de cinema, trabalhou em estreita colaboração com a máquina de propaganda nazista. Ele produziu e dirigiu uma série de filmes altamente ofensivos,

incluindo o filme anti-semita “*Jud Süß*”, em 1940. Apesar de sua colaboração ativa com o governo nazista, os Aliados não o consideravam culpado de crimes de guerra por sua contribuição para o programa de genocídio nazista. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, ele tentou voltar como um grande diretor e, em 1950, escreveu e dirigiu o filme “*Amada Imortal*” (*Unsterbliche Geliebte*), que recebeu elogios na Alemanha e no exterior.

Eric Lüth estava desgostoso com o reaparecimento de Veit Harlan no mundo do cinema como um ator legítimo e organizou um boicote nacional do filme. Os produtores e os distribuidores do filme buscaram uma liminar contra o boicote em uma disposição do Código Civil alemão que previa uma reparação contra a pessoa que “*intencionalmente causar prejuízo a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes*”².

Neste julgamento foi estabelecido pela primeira vez que a Constituição não é um documento de valores neutros, já que a seção sobre Direitos Fundamentais estabelece uma ordem objetiva de valores que incide sobre a dignidade humana, que deve considerada como uma decisão

² Artigo 226 do código civil alemão (BGB): “§ 226 - *Schikaneverbot: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*”.

constitucional fundamental que afeta todas as áreas do direito (público e privado)³.

Este valor é utilizado como critério para medir e avaliar todas as ações nas áreas do direito, seja no âmbito do Legislativo, Executivo ou Judiciário. Portanto, é claro que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Esta doutrina denominada *Drittwirkung* assegura a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A Corte Constitucional alemã percebeu e, a partir dele, desenvolveu alguns conceitos que atualmente são as vigas-mestras da teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo:

I.a dimensão objetiva dos direitos fundamentais,

II.a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e

III.a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos.

Aqui no Brasil, esses fenômenos chegaram ainda que com outras roupagens.

³ É importante mencionar também que a negação do holocausto não é considerada manifestação do pensamento possível. Para a Alemanha trata-se de negação de fato ocorrido e não de mera expressão do pensamento. Esse entendimento advém do julgado da Corte Constitucional alemã de 1994, que se posicionou contra a tese negacionista do historiador David Irving sobre a não existência do holocausto, como um dado histórico.

Fala-se em constitucionalização do direito privado, filtragem constitucional, interpretação conforme os direitos fundamentais etc.

6. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO

Após conhecermos os entendimentos da Suprema Corte Americana e do Tribunal Constitucional Alemão, passemos ao posicionamento do poder judiciário brasileiro, em alguns casos polêmicos que beiram a tênue fronteira entre liberdade de expressão e o discurso do ódio.

6.1 O Caso Ellwanger: literatura e nazismo

Em 17.09.2003, no HC 82.424/RS, o Supremo Tribunal Federal orientou-se segundo uma tradição germanista no caso do livreiro brasileiro Siegfried Ellwanger Casten, fundador da editora gaúcha Revisão, que escreveu e publicou livros disseminando e legitimando o ódio aos judeus. Entre os principais livros editados pela Revisão, destacam-se: “*Holocausto: Judeu ou Alemão?*”, “*Hitler: Culpado ou Inocente?*” e “*O Plano Judaico de Dominação Mundial: Os Protocolos dos Sábios de Sião*”.

As obras de Ellwanger, bem como de sua editora, provocaram perplexidade e inquietação na comunidade semita brasileira por seu conteúdo racista e por acusar os judeus de serem responsáveis pelos mais diversos infortúnios da humanidade, entre eles a eclosão da Segunda Guerra Mundial.

No caso em comento, o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor, imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por crime de racismo e, por maioria de votos, o Plenário negou o Habeas Corpus e acabou por repudiar o discurso do ódio. A votação obteve o seguinte placar:

| ABSOLVIÇÃO: deferimento do <i>habeas corpus</i> , inexistência de racismo e liberdade de expressão irrestrita | CONDENAÇÃO: denegação do <i>habeas corpus</i> , existência de discurso do ódio e ponderação de valores em caso de colisão de direitos |
|--|---|
| Ministros: Moreira Alves, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio | Ministros: Carlos Velloso, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence |

Alguns votos, eivados de diferentes ideologias, merecem destaque, como os dos Ministros Moreira Alves, Celso de Melo, Gilmar Mendes, Carlos Velloso e Ayres Britto. Vejamos:

O primeiro ministro a votar foi o Moreira Alves, relator do processo, que argumentou que do ponto de vista

científico, os judeus não constituem uma raça, indicando que tal constatação poderia ser verificada em razão de dados físicos como cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, etc. Portanto, em face da inexistência de crime de racismo, entendeu por deferir o pedido de habeas corpus e justificar o discurso do ódio (BRASIL, 2003, p. 207-220).

O Ministro Celso de Melo, que votou contrariamente ao habeas corpus, ponderou que *“aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de fundo racista, também atinge - e atinge profundamente - a dignidade de todos e de cada um de nós”* (BRASIL, 2003:287-310).

Em seguida, ao proferir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes discorreu sobre a colisão entre direitos fundamentais: de um lado a liberdade de expressão e de outro a dignidade humana. Assim, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, também votou pelo indeferimento do remédio constitucional (BRASIL, 2003:312-346). Nessa mesma linha, o Ministro Carlos Velloso também entendeu que a liberdade de expressão em momento algum pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana e denegou o habeas corpus (BRASIL, 2003: 351-365).

O Ministro Carlos Ayres Britto, seguindo o modelo estadunidense, argumentou que a Liberdade de expressão seria uma liberdade de hierarquia maior e, portanto, excludente de qualquer limite. O voto do ministro foi um tanto contraditório, uma vez que ora reconhece que Ellwanger deixa transparecer em suas obras uma ideia preconceituosa acerca dos judeus, ora alega a impossibilidade de ser proibida a divulgação do pensamento. Ainda, citando Douglas Christie, Ayres Britto declara que *“ninguém tem o monopólio de apresentar o desenrolar de fatos históricos. NUNCA deverá ser silenciada uma discussão, a esse respeito, por imposição de meios estatais.”* (BRASIL, 2003:562-564).

Ao final do julgamento, concluiu-se que a liberdade de expressão não pode servir de respaldo para manifestações preconceituosas, nem incitar a violência e a intolerância contra grupos humanos.

6.2 O Caso da Unidos da Viradouro: samba e holocausto

Outro caso polêmico que merece destaque é foi restrição da escola de samba Unidos do Viradouro no carnaval carioca, em 2008, de apresentar uma alegoria alusiva às vítimas do holocausto e mostrava uma pilha de corpos esquálidos e

nus, onde desfilaria um destaque fantasiado de Adolf Hitler. A proibição da exibição do carro alegórico foi resultado de uma ação judicial promovida no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pela Federação Israelita do Rio de Janeiro (FIERJ).

A escola não tinha a intenção de questionar nem fortalecer a ideologia pregada pelo holocausto, mas sim demonstrar a brutalidade histórica desse acontecimento, já que o tema da Unidos da Viradouro naquele carnaval era "*É de arrepiar*". O pedido da Federação Israelita do Rio de Janeiro (FIERJ) foi reconhecido, tendo a magistrada concedido liminar impondo uma multa de 200 mil reais se a escola de samba desfilasse com o carro na Marquês de Sapucaí e ainda uma multa adicional de 50 mil reais se houvesse algum membro da escola com fantasias que lembrassem a figura de Hitler (MEYER-PFLUG, 2009:217-218).

É cerceamento de liberdade de expressão impedir a banalização dos eventos bárbaros e injustificados praticados contra as minorias? É justo privar o direito do artista de mostrar sua obra, ainda que esta obra retrate o morticínio de judeus, praticado na Alemanha hitlerista? O holocausto trata de assunto que deve ser escondido ou esquecido?

6.3 O Caso Monteiro Lobato: letras e discriminação

Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança nº 30952, ação movida pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) contra a distribuição do livro "*Caçadas de Pedrinho*", de Monteiro Lobato, a escolas públicas pelo Programa Nacional Biblioteca na Escola (PNBE), do Ministério da Educação. A alegação do IARA é que passagens do livro são racistas, como a que diz que Tia Nastácia subiu em uma árvore como uma "*macaca de carvão*". O STF ainda não se posicionou, mas a polêmica já se instalou, bem como opiniões divergentes que transitam entre a censura, a liberdade de expressão e o discurso do ódio.

7. ALGUMAS CONCLUSÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é a máxima dentro das liberdades clássicas, constituindo um direito de primeira geração. É, em regra, um direito que exige uma abstenção do Estado na sua tutela. No entanto, o domínio da liberdade de expressão não é um campo ilimitado nem absoluto e pode ser restringido em nome

da ponderação de outros bens jurídicos igualmente expressivos. Todavia, qualquer regulação à liberdade de expressão deve ser realizada com cautela de modo a não retroceder à censura.

O primeiro modelo da liberdade de expressão como liberdade negativa se caracteriza porque o Estado não deve intervir em assuntos sobre a liberdade de expressão e deve sair para o mercado de ideias. Na liberdade negativa não há interferência. A verdade ou falsidade de ideias surgem a partir das ideias contras da competição, e não das decisões judiciais. O Estado deve ser neutro sobre o conteúdo da expressão, o que tem sido levado a considerar inconstitucional uma regulação que só proíba opiniões e ações racistas.

A perspectiva estadunidense da liberdade de expressão pode causar perplexidade a partir de outras culturas jurídicas, uma vez que a liberdade de expressão não é apenas o direito constitucional mais precioso, mas também um dos seus símbolos culturais mais importantes. A ênfase na não intervenção estatal sobre a liberdade de expressão leva alguns a considerá-la como um direito absoluto. Com efeito, a Suprema Corte Americana reconheceu alguns limites à liberdade de expressão. A partir desta perspectiva, de acordo com os princípios de Stuart Mill, o Estado poderia regular

expressões que agridem, principalmente, os membros de minorias que têm sido tradicionalmente vilipendiadas.

Ademais, as manifestações de ódio, quando colocado apenas no nível do discurso, não produzem nenhum dano significativa para a intervenção do Estado, de acordo com a Suprema Corte. A incitação ao ódio estaria permitida se não envolver também uma incitação à violência. Isso diferencia os Estados Unidos em relação a outras democracias que adotaram regulamentos restritivos neste assunto.

Quanto ao segundo modelo que toma a Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, observa-se nítida preocupação com a regulação da Liberdade de Expressão e a repercussão do discurso do ódio. Sem dúvida, a liberdade de expressão constitui direito fundamental, mas convive com o princípio da dignidade humana a lhe opor limites. É importante ressaltar também que o princípio da dignidade humana adquire valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico alemão consagrado no artigo 1º da Constituição promulgada no pós-guerra. Dessa forma, haverá sempre a ponderação de valores em face de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Para os casos de violação de um direito

constitucional, a solução se dará pelo princípio da proporcionalidade.

Quanto ao Brasil, o número de ações judiciais envolvendo a temática do discurso do ódio ainda é pequeno, não por ausência de discriminação, mas pelo fato de que o preconceito, o racismo, a homofobia e a xenofobia se manifestam de modo implícito, velado, muitas vezes revestidos de humor, o que assinala um “discurso do ódio material, o que dificulta o seu combate.

O país nunca tinha enfrentado uma polêmica até o caso de Siegfried Ellwanger. Para solucioná-lo, o Supremo Tribunal Federal se valeu muito da jurisprudência tanto dos tribunais europeus, quanto dos tribunais americanos. E, ao término do julgamento, a Corte orientou-se segundo a tradição germanista, contra o discurso do ódio, elaborando um novo conceito de raça ao pressupor que racismo é a perseguição a qualquer grupo étnico, religioso, social ou cultural. A importância do caso Ellwanger é servir de paradigma para os processos posteriores, como o caso da Escola de Samba Unidos da Viradouro e dos livros de Monteiro Lobato.

O posicionamento da corte brasileira orienta um novo processo de defesa das minorias e de combate ao preconceito que, apesar de envolver a demarcação de

direitos fundamentais consagrados (dignidade, igualdade e liberdade), ainda encontra barreiras incompatíveis com a democracia pluralista contemporânea.

Por fim, o debate acerca dos limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio é relevante e ganha espaço nas ciências jurídicas porque, embora trate de um problema antigo, algumas questões permanecem sem contornos bem definidos. Uma solução para o fim do preconceito seria a construção de políticas que garantam efetivamente o acesso às mídias e aos meios de comunicação das minorias vítimas de discriminação em nossa sociedade, de modo que as diferentes etnias, religiões, culturas e gêneros, estejam de fato representadas, pois ao assegurar voz e visibilidade a esses grupos é que se ergue uma sociedade igualitária, plural e desprovida de qualquer forma de intolerância.

Bibliografia

ALEMANHA. Código Civil Alemão (1900). **Bürgerliches Gesetzbuch: promulgado em 1º de janeiro de 1900.**

Disponível em:

<[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_\(em_alemao\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_(em_alemao).pdf)> Último acesso em: 11/08/2014.

ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: promulgada em 23 de maio de 1949**. Disponível em:

<<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>
Último acesso em: 20/08/2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **A liberdade de expressão na jurisprudência do STF**. Brasília: IDP, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Último acesso em: 20/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Revista de Direito Público, Brasília, v. 15, n. 117, jan.-mar. 2007.

CRUZ, Natália dos Reis. **O integralismo e a questão racial. A intolerância como princípio**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2004. Disponível em:

<http://www.btdt.ndc.uff.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2187> Último acesso em: 12/08/2014.

FISS, Owen M. **A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FISS, Owen M. **Free Speech and Social Structure**. Iowa Law Review. N. 71, 1986.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. **Revista Seqüência**.

Florianópolis, UFSC, Volume 34, nº 66, 2013.

FUENTE, Oscar Pérez de la. **Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana**. CEFD - Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N. 21, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004.

INGBER, Stanley. **Marketplace of ideas: A legitimizing myth**. Duke law journal, vol. 1984, número 1, p. 1-91.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos. Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.**

Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Maria Costa Neves.

Liberdade de expressão e restrições de conteúdo análise do caso Ellwanger em diálogo com o pensamento de Celso Lafer.

Revista dos Tribunais, vol. 931, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro.

Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. São Paulo: RT, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad.**

Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito.** São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2011.

RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva. **O discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto: restrições à liberdade de expressão?** Universidade de Coimbra. Trabalho final de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2012. Disponível em:

<www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/RaisalDuarteSilvaRibeiro.pdf> Último acesso em: 11/08/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna:

Advogada e Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Gustavo Ferreira Santos:

Doutor em Direito pela UFPE e Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco.