



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA - UEPB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E PRÁTICA JURÍDICA

MICHELL VINICIUS DE ANDRADE SILVA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO LIMITADA: UM OLHAR INVESTIGATIVO SOBRE
O HATE SPEECH**

CAMPINA GRANDE – PB

2013

MICHELL VINICIUS DE ANDRADE SILVA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO LIMITADA: UM OLHAR INVESTIGATIVO SOBRE
O HATE SPEECH**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para a
obtenção do título de Bacharel em direito
pela Universidade Estadual da Paraíba.
Área de concentração: Direito
Constitucional e Direito Internacional

Orientadora: Prof^ª. Ms. M^a Cezilene
Araújo de Moraes

Campina Grande – PB

2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586l Silva, Michell Vinicius de Andrade.
 Liberdade de expressão limitada [manuscrito]: um olhar
 investigativo sobre o Hate Speech / Maria Cezilene Araújo
 Moraes.– 2013.
 62 f.

 Digitado.
 Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em
 Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
 Ciências Jurídicas, 2013.
 “Orientação: Profa. Ma. Maria Cezilene Araújo Moraes,
 Departamento de Direito Público”.

 1. Liberdade de expressão. 2. Dignidade humana. I.
 Título.

21. ed. CDD 323.445

MICHELL VINICIUS DE ANDRADE SILVA


**LIBERDADE DE EXPRESSÃO LIMITADA: UM OLHAR INVESTIGATIVO SOBRE
O HATE SPEECH**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito,
pela Universidade Estadual da Paraíba -
UEPB, Campina Grande-PB.

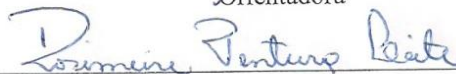
Aprovado em: 23 10 / 2013

Nota: 9,0 (nove)

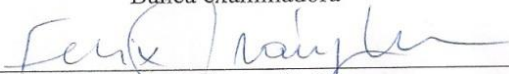
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Mª Cezilene Araújo de Moraes
Orientadora



Dra. Rosemeire Ventura Leite
Banca examinadora



Dr. Félix de Araújo Neto
Banca examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho aos meus pais que me cercaram e me fizeram ser esse homem que hoje me tornei. A meus irmãos que sempre estiveram ao meu lado. Bem como, a todos aqueles que me rodeiam, e não poderia me esquecer da minha noiva que esteve me ajudando e me ensinando os maiores ensinamentos da vida, o real significado do amor.

RESUMO

O presente estudo visa abarcar uma visão sobre a liberdade de expressão, seus contornos e suas nuances, com um olhar investigativo sobre o Hate Speech e o discurso do ódio. Dessa forma, o presente trabalho tende transcender a visão individualista do fenômeno denominado de “Bullying”, para dar um enfoque social à problemática do preconceito e da intolerância em face dos grupos estigmatizados da sociedade. Partindo, pois, de um olhar crítico sobre o caráter absoluto dos direitos fundamentais, em especial sobre a liberdade de manifestação do pensamento, visando, através do princípio da proporcionalidade, relativizar alguns direitos com vistas a preservar outros direitos também fundamentais, no calibre do princípio Dignidade da Pessoa Humana, da honra, imagem e intimidade das pessoas, os chamados direitos de personalidade. Nesta seara, está-se em busca da aplicação do princípio da proibição de abuso dos direitos fundamentais, ou seja, que os direitos fundamentais não sejam invocados para evitar a punição de comportamentos que atentem contra a própria dignidade humana.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso do Ódio. Dignidade da Pessoa Humana.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
1.1 BULLYING E O HATE SPEECH – ASPECTOS GERAIS.....	9
1.2 NEO –CONSTITUCIONALISMO	10
1.3 GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM EXPANSÃO.....	11
2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E AS CLAUSULAS PÉTREAS	12
2.1 SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
3 TEORIA DA CONSTRUÇÃO ESCALONADA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	14
3.1 HERMENEUTICA JURIDICA.....	15
4 FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	18
5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	19
5.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO.....	20
5.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	21
5.3.1 AÇÕES AFIRMATIVAS	23
5.4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO.....	25
6 <i>HATE SPEECH</i> E OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....	28
7 <i>HATE SPEECH</i> – PRINCIPAIS DEBATES SOBRE O FENÔMENO.....	29
8 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	30
8.1 HARD CASES.....	32
8.2 <i>BRANDEMBURG VERSUS OHIO</i>	32
8.3 <i>SKOKIE</i>	33
8.4 <i>VIRGINIA VS BLACK ET AL</i>	33
8.5 OS ESTADOS UNIDOS E A DOCTRINA DO <i>Laissez faire</i>	34
8.6 <i>FIGHTING WORDS</i>	35
9 CANADÁ	36
9.1 Hard cases	38
9.1.1 <i>Regina vs Kegstra</i>	38
9.2 <i>R. VS ZUNDEL</i>	39

10 ALEMANHA	39
10.1 HARD CASES	41
10.1.1 BAVIERA VS DAVID IRVING	41
10.2 TUCHOLSKY	41
10.3 TUCHOLSKY II.....	42
10.4 WUNSIEDEL	42
11 HATE SPEECH NO DIREITO BRASILEIRO	42
11.1 HARD CASE BRASILEIRO	46
11.1.1 CASO SIEGFRIED ELLWANGER.....	46
12 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO ABUSO DE DIREITO FUNDAMENTAL	52
13 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	54
14 EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	57
15 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vivenciou até recentemente (1964 a 1985) uma grave ditadura militar que suprimiu as liberdades individuais permitindo que os militares em nome da democracia cometessem as maiores atrocidades contra as liberdade de expressão e os direitos da pessoa humana, restringindo diversas garantias fundamentais do homem.

Talvez tenha sido, justamente, essas ações arbitrárias que reprimiram e perseguiram todos aqueles que se opunham a ditadura que fez surgir uma proteção enfática sobre os meios de comunicação e propagação de informações, direitos esses assegurados na Constituição como *Clausulas Petreas*, ou seja, que não pode ser removido do ordenamento jurídico nem mesmo através de emendas, evitando, assim, uma nova ameaça de governos autoritários.

É neste cenário que eclodiu algumas questões complexas referentes a liberdade de expressão e a imposição de alguns limites a sua aplicação, com vista a preservar outros direitos igualmente fundamentais, como a igualdade, a honra, a dignidade da pessoa humana entre outros.

Nesta senda, o presente estudo visa a imposição de barreiras à liberdade de expressão quando as manifestações do pensamento venham a proliferar o ódio, a intolerância e o desprezo, motivados pelo preconceito étnico, filosófico, religioso, o que em âmbito internacional ficou conhecido como “*Hate Speech*”.

1.1 BULLYING E O HATE SPEECH – ASPECTOS GERAIS

No tocante aos direitos da pessoa humana, esta em voga o tema denominado de “*Bullying*”, que é espalhar frases ofensivas, mentiras difamatórias e xingamentos desonrados a determinada pessoa. No entanto, devemos transcender ao mundo individualista que foi gerado desde os primórdios da Revolução Industrial e passar a observar tal problema sob o enfoque social.

É nessa seara que se encontra o “*Hate speech*” que visa resguardar, não apenas o homem individualmente considerado e, sim, um grupo de pessoas estigmatizadas, tal como os afrodescendentes, os judeus, e vários povos minoritários que são subjugados em meio ao

poderio econômico, político e a influência que grupos majoritários encadeiam, proliferando afirmações ofensivas e difamatórias contra diversos segmentos da sociedade.

Neste sentido, a ênfase maior a ser dada não deveria ser apenas ao bullying, e sim ao “Hate Speech” que por sua maior abrangência e proteção ao interesse social deveria ser repensada e codificada resguardando direitos intrínsecos a dignidade da pessoa humana.

1.2 NEO –CONSTITUCIONALISMO

Com o fim da segunda guerra mundial, juristas do mundo inteiro passaram a repensar a teoria do positivismo implantado por Hans Kelsen, pois, ao que parece, a “teoria pura do direito” forneceu embasamento jurídico para justificar as atrocidades praticadas contra o povo judeu e outras minorias.

Importante mencionar, que Kelsen não teve nenhuma influência na criação das leis nazistas, pelo contrário ele era um democrata e que foi bastante perseguido pelo regime militar de Hitler, tendo que se exilar nos Estados Unidos para fugir da opressão do sistema nazista.

No entanto, segundo a teoria pura do direito criada por Kelsen, se a norma jurídica fosse válida, deveria ser cumprida, independentemente de ser justa ou injusta. Com esse formalismo, a teoria pura não dá margem à discussão em torno do conteúdo da norma, não cabendo ao jurista criar qualquer juízo de valor acerca do direito.

Devido a esse posicionamento na teoria pura do direito que diversas teses foram levantadas pelos advogados dos nazistas no tribunal de Nuremberg, pois, segundo eles: os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordens e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por nenhum crime contra a humanidade.

Constatou-se que se não houver valoração das normas jurídicas, as mesmas regras que protegem um conteúdo humanitário, pode ser um elo justificador de diversas barbáries praticadas em nome da lei, nas palavras de Luís Roberto Barroso “o Papel aceita tudo”, portanto, a mesma tinta utilizada para escrever uma Declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever as leis nazistas. (BARROSO, 1996.)

Diante essa falta de valoração das normas jurídicas, legistas desenvolveram uma nova corrente jus filosófica que vem sendo denominado de Neo-Constitucionalismo, com vistas a valorar as normas jurídicas a luz da Constituição Federal, inserindo valores indispensáveis para a proteção da dignidade humana. É devido a essa nova visão do ordenamento jurídico

que passou-se a analisar os mais variados ramos do direito com o olhar Constitucionalista, surgindo o direito Civil, Penal, Tributário, Consumerista e Processual – Constitucional.

Dessa forma, a norma para o operador do direito, deixa de ser neutra e passa a ter caráter valorativo, de modo que os princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da democracia, são tão vinculantes, ou mais vinculantes, quanto qualquer outra norma do ordenamento jurídico.

1.3 GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM EXPANSÃO

No pós Constituição de 1988, frente a um duro período de ditadura militar, e com o surgimento do neo-constitucionalismo adveio um crescimento significativo dos direitos e garantias individuais e meta-individuais, elevando esses novos direitos à categoria de princípios, visando assegurar uma maior garantia de segurança e estabilidade a tais preceitos, em busca de apagar de vez por todas com todas as penumbras do autoritarismo, até então vigente.

Neste cenário, em que os direitos transfiguraram-se para princípios, surgiram inúmeras questões a serem divagadas e solucionadas pelos juristas, tais como: qual princípio há de ser aplicado no caso concreto: direito a informação versus direito a intimidade; liberdade jornalística em confronto com o direito a imagem; função social da propriedade versus não possibilidade de usucapião das terras públicas; princípio da preservação do meio ambiente versus princípio do desenvolvimento econômico, dentre outros, inclusive, o princípio da liberdade de expressão em face da violação da honra das pessoas, que ficou conhecido no âmbito jurídico como o Discurso do ódio (*Hate Speech*).

Ocorre que o dever de respeitar, proteger e promover determinado direito fundamental pode acarretar em uma eventual violação a outros direitos fundamentais. Dessa forma, a obrigação do Estado em proteger o meio ambiente saudável e equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição, pode resultar em uma provável afronta ao dever de respeitar o direito de propriedade, bem como ao livre desenvolvimento econômico de mercado. Assim como, o dever de respeitar a liberdade de expressão pode gerar um ultimato ao dever de proteção aos direitos da personalidade.

Neste âmbito, surge uma questão complexa, a ser resolvido pelos doutrinadores e juristas, relacionado com a liberdade de expressão¹, envolvendo a imposição de limites a este direito fundamental, necessários à preservação de outros direitos constitucionalmente assegurados a exemplo do direito a privacidade, igualdade, imagem e da honra.

Divagando sobre o tema da liberdade de expressão Tribunais e Supremas Cortes de diversos países, bem como fóruns internacionais sobre os direitos humanos vem se pronunciando a respeito. Alguns sustentam a tese de que se trata de legítimo exercício da liberdade de propagação de ideias. Não devendo, portanto, ser protegido apenas as ideias que estão nos conformes da opinião majoritária, como também, as opiniões que nos chocam ou que nos ferem, tal como o racismo e discursos de intolerância, levando a tona um debate público plural e aberto, de suma importância para o autogoverno dos povos.

Outra vertente sustenta que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, por violarem o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da isonomia, o que desarmonizaria a convivência social, principalmente das vítimas.

Nesta senda, é preciso saber até onde chega o princípio da liberdade de expressão, onde esta situado seus contornos e suas nuances, sua zona de colisão e a (im)possibilidade da manifestação do discurso do ódio e intolerância a determinados segmentos da sociedade, por motivos de raça, credo, etnia e gênero. Tal estudo é conhecido a âmbito internacional como “*Hate Speech*”.

2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E AS CLAUSULAS PÉTREAS

É sabido que os direitos fundamentais constituem uma manto protetor contra o abuso de poder e o autoritarismo estatal que, via de regra (quase sempre), tende a abusar desse poder. Visando, pois, resguardar os cidadãos o Legislador Constituinte Originário estabeleceu um instrumento de limitação para que o Poder Legislativo não pudesse suprimir referidos direitos, que ficou conhecido em nosso ordenamento jurídico como as “clausulas pétreas”, ou

¹ Sob tais perspectivas, hodiernamente, esta em foco os limites da liberdade de expressão, tendo em vista incidentes de preconceito e racismo ocorridos a âmbito nacional, tal como a Charge publicada no jornal Paraná Online, onde expunha a caricatura do presidente Barak Obama como um macaco pedindo banana, bem como, a nível internacional, quando jornais de grande circulação na Europa expuseram a caricatura de Maomé, caracterizando os árabes como “homens bomba”, tendo repercussões gigantescas no mundo inteiro, principalmente no oriente médio, bem como, mensagens antissemitas que ridicularizam o povo judeu.

clausulas que não podem ser modificadas ou suprimidas nem mesmo através do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Nesse âmbito, a Constituição Federal estabeleceu no artigo 60, § 4, inc. IV que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”. Desse modo, nem mesmo o Congresso Nacional com a maioria absoluta de aprovação poderia revogar ou alterar o teor dos direitos fundamentais, pois eles são nos dizeres do Ministro Gilmar Mendes “elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição”, sendo “ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los”. (voto do Min. Gilmar Mendes na Extradicação 986/DF, julgado em 18/08/2007.).

Dessa forma, qualquer medida estatal que vise suprimir essas garantias essenciais deve ser vistas com desconfiança e somente podem ser aceitas se outros mecanismos mais eficazes para alcançar os mesmos objetivos forem adotados, o chamado princípio do não-retrocesso², fazendo com que o Estado seja impulsionado para melhorar cada vez mais as condições de vida da sociedade.

2.1 SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No tocante à Supremacia dos Direitos fundamentais, é pacífico o entendimento de que a Constituição ocupa o cume de todo arcabouço jurídico, de forma que toda a norma para ser válida deve se compatibilizar com os preceitos contidos na Magna Carta. Sob este viés, os direitos fundamentais por constituírem o arcabouço jurídico da Constituição gozam da supremacia formal e material dentro do ordenamento jurídico interno.

Logo, qualquer preceito normativo contrário aos princípios e valores insculpidos na Constituição serão considerados materialmente inconstitucionais, seja num caso incidental, de forma difusa, seja por via direta, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Bem como, as normas jurídicas anteriores a constituição para possuir validade deverá se

² O princípio da vedação de retrocesso, segundo os dizeres de Canotilho, significa que “é Inconstitucional qualquer medida tendente a revogar direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios”. (CANOTILHO, 2002, p.336.) Os franceses chamam esse fenômeno de “efeito cliquet” (effect cliquet) em alusão a uma técnica da engenharia que impede a reversão de um processo, uma vez ultrapassado determinado estágio, simbolizado por um som de “clic”.

compatibilizar com os preceitos e princípios fundamentais, sob pena de não serem recepcionados³ pelo ordenamento jurídico.

Outra consequência da supremacia dos direitos fundamentais é o entendimento de que toda a legislação anterior à Constituição deve ser reinterpretada para se adaptar aos preceitos ali presentes, subsistindo apenas as interpretações que se coadunarem com os princípios fundamentais e o novo espírito ético-constitucional.

3 TEORIA DA CONSTRUÇÃO ESCALONADA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de adentrarmos ao cerne da questão, faz-se mister compreender como é a estrutura do ordenamento jurídico a fim de solucionarmos conflitos envolvendo o manejo de valores extremamente importantes para uma sociedade democrática, como a liberdade, a igualdade e a tolerância.

Sob esta arguta, é sabido que o ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas, conforme os clássicos ensinamentos de Hans Kelsen, em sua famosa teoria da construção escalonada das normas jurídicas (*stufenbautheorie*). Nesta teoria, o saudoso mestre, leciona que

O ordenamento jurídico esta escalonado com normas de diferentes valores, ocupando cada norma uma posição intersistemática, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos de forma que uma norma para ser valida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior e assim sucessivamente, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa (Kelsen, 1995, p.248).

Tal questão se entrelaça quando são tomados como ponto de referencia os princípios constitucionais. Como é de conhecimento notório, na pirâmide normativa, não existe

³ Um caso bastante elucidativo foi o Habeas Corpus 83125/DF, julgado em 16/09/2003, em que o STF, trancou um inquérito policial de um historiador que publicou um livro intitulado “Feridas da ditadura militar”, onde expusera uma forte crítica as forças armadas durante o regime militar.

Em virtude da publicação desse livro, o historiador fora denunciado perante a Justiça militar, por haver cometido o crime previsto no artigo 219 do Código Penal Militar, que previa o crime de “ofensa as forças armadas”. O STF ao analisar o tema decidiu que o preceito legal supracitado não havia sido recepcionado pela Constituição vigente, e que, dessa forma, a publicação do livro estaria angariada pelo princípio da liberdade de expressão. Logo, a norma penal militar não poderia punir um historiador que estava exercendo seu direito de crítica ainda que de modo exacerbado.

hierarquia entre os princípios constitucionais estando todos insculpidos num mesmo patamar não havendo hierarquia entre o princípio da dignidade humana e o princípio da isonomia nem vice-versa.

Nesta senda, os princípios ao contrário das regras, em vez de emitirem comandos definitivos, na base do “tudo ou do nada”, estabelecem diversas obrigações que são cumpridas em diferentes graus. Dessa forma, nos dizeres do jurista alemão Robert Alexy, os princípios “não são absolutos, pois o grau de aplicabilidade dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente” (ALEXY, 1993).

Entretanto, pode-se cogitar a hipótese de existência de hierarquia axiológica (ou deontológica) entre as normas constitucionais, inclusive, entre princípios. Nesta senda, conforme as argutas do ilustre Canotilho (2002) existem princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre princípios constitucionais. Desta forma, como decorrência lógica do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antagônicas, conquanto, possa haver tensões entre princípios.

Conclui-se, portanto, que em havendo colisão entre princípios, em um determinado caso concreto, deve-se priorizar aquele com maior carga axiológica e valorativa, levando-se em consideração o menor dano que se possa causar e o maior benefício tendo em mente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3.1 HERMENEUTICA JURIDICA

É perceptível, com frequência, no ordenamento jurídico os conflitos entre normas e antinomias jurídicas, que ocorrem quando duas ou mais normas regulamentam o mesmo assunto, abarcando um determinado tema com consequências opostas ou incompatíveis. A título de ilustração, constitui antinomia o fato de uma norma permitir determinado comportamento, enquanto outra o proíbe. Nessa situação, entram em cena os critérios tradicionais para solucionar esses tipos de conflitos, quais sejam: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade, nessa ordem.

No entanto, é preciso esclarecer que esses famosos critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade) não servem para solucionar os conflitos entre os princípios, como no caso do presente trabalho.

Para melhor compreensão da hermenêutica jurídica, faz-se necessário, uma análise comparativa e distintiva entre regras e princípios como espécies de normas, e suas consequências quando do conflito entre princípios e dos choques entre as regras.

É cediço que quando ocorre um choque entre regras jurídicas revolve-se pela revogação de uma regra pela outra, conforme o enunciado do artigo 2º, e seus parágrafos, da Lei de Introdução ao Código Civil, onde a lei posterior derroga a lei anterior (*lex posterior derogat legi priori*) e leis especiais derrogam a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*), dentre outros.

Por outro lado a colisão entre princípios (hard cases) soluciona-se no caso concreto pela ponderação entre os princípios conflitantes, tendo por norte os postulados da igualdade, razoabilidade e a proporcionalidade, de maneira a proporcionar a melhor solução para o caso concreto, orientando as decisões de forma equilibrada.

Neste interim, as regras ou se coadunam especificamente ao caso concreto, ou, não regula a situação prevista. Destarte, se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige. Nos dizeres de Robert Alexy (1991), “as regras contém, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau, toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Os princípios, por outro lado, são todos validos e hierarquicamente iguais. Destarte, ocorrendo, no caso concreto, a colisão entre os princípios haverá a limitação dos efeitos de um princípio ante as implicações do outro e neste interim, deve o intérprete utilizar um critério de avaliação, visando estabelecer a adequação entre o meio empregado e o fim almejado, devendo ser a norma empregada o meio mais benéfico a ser aplicado.

Assim, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, devendo sempre ser levado em consideração à ponderação dos valores.

Neste âmbito, em sendo necessário a ponderação entre os princípios, leva-se em questão o peso relativo a cada um deles aplicando-se ao caso concreto aquele que melhor se coaduna as necessidades fáticas e que menor lesão possa causar no hard case.

Insta salientar, que ambos, os princípios são validos, não havendo de falar em expurgação de um princípio do ordenamento jurídico ante outro. Pode ocorrer, inclusive, que o princípio vencido em certo caso possa ser aplicado em decorrência de outro em circunstancias fáticas diversas, o que demonstra que a solução dos *leading cases* será analisado caso a caso.

Corroborando com esse entendimento, o ilustre professor Robert Alexy, um dos mais influentes jus-filósofos da contemporaneidade, em sua obra “Teoria de los Derechos Fundamentales”, apresenta a “Lei de Colisão” para solucionar a colisão de princípios. Lecionando que no confronto entre princípios, ocorre o afastamento de um dos princípios no momento da resolução do embate, quando ocorrer o sopesamento das possibilidades fáticas e jurídicas de um deles sobre o outro.

Alexy define os princípios como mandamentos de otimização, lecionando que os princípios são:

Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, onde os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2001, p. 90-91)

Dessa forma, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como se as deve pensar, com o objetivo de evitar contradições.

Nesta mesma linha de raciocínio, as colisões entre direitos fundamentais devem ser apreciados como colisões entre princípios, deduzindo-se o caráter de princípios dos direitos fundamentais, sendo a ponderação o meio eficaz para solucionar as colisões eventualmente existentes, levando-se sempre em mente a proporcionalidade da medida.

Portanto, as eventuais colisões entre princípios devem coadunar-se com o princípio da concordância prática (*praktische Konkordanz*, Conrad Hesse) ou da harmonização, como consectário lógico do princípio da unidade constitucional que é comumente utilizado para resolver problemas referentes a colisão de direitos fundamentais. Segundo tal princípio, os direitos fundamentais e valores constitucionais devem ser harmonizados⁴, no caso em

⁴ Como forma de abstrair a técnica da harmonização envolvendo direitos fundamentais, vale a pena citar um famoso caso ocorrido na Alemanha, onde estava em jogo a liberdade de expressão versus os direitos de personalidade, conhecido como o caso Lebach.

Em um pequeno lugarejo na cidade de Lebach, houve quatro assassinatos de soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Neste lastimável episódio, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua, e um terceiro foi condenado a seis anos de reclusão, por auxílio material na ação criminosa.

Quatro anos após o ocorrido, a rede de televisão alemã ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão*), realizou um documentário sobre todos os fatos ocorridos, onde os nomes dos acusados e suas respectivas fotos iriam ao ar. O documentário iria ser transmitido numa sexta-feira à noite, pouco antes do terceiro acusado obter sua liberdade.

O terceiro acusado apresentou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, pois o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização, tendo o TCF, decidido que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a imagem e o nome do acusado fosse divulgado.

concreto, por meio da ponderação, visando preservar os direitos e bens constitucionais protegidos.

4 FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O artigo 5º, § 1º, da CF estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, maximizando a efetividade dessas normas. Até porque, não haveria sentido estabelecer uma garantia fundamental que ficasse condicionada, para sua aplicabilidade, a vontade incerta e casuística do poder Legislativo e que pudesse deixar de ser concretizado em virtude da falta de norma regulamentadora, o que seria verdadeira afronta aos próprios princípios fundamentais.

Adotando-se, pois, a classificação da aplicabilidade das normas constitucionais adotada por José Afonso da Silva, os direitos fundamentais são normas de eficácia plena, e, portanto, capazes de produzir todos os seus efeitos imediatamente. (SILVA, 1998, p. 116.)

Os direitos fundamentais por serem normas que estabelecem direitos subjetivos para a sociedade são direitos exigíveis e reivindicáveis por meio de ações judiciais. Dessa forma, caso o Poder Público deixe de cumprir com os deveres de respeito e proteção dessas garantias fundamentais o Estado será compelido a realiza-lo por meio das vias judiciais.

A título de ilustração, nossa Carta Magna estabelece no *caput* do artigo 5º direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, devendo o estado atuar negativamente para não criar mecanismos que privem seus cidadãos desses direitos, bem como, deve atuar positivamente visando que terceiros não se digladiem retirando-os de seus semelhantes.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Existem alguns princípios que são específicos do direito Constitucional, e que, por isso, deve nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico, a exemplo dos princípios da supremacia da Constituição; do princípio da Unidade da Constituição; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; princípio da concordância prática e o princípio da proporcionalidade, bem como, o princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais.

Conforme já foi mencionado, quando falávamos do princípio da supremacia, os direitos fundamentais gozam de uma supremacia formal e material, tendo, pois aplicabilidade normativa potencializada.

No que tange ao princípio da unidade da constituição é sabido que as normas constitucionais possuem igual hierarquia jurídica, por terem o mesmo supedâneo fulcral, de modo que não pode haver a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, salvo no caso de emendas que violem cláusulas pétreas.

No tocante ao princípio da interpretação conforme a Constituição os direitos fundamentais servem como uma ordem de valores que são vetores de influência para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, seja pelo legislador, seja para os aplicadores do direito.

É de conhecimento notório que os direitos fundamentais geram pretensões subjetivas, exigíveis judicialmente, cabendo ao Judiciário na sua função de interprete das normas jurídicas, dar a solução que dê mais eficácia ao direito em questão, caracterizando o princípio da máxima efetividade dos direitos constitucionais. A situação perfeita é conseguir maximizar a efetividade dos direitos fundamentais sem prejudicar outros direitos, no entanto, existindo colisões, haverá pelo menos um que será atingido de forma negativa, mesmo que seja de forma parcial.

Nos termos do princípio da concordância prática, havendo colisão dos direitos constitucionais, deve-se tentar harmonizá-los, sacrificando o mínimo possível. Bem como, segundo o princípio da Proibição de Abuso de Direitos Fundamentais, os direitos fundamentais não podem servir para justificar a violação de outros direitos igualmente importantes.

5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme foi mencionado, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a teoria dos direitos fundamentais vem paulatinamente se consolidando perante a comunidade jurídica nacional e alienígena em razão da crença de que a dignidade da pessoa humana é um valor que deve legitimar fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder.

Neste interim, a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral intrínseco a cada ser individualmente e que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas,

constituindo-se uma zona inviolável que o ordenamento jurídico deve preservar, de forma que, somente em raras exceções seja possível realizarem-se limitações ao exercício desses direitos fundamentais, sempre tendo em vista a necessária estima que merecem todos os seres humanos.

Importante salientar que o direito a dignidade humana não se limita a esfera de apenas um direito, mas se irradia no ordenamento jurídico resguardando a vida privada, a intimidade, a honra, a imagem dentre outros, sendo esses, pois, fundamento da República Federativa do Brasil.

Vale a pena destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dúplici concepção, qual seja: um direito individual protetivo, seja em relação ao Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar esse princípio fundamental estabelece o dever de dar-se o tratamento igualitário⁵ entre os próprios semelhantes e com respeito que lhe é inerente.

5.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Sendo, pois, o homem um ser social, é intrínseco para o bom desenvolvimento da personalidade e como forma de realização pessoal que o homem exprima seus pensamentos, suas obras artísticas e literárias e se faça ouvir perante seus semelhantes, sendo esta uma dimensão essencial da dignidade da pessoa humana. Quando o homem é privado dessa capacidade é lhe retirado à capacidade de auto realização, eliminando suas aspirações e objetivos pessoais.

De fato, para o bom desenvolvimento da personalidade humana é preciso que ele tenha acesso as mais variadas fontes de informação para propiciar a formação das suas próprias convicções e aspirações, não cabendo ao Estado limitar o acesso de seus cidadãos as mais variadas fontes de ideias e conhecimento, mesmo que referidas ideias sejam perigosas e aberrantes.

No entanto, quando o Estado limita a liberdade da manifestação do pensamento como o *hate speech* ele limita a liberdade individual, impedindo o acesso ao público em geral de

⁵ Essa concepção de dever fundamental pode ser exprimido em três princípios do direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).

ideologias de intolerância e de preconceito, o que, a priori, não deveria ser vedado. Porém, é preciso analisar a questão não apenas por parte dos ofensores e analisar o assunto sob o ponto de vista dos grupos minoritários que são estigmatizados.

Como foi exposto, à liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais para a auto realização dos povos, no entanto, quando essa liberdade de manifestação do pensamento começa a transgredir com outras normas fundamentais e atacar a esfera da dignidade da pessoa humana de outros terceiros, o Estado não pode se manter inerte a essa situação e deve atuar em busca de garantir a todos, sem nenhuma exceção, o direito a uma vida digna e livre de perseguições.

Importante destacar, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº217 em 1948 e assinada pelo Brasil na data de sua inauguração, estabelece a dignidade da pessoa humana como intrínseco a todos seres humanos e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, cabendo aos Estados signatários garantir que esses direitos fundamentais sejam gozados e respeitados por toda a sociedade.

5.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O artigo 5º da Constituição Federal inicia seu texto mencionando que “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 a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, consagrando um direito de não ser discriminado.

O princípio da isonomia, supracitado, se reveste de auto aplicabilidade, não necessitando de regulamentação ulterior para produção de seus efeitos, vinculando todo o poder Público que deve tomar as devidas precauções para extinguir os privilégios e inibir as discriminações.

A menção da Magna Carta à expressão *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* profere um dever ético-jurídico de respeito mútuo. Esse respeito – base da dignidade da pessoa humana – é materializado juridicamente pelos princípios constitucionais da não discriminação, da tolerância, de respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo.

Nesse sentido, podemos mencionar ser objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Bem como, estabelece no artigo 5º, inciso XLII, que “a

prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

No entanto, o princípio da igualdade, assim como qualquer outro direito, não é um princípio absoluto, podendo ser restringido em algumas situações desde que esteja pautado no princípio da proporcionalidade. Dessa forma, qualquer tratamento anti-isonômico⁶ deve ser plenamente justificável, sob pena de serem tidos inconstitucionais.

Dessa forma, em virtude do dever de proteção, o Estado não pode criar medidas discriminatórias arbitrárias, como se existisse povos superiores e inferiores ou mesmo o clero e a plebe. Pois a única coisa que existe é o ser humano que merece um tratamento igualitário independente do credo, da cor, do gênero ou classe social. Tal questão ficou mais evidente quando pesquisadores realizaram o mapeamento do genoma humano, que comprovou pelos métodos científicos que não existem distinções substanciais entre os homens, de forma que todos são biologicamente iguais.

Importante ressaltar que em decorrência do princípio da isonomia podemos chegar a duas conclusões que se entrelaçam, quais sejam: o dever de não discriminação (discriminação negativa), de forma que o Estado não deve atuar visando prejudicar determinados segmentos da sociedade. Por outro lado, o princípio da igualdade estabelece que o Estado tem o dever de agir para reduzir as desigualdades sociais e promover o bem estar da sociedade, adotando medidas concretas em favor das pessoas que estejam em situação de desvantagem, seja ela de natureza econômica, social ou cultural, o que é conhecido como: a discriminação positiva.

Como forma do dever de proteção, o Estado deve movimentar a máquina para impedir que particulares violem o dever de igualdade, até porque o particular tem o dever ético-jurídico de respeitar o seu semelhante. Com base nesse entendimento o TST, recentemente, anulou a decisão de uma empresa que demitiu um de seus funcionários portador do vírus do HIV. Neste episódio, entendeu-se que não deveria prevalecer a liberdade empresarial, e sim, o direito a não discriminação, o que vem a caracterizar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que será posteriormente analisado.

Por tudo isso, o Estado brasileiro, em face do dever de respeito e proteção, tem o dever de combater a discriminação negativa (artigo 5º, inciso XLI e XLII) e ao mesmo tempo, tem o dever de estimular a discriminação positiva.

⁶ Cumpre ressaltar, que o tratamento igualitário delineado na Constituição Federal comporta exceções, como por exemplo os cargos exclusivos para brasileiros natos, bem como a diferenciação de gênero no tocante ao instituto previdenciário.

Neste viés, o respeito ao próximo, independente de quem seja, é uma obrigação imposta pela constituição, de modo que o Estado deve tratar todos os seus súditos de uma forma igualitária, com o mesmo status moral e político, sem distinções de qualquer natureza política, social ou, principalmente, econômica, como consectário lógico do princípio da igualdade.

Portanto, em uma sociedade onde coexistem pessoas com diferentes nacionalidades, culturas e costumes é necessário, para uma convivência harmoniosa, que haja um mínimo de tolerância capaz de garantir a estabilidade e promover a justiça. É, pois, preciso que a sociedade aprenda a respeitar seus semelhantes em suas diversas formas de vida. Não estamos querendo dizer que todas as pessoas tenham que conviver uma com as outras, até mesmo porque ninguém está obrigado a concordar ou mesmo conformar-se com os mais variados estilos de vida, mas que ao menos conviva com respeito e tolerância uns com os outros.

5.3.1 AÇÕES AFIRMATIVAS

Como desdobramento do princípio da igualdade imposto no artigo 5º da Constituição, o Estado tem o dever constitucional de agir, visando reduzir as desigualdades sociais, promover o bem estar social e combater as causas da pobreza. Em virtude desse direito fundamental, há uma obrigação constitucional para que o Estado adote medidas concretas em favor de pessoas que estejam em situações de desvantagens, seja ela de caráter econômico, social ou cultural, de modo a permitir que elas possam usufruir das mesmas vantagens, concorrendo em pé de igualdade com os demais integrantes da sociedade.

Nesta senda, tendo em vista as disparidades socioeconômicas, política e jurídica da sociedade o Poder Constituinte tratou de proteger certos grupos que a seu critério mereciam tratamentos diversos. Esses critérios servem de parâmetros para a aplicação das denominadas “*discriminações positivas*”, ou “*affirmative actions*”, como é denominado nas legislações alienígenas, visando igualar as oportunidades entre os grupos marginalizados⁷ e os que não sofreram as mesmas restrições.

⁷ Faz-se, necessário, mencionar, o caráter gritante dessa discriminação que ocorreu durante séculos com reflexos ainda nos dias hodiernos, a exemplo dos Estados Unidos (EUA), a conhecida teoria do “equal, but separe”, que consistia na separação de brancos e negros, nas escolas, universidades e até mesmo nos vagões de ônibus, onde a qualidade dos serviços prestados eram, “em tese”, iguais para ambos os lados.

Com base nesta teoria, o Tribunal Norte americano no caso Plessy vs. Ferguson, em 1896, declarou ser possível a segregação racial, endossando a teoria do “equal, but separe” (iguais, mas separados), entendendo ser constitucional tal segregação, o que fazia com que o racismo estivesse institucionalizado.

No tocante a essas discriminações positivas, surgiram diversos questionamentos sobre a constitucionalidade de leis que favorecem determinados segmentos da sociedade que foram, historicamente, marginalizados, a exemplo dos negros, mulheres, índios, portadores de deficiência e idosos.

Dentre elas podemos destacar algumas leis Estaduais de nº. 3.524/2000, 3.708/2001 e 4.061/2003, que reservaram 50% de vagas em todos os cursos nas universidades do Rio de Janeiro para candidatos que cursaram o ensino fundamental e médio em escolas municipais ou estaduais e, desse percentual, 40 das vagas foram para os declarados negros e pardos e 10% para portadores de deficiência.

No entanto, mesmo com os benefícios dessas ações afirmativas, elas estão sendo alvo de inúmeras críticas, no sentido de que a igualdade já está assegurada substancialmente, não havendo mais necessidade de interferência do Estado. Nesta ceara, nas argutas teses em contrário, é defendido que “com a aplicação dessas leis o acesso à universidade pública para os candidatos que não se declararem negros ou pardos e que não tenham estudado em escolas públicas, só poderão concorrer a 30% das vagas oferecidas” (STF, Notícias, 2003) .

Conforme o exposto, os dispositivos legais estariam, aparentemente, violando o princípio da isonomia, pois mesmo sendo legítima a discriminação positiva está destituída de razoabilidade e proporcionalidade.

No entanto, tais dispositivos são perfeitamente compatíveis com nossa Constituição, haja vista que o princípio da igualdade insculpido na Magna Carta, não se trata de uma igualdade meramente formal, tratando-se de uma igualdade dinâmica, obrigando o Estado a atuar visando reduzir as disparidades criadas ao longo dos séculos.

Em decisão inédita o STF em 26/04/2012 se posicionou sobre o assunto e decidiu ser Constitucional a política de cotas raciais nas universidades públicas, valendo tal decisão para todo o território brasileiro. No entanto, o Supremo não enfrentou a matéria quanto à possibilidade de reservas de vagas para alunos de escolas públicas.

Neste âmbito podemos conjecturar que a atual tendência da conjuntura da Corte visa uma concepção de adoção das denominadas discriminações positivas, conforme é possível

No entanto, na realidade prática mostrava a discrepância entre os polos, mostrando o caráter discriminatório da segregação. Tal fato é possível ser constatado no seriado norte americano “Everybody Hates Cris” onde um adolescente americano afrodescendente sofre inúmeras perseguições em seu ambiente escolar, nas ruas, e em todos os atos do seu dia, por tentar ir contra o sistema estatal estudando em escolas de brancos.

Em momento oportuno essa teoria veio a ser superada pela doutrina do “Treatment as an equal”, que precisou para ser consolidada com várias ações afirmativas. Tal doutrina foi perceptível, no ano de 1954, no hard case *Brown vs. Board of education*, onde a Corte considerou inconstitucional a segregação de estudantes negros nas escolas públicas, declarando que o racismo violaria o princípio da igualdade gerando um sentimento de inferioridade de seu status em relação à comunidade.

enxergar com a entrada, após quase 200 anos do STF, do Ministro Joaquim Barbosa (o primeiro Ministro afrodescendente a ingressar no Supremo Tribunal), bem como, a entrada da Ministra Ellen Gracie Northfleet, a primeira mulher a compor a Corte Suprema, tendo tomado posse em 14/12/2000.

Sobre esse tema o Ministro Celso de Mello mencionou que

O ato de escolha da Ministra Ellen Gracie para o Supremo Tribunal Federal – além de expressar a celebração de um novo tempo- teve como significado de verdadeiro rito de passagem, pois inaugurou, de modo positivo, na história judiciária do Brasil, uma clara e irreversível transição para um modelo social que repudia a discriminação de gênero, ao mesmo tempo em que consagra a prática afirmativa e republicana de igualdade (STF, 2011).

Portanto, faz-se mister a ajuda do Estado para que grupos desfavorecidos possam, no futuro, ter condições de competir em pé de igualdade com as demais pessoas da sociedade. No entanto, urge salientar que as ações afirmativas devem ter caráter provisório sob pena de gerar efeitos negativos na sociedade, na medida em que gera uma situação de dependência e acaba criando uma sociedade frágil e um eterno dependente do Estado, o que não é desejado. Desta forma, o ideal é que o Estado de um primeiro suporte para que depois esses grupos menos favorecidos consigam se estruturar e alcançar a ascensão social.

5.4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

O direito a manifestação do pensamento e a informação é um suporte vital para o desenvolvimento da democracia plural e aberta. E todos nós temos o direito de nos informarmos de fatos verdadeiros como forma de alcançarmos uma boa formação de nossas convicções, relativas a todas as áreas do conhecimento.

Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal segue o posicionamento de que a Constituição Federal é extremamente resistente contra práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento. Essas liberdades são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. Portanto, a livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não podem e não deve ser impedido, nem submetido a ilícitas interferências do Estado.

No entanto, a proteção constitucional às informações verdadeiras também engloba aquelas eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador. Por outro lado, a Constituição Federal não protege as informações levianas, astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se a tutela de condutas ilícitas.

Nesse sentido, compreende-se que a proteção Constitucional a informação não é absoluta, havendo a necessidade de se distinguir as informações de interesse público das informações que afetam a vida privada das pessoas que não podem ser devassadas de forma vexatória e humilhante.

É nesse ponto que a liberdade de expressão serve como um norte para a obtenção da verdade real (se é que é possível atingir), de forma que, numa sociedade com o debate entre pontos divergentes as melhores ideias prevalecerão, servindo como um meio para a obtenção das respostas mais pertinentes sobre o tema. E dessa forma, os cidadãos podem ter acesso às informações e as ideias existentes sobre os mais diversos temas, o que possibilita a formação psicossocial de cada indivíduo e sua realização como pessoa da sociedade.

Sobre este tema, Stuart Mill (2006), um dos principais defensores da liberdade de expressão, argumentou que a verdade tem maior probabilidade de vir à tona quando existe um “mercado de ideias” livremente divulgadas e debatidas, de modo que os cidadãos poderão tomar decisões mais acertadas se as diversas opiniões políticas puderem circular sem interferências.

Dessa forma, com a nova ordem constitucional, a decisão sobre o que ler, ouvir, assistir e escrever é uma escolha pessoal do indivíduo, que o Estado não deve interferir, salvo em situações excepcionais com o intuito de preservar outros valores constitucionais, dentro do critério da estrita necessidade.

Neste sentido, a grande preocupação é que essas ideias podem estar nas mãos de uma parcela da população que esteja a serviço das opiniões majoritárias, suprimindo da sociedade aquelas opiniões não ortodoxas ou impopulares do debate público, ou mesmo, as ideias podem ser facilmente manipuladas por aqueles que ostentam poder e riqueza impondo suas vontades para a grande massa da sociedade que ficam de mãos atadas ante o poderio econômico de uma minoria da sociedade.

Dessa forma, em busca do pleno exercício da liberdade de expressão exige-se que sejam criados meios para que a comunicação não seja manipulada pela parcela economicamente ativa da sociedade que possui acesso aos jornais, a televisão e a outros meios

de comunicação, o que não garante integral direito a liberdade de expressão, devendo o Estado desenvolver políticas públicas que viabilize o acesso a informação da forma mais ampla possível.

Destarte, proibir a manifestação do pensamento porque eles são considerados errôneos ou que choquem com a opinião majoritária da sociedade é um erro gigante, pois é provável que uma dessas opiniões minoritárias possam estar corretas e, dessa forma, a sociedade seria privada de um fato verídico.

Imagine caro leitor, se apenas as ideias majoritárias fossem aceitas, estaríamos privados dos ensinamentos do visionário Galileu Galilei que defendia que o Sol é o Centro do Universo e não a terra como a igreja ensinava. Devido a forte influência da Igreja Católica, que considerava heresia toda a doutrina que fosse contra os dogmas da igreja. Por isso, Galileu Galilei teve que renunciar as suas teses para não ser excomungado e queimado na fogueira.

Neste sentido, da mesma forma que Galileu foi privado da liberdade de expressão por não acolher as ideias majoritárias, nós também estaríamos privados ao obscurantismo e a intolerância caso não fosse possível à proliferação de ideias, mesmo que essas ideias possam chocar a sociedade.

Portanto, o mais benéfico para a sociedade é que exista o choque entre os diversos pontos de vista, para que o melhor posicionamento se fortaleça e se sofisticue na discussão, descartando as más ideias e promovendo a democracia e o progresso do pensamento da sociedade. Para que isso ocorra é necessário que as pessoas estejam abertas não apenas a falar, mas principalmente, a ouvir e rever seus próprios conceitos.

Neste âmbito, numa discussão onde as pessoas ofendem-se livremente, o ambiente do debate é inviabilizado e a possibilidade de fortalecimento da discussão é exaurida pelos pontos de vistas dos mais fortes, pois, diante um discurso de intolerância (*hate speech*) a vítima, em regra apresenta duas alternativas: ou contra-atacar com maior intensidade ou se retirar da discussão, o que em nenhuma das hipóteses contribui para a busca da verdade tão amplamente buscada.

Este resultado é prejudicial não apenas para os humilhados, mas para toda a sociedade que são privadas do acesso a diversos pontos de vistas que seriam relevantes e enriquecedores para um debate franco e plural enaltecendo a querela pública. Com isso, é possível afirmar-se que a liberação do *hate speech* como manifestação da liberdade de expressão produziria menos discursos do que com a sua restrição.

Portanto, o discurso do ódio (*hate speech*) em nada tem a contribuir para o desenvolvimento da democracia e da busca da realidade, antes dissemina o preconceito e a intolerância, comprometendo a própria continuidade do debate, sendo, pois, inviável a manutenção do *hate speech* no ordenamento jurídico como forma de busca do conhecimento e da verdade real.

Acreditamos que existe apenas uma ínfima chance de que as declarações destinadas a promover o ódio contra um grupo identificável sejam verdadeiras, ou que sua visão da sociedade conduza a um mundo melhor. Além do mais, as ideias profundamente contrárias aos valores democráticos podem prejudicar, ao invés de promover o autogoverno.

Conclui-se portanto, que é possível que a restrição ao *hate speech* implique, de fato, em limitação a liberdade de expressão, mas trata-se de restrição constitucionalmente legítima, visando resguardar outros bens constitucionalmente assegurados como a honra, a imagem e a dignidade da pessoa humana.

6 HATE SPEECH E OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

No pós segunda guerra mundial, houve a quebra do paradigma de superioridade e inferioridade entre os povos, eclodindo diversos tratados Internacionais versando sobre os direitos humanos, para evitar que novas guerras fossem surgidas pelos mesmos motivos que originou a 2^o guerra, obrigando os países signatários a restringir e coibir o *Hate Speech* contra grupos minoritários e estigmatizados da sociedade.

Neste sentido, faz-se mister transcrever o artigo 4^o do Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, onde é lecionado que

Os Estados signatários condenam toda propaganda e todas as organizações que sejam baseadas em ideias ou teorias de superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma cor ou de origem étnica, ou que tentem justificar ou promover o ódio racial ou a discriminação de qualquer forma, e comprometem-se a, com a devida atenção aos princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos direitos expressamente estabelecidos no artigo 5^o desta Convenção, adotar medidas positivas e imediatas destinadas a erradicar todos os atos de incitamento a discriminação.

Como é cediça, a liberdade de expressão é amplamente valorizada no âmbito do Direito Internacional, no entanto, o uso abusivo desse direito quando entra em conflito com os direitos da personalidade humana tem levado as organizações internacionais a tomar o posicionamento de defesa dos grupos que via de regra são estigmatizados pela sociedade.

A eliminação de todas as formas de discriminação e racismos esta presente de modo expreso na: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 19); a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 13); No Pacto de Direitos Civis e Políticos (artigo 19); Na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 10); na Carta Africana de Direitos Humanos, bem como, em uma série de instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

A ONU também se posicionou sobre o tema endossando a ideia de que a liberdade de expressão quando utilizada de forma abusiva e com intuito de difundir e disseminar o ódio e a aversão entre grupos minoritários e estigmatizados deve ser restringido tendo em vista os direitos inerentes à personalidade humana, bem como, em busca de uma sociedade plural e aberta livre de discriminação.

Sobre o tema é imprescindível relatar o caso Robert Faurisson vs France que foi julgado pela Comissão dos Direitos Humanos em 1996. Neste caso, Faurisson havia sido multado pela Justiça Criminal da França por defender publicamente que nos campos de concentração nazistas não existiam camarás de gás, tendo sido tipificado no crime de conduta daqueles que contestassem a prática de crime contra a humanidade reconhecidos pelo Tribunal de Nuremberg.

Pelo brilhantismo da exposição vale a pena citar trecho da argumentação exposta pela Comissão dos Direitos Humanos, neste episódio:

Como as declarações feitas pelo autor, lidas no seu contexto, eram de natureza a levantar ou fortalecer sentimentos antissemitas, a restrição destinou-se a garantir a comunidade judia o respeito e a possibilidade de viver livre do medo de uma atmosfera de antissemitismo.

Portanto, a comissão se posicionou favorável a restringir a liberdade de expressão face aos direitos da personalidade humana, tendo, pois, mantido a condenação imposta pela justiça Francesa.

7 HATE SPEECH – PRINCIPAIS DEBATES SOBRE O FENÔMENO

O tema Hate Speech foi amplamente divagado na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e intolerância Correlata, realizada na cidade de Durban – África do Sul- no ano de 2001, ocasião em que foram debatidas metas para a inadiável repressão as manifestações de ódio e intolerância entre os povos, dando uma atenção especial as novas formas de propagação de ideias pela rede mundial de computadores.

Tendo em vista a abrangência do assunto que provocou debates no mundo inteiro, Cortes Constitucionais e Supremas se manifestaram sobre o tema, bem como, instâncias internacionais sobre os direitos os humanos.

Neste viés, por fins didáticos, abarcaremos os países em que os debates sobre esse assunto foram mais acirrados, e onde os debates constitucionais foram mais ricos, quais sejam: Estados Unidos, Canadá e Alemanha, finalizando num contraponto com o ordenamento jurídico interno.

8 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os Estados Unidos apresenta, hodiernamente, um sistema de proteção exacerbado acerca da Liberdade de Expressão, tendo que relativizar, para isso, alguns outros direitos fulcrais, tais como: a honra, a imagem e a isonomia.

O pano de fundo desse posicionamento esta baseado em uma cultura extremamente individualista, que cultiva o ideal do “self-made man”, ou seja, o ideal de homem autossuficiente e que não necessita do Estado para regular as situações privadas.

Neste sentido, a liberdade de expressão é um dos direitos mais valorizados no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana, com tamanha força que é possível a imprensa divulgar os nomes de vítimas de estupro, bem como, divulgar e expor ao público conversas telefônicas ilícitas, sem autorização judicial.

A rede de proteção ao princípio da liberdade de expressão chega ao ponto de afirmações inverídicas serem prolatadas em face de autoridades públicas e esses apenas serão indenizados se demonstrarem que o responsável agiu com dolo real ou eventual denegando sua imagem e manchando a sua honra.

Pode-se, pois, concluir que foi gerada nos Estados Unidos uma Jurisprudência consolidada de proteção a todos as formas de liberdade de expressão, protegendo, dessa forma, manifestação de intolerância e ódio voltados contra as minorias estigmatizadas.

Importante salientar que a garantia da Liberdade de expressão esta assegurada na emenda Constitucional nº 1 e segundo ela o Congresso dos Estados Unidos da América é impedido de infringir seis direitos fundamentais, a saber:

É vedado o Estado estabelecer uma religião oficial ou dar preferencia a uma dada religião; proibir o livre exercício de uma religião; *limitar a liberdade de expressão*; *limitar a liberdade de imprensa*; limitar o direito de livre associação pacífica e limitar o direito de fazer petições ao governo com o intuito de reparar agravos⁸. (West Group, 2003, p.909-911)

Nesta seara, os Estados Unidos possui uma intrincada forma de proteção a liberdade de expressão, onde, determinadas áreas são consideradas fora da zona de atuação da 1ª emenda, tal como, a obscenidade. No entanto, em outras áreas de atuação, como no discurso político, essa proteção é maximizada.

Para se entender essa complexa rede de proteção ao discurso é preciso nos socorrer dos estudos do ilustríssimo Daniel Sarmiento (2009) que no estudo sobre tal questão percebeu uma diferenciação entre limitação baseada no conteúdo do discurso e regulação baseada no ponto de vista.

Valendo- nos de tais conhecimentos do referido doutrinador, constatamos que a limitação baseada no conteúdo esta relacionada a restrições que não discriminam entre pontos de vistas diferentes. Neste sentido qualquer manifestação ligada a qualquer corrente ideológica estariam vedados. Por outro lado, a regulação baseado no ponto de vista implica em discriminação relativa ao posicionamento adotado por cada integrante da sociedade, seus princípios, suas ideologias, suas crenças e tudo o que formaria o caráter do homem.

Para elucidar de forma mais clara, as manifestações do pensamento podem ser limitadas quanto ao conteúdo. No entanto, em se tratando de ponto de vista do cidadão ela não poderia ser limitada em nenhuma hipótese, pois atingiria dignidade da pessoa humana de cada integrante da sociedade que deixaria de exprimir seus próprios posicionamentos. Por essa razão pode-se considerar que a restrição baseada no conteúdo é o gênero, de que é espécie a regulação baseada no ponto de vista.

Importante esclarecer que segundo o entendimento Constitucionalista dos Estados Unidos, os princípios fundamentais só vinculariam ao Estado (ao contrario do ordenamento jurídico brasileiro), não abarcando nenhum tipo de obrigação para os particulares, doutrina essa expressa pela teoria do “State Action”). No tocante a essa doutrina, o preconceito, o

⁸ Do original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or adridging the freedim of speech, or the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances” (Constituição Americana).

racismo e a intolerância praticada pelo Estado e pelas as autoridades públicas violariam a Constituição, no entanto o mesmo comportamento quando praticada por civis particulares tornar-se-ia um indiferente Constitucional.

Vale a pena ressaltar que, hodiernamente, uns dos temas mais debatidos sobre o Hate Speech nos Estados Unidos gravitam em torno da intolerância realizada no interior de Universidades Particulares, pois como tais instituições não integram a estrutura do Estado, elas não seriam obrigadas a seguir a 1ª Emenda, nos termos da doutrina do State Action.

Por tal circunstancia, algumas universidades criaram códigos de condutas que vedam a manifestação do preconceito e da intolerância contra as minorias estigmatizadas dentro de seus *campi*. No entanto, outras universidades seguiram o entendimento adotado pela suprema Corte e não criaram nenhuma restrição sobre o tema para não criarem restrições a cerca da liberdade de expressão entre os universitários.

8.1 HARD CASES

Infelizmente, os debates que foram analisados pela Suprema Corte Norte Americana, analisaram o discurso sob um único prisma, qual seja: a manifestação do pensamento baseado no ponto de vista. No entanto, esqueceu-se de divagar sob a verdadeira chaga daquele país: o preconceito racial.

A questão da igualdade racial americana encontra-se previsto na 14ª emenda, porém jamais foi discutido em qualquer dos julgados, o que acaba fortalecendo o papel da discriminação e da intolerância no meio social, sendo a liberdade de expressão utilizada como um escudo em favor da opressão de grupos estigmatizados.

8.2 BRANDEMBURG VERSUS OHIO

Um dos casos de grande repercussão nos Estados Unidos foi o julgamento do caso *Brandenburg versus Ohio*, no ano de 1969, em que um dos líderes da Ku Klux Klan fora julgado pela Suprema Corte pelo delito de apologia ao crime (*criminal syndicalism*). Neste episódio *Brandenburg* promovera um encontro, que fora transmitido ao público pela televisão, e nesse encontro eram proferidas palavras de ordem contra os crioulos (*niggers*) e os judeus. Bem como, homens encapuzados queimavam bandeiras e cruces dizendo que “os negros deveriam voltar para a África e os judeus para Israel”. Nesse acontecimento os

manifestantes chegaram a proferir ameaças ao Presidente, ao Congresso e a própria Suprema Corte que caso a raça caucasiana fosse afetada a Ku Klux Klan poderia tentar se vingar.

No julgado, a Suprema Corte nem chegou a estudar a possibilidade do crime de racismo e considerou inconstitucional a lei que vedava à atuação da organização, divulgando e propalando discursos de intolerância, por considerar que aquela peculiar manifestação defendia a defesa de uma ideia, uma ideologia o que seria plenamente compatível com a liberdade de expressão.

Foi mencionado, outrossim, que as manifestações do pensamento só poderiam ser reguladas pelo Estado quando estas incitarem a prática de atos ilegais. Infelizmente, a Corte Suprema não entendeu que o racismo também é crime e libertou os responsáveis pela manifestação, incitando a prática do preconceito e do racismo numa sociedade já marcada pela segregação social.

8.3 SKOKIE

Outro caso esdrúxulo, ocorreu no município de Skokie, um subúrbio de Chicago com aproximadamente 70.000 habitantes, dentre eles 40.000 judeus e 5.000 sobreviventes do Holocausto. Nesta cidade uma parte da população realizou uma passeata, onde eles desfilaravam uniformizados de nazistas e portando bandeiras com o símbolo da suástica.

Nesta manifestação o município tentou de diversas formas impedir a manifestação, por meio de obstáculos que dificultavam o evento e até mesmo por meio de uma ação judicial, que infelizmente, foi julgada improcedente pela Suprema Corte Norte – americana, por considerar atentatória a liberdade de expressão.

Neste episódio, mais uma vez a Suprema Corte não entrou no mérito do racismo e do preconceito e arquivou o processo, tendo a passeata sido realizado na cidade de Chicago com o apoio da polícia para defender os manifestantes da possível revolta popular.

8.4 VIRGINIA VS BLACK ET AL

Em um caso ainda mais recente, ocorrido em 2003, três pessoas do Estado da Virginia haviam sido condenadas por ter queimado cruzeiros com o intuito de intimidar os afrodescendentes. No entanto, quando o caso chegou a Suprema Corte, a lei que dava

supedâneo para a prisão dos acusados foi tida como inconstitucional por ir ao encontro do princípio da liberdade de expressão, tal caso ficou conhecido como “Virginia vs Black et al”.

Segundo o julgado, a Corte entendeu que poderia ser criminalizada a queima de cruzeiros com fins intimidatórios, no entanto, ela representa manifestação legítima da liberdade de expressão, e, portanto, não havia como ser reprimida.

8.5 OS ESTADOS UNIDOS E A DOCTRINA DO LAISSEZ FAIRE

Sob este prisma, percebe-se que os Estados Unidos adotou a doutrina do “*laissez faire*” seguindo um ideal de total neutralidade do Estado em relação aos diversos pontos de vista, não tomando partido por nenhuma vertente, o que aparentemente parece ser um ótimo posicionamento.

No entanto, a partir do instante em que o Estado deixa de regular as situações dos seus indivíduos o homem cada vez irá voltar ao seu estado primitivo, ao homem antissocial, descrito por Aristóteles, onde aquele indivíduo mais forte ou que possua a ideia mais preponderante vai impor sua vontade/ideias aos demais homens, gerando uma guerra interna entre os diversos grupos étnicos, filosóficos, religiosos, raciais e de gênero no seio da sociedade.

Portanto, quando o Estado toma essa atitude de neutralidade ante as diversas manifestações de ponto de vista, abre espaço para que ideologias tenebrosas, perversas e atrozes sejam disseminadas pela sociedade, espalhando o racismo e a intolerância entre os povos e causando uma insegurança na sociedade.

Não estamos querendo aqui defender que a sociedade fique refém dos posicionamentos majoritários e dos posicionamentos politicamente corretos e não possam exprimir suas ideologias, seus pensamentos adquiridos durante toda sua existência.

A liberdade de expressão é, justamente, para que essas ideias que chocam e agridam sejam divagadas na sociedade e fortaleçam a cidadania de cada indivíduo assim considerado. No entanto, quando essas ideias são lançadas de forma a subverterem a ordem social, a paz pública, incitando o ódio, a intolerância e praticando o racismo o estado não pode ficar inerte, caso contrário estará sendo participante da formação de um “Caos social”.

Sob este ângulo, os Estados Unidos ao permanecer neutro em relação aos diferentes pontos de vistas, abarcaria tanto um posicionamento em prol dos direitos humanos, de grande valor para toda a humanidade, como teria que permitir que discursos como o de Hitler, um de

seus maiores rivais na 2ª Guerra Mundial, fosse propalado abertamente e disseminado no seio da sociedade com a anuência do Estado.

Talvez seja por isso que os Estados Unidos, com sua mania de grandeza, tenha se tornado o 1º lugar no rol de países com maior índice de sites racistas e preconceituosos existentes no mundo, o que acaba incentivando e incitando por via do espaço sem fronteiras da internet a proliferação do ódio e da intolerância entre os grupos e povos minoritários.

8.6 FIGHTING WORDS

É preciso salientar que existe uma única exceção, descrita pelo brilhante Daniel Sarmiento, a liberdade de manifestação do pensamento em relação ao ponto de vista, seria nos casos em que pela própria natureza do conteúdo pudessem provocar uma imediata reação violenta na audiência, o que ficou denominado como: “*Fighting Words*” (que traduzido significa: “palavras conflitantes”). Aqui no Brasil, as *fighting words* poderiam ser enquadradas como “injúria” ou até mesmo “incitação ao crime”, previstos, respectivamente, nos artigos 140 e 286 do Código Penal.

No entanto, mesmo existindo apenas uma única exceção ao discurso do ódio a Suprema Corte tratou de relativizá-la no hard case *R.A.V vs City os Sant Paus*, em 1992, onde mais uma vez aquela Corte julgou em favor do racismo e da intolerância. Neste caso em questão, um grupo de jovens invadiu o quintal de afrodescendentes e colocaram uma cruz virada para baixo pegando fogo (que é o símbolo da Ku Klux Klan). Esses jovens foram presos em decorrência do descumprimento de uma lei Estadual que tipificava o crime motivado pelo preconceito (*bias motivated crime*).

Neste caso, a Suprema Corte ordenou a liberação de todos os integrantes que participaram do evento sob a alegação de que o legislador teria pretendido abarcar apenas as manifestações de intolerância racial, religiosa e de gênero, violando, dessa forma, seu dever de neutralidade em relação aos diversos pontos de vista existentes na sociedade. Nesse viés “seria lícito ao Estado proibir e penalizar o uso de *fighting words*, mas não fazê-lo de forma parcial, como no caso, visando a atingir apenas determinadas ideias ou concepções repudiadas pela maioria da sociedade” (*Justice Scalia*).

Importante observar que a exceção dos “*Fighting words*” não está para abarcar a defesa das vítimas, e sim, para garantir a Paz Pública e a ordem social. Neste diapasão, mesmo sendo os Estados Unidos um país liberal no que tange a liberdade de expressão e

admitindo-se essa única exceção à manifestação de pensamento acima citada, não há como não enxergar que a manifestação realizada pelos habitantes da cidade de Skokie contra o povo judeu gera sim a perturbação da Paz Pública, bem como, as manifestações organizadas pela Ku Klux Klan queimando cruzeiros e prolatando palavras de ordem contra os Negros e Judeus ferem a ordem social e desestabilizam a sociedade.

Neste diapasão, não há como não enxergar que essas manifestações de ponto de vista adjetas, desprezíveis e tenebrosas geram o “Caos Social” e devam ser barradas pelo Estado, exigindo um agir positivo do Estado, no sentido de conter a proliferação do ódio e da intolerância, e dessa forma, buscar a paz social e a harmonia entre os povos.

9 CANADÁ

A Suprema Corte Canadense é extremamente preocupada com a proteção dos direitos das minorias estigmatizadas, tendo esta corte se posicionado de forma contrária a proteção constitucional do Hate Speech. No entanto, existem algumas situações em que a liberdade de expressão é preservada, mesmo que agrida e choque a sociedade ou parte dela.

É possível constatar que a Jurisprudência do Canada é decidida caso a caso, tendo sempre em mente a defesa da liberdade de expressão, mesmo quando relacionada com propagação de ideias discriminatórias, mas, ao contrário dos Estados Unidos, também aceita as restrições impostas pelo Hate Speech.

Nesta senda, o Tribunal Constitucional Canadense aufere-se pautando nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, se a liberdade de expressão esta sendo mantida e a validade de normas restritivas de direitos que a limitam são validas e não abusivas, para no caso em concreto determinar a (In) Constitucionalidade.

Neste diapasão, segundo o artigo 2 (b) do ordenamento jurídico do Canada, “todos tem direito a liberdade de pensamento, de crença, opinião, expressão, incluindo a liberdade de imprensa e de outros meios de comunicação”.

Sob este prisma, para entender-se o dispositivo legal Canadense é preciso realizar uma distinção do que seja conversa privada do que seja difusão de ideias e opiniões ao público. Neste sentido, a conversa considerada privada de conteúdo expressivo e que propague entre o interlocutor e o receptor ideias racistas, de intolerância e preconceito devem ser preservadas em virtude da liberdade de pensamento e opinião, não sendo tipificada como crime.

Por outro lado, a manifestação de pensamento quando realizada para um grupo identificável, uma classe, ou qualquer seção da sociedade deve ser vedado por promover o ódio a minorias étnicas e religiosas.

No entanto, o ponto nevrálgico da questão é justamente concluir, nos ensinamentos de Sarmiento, quando a conversa deve ser considerada particular ou quando será considerada pública. Neste interim, é possível que uma conversa realizada na casa de um cidadão junto de seus amigos possa ser considerada pública, ao passo que uma opinião realizada na rua pode ser considerada privada.

Portanto, cabe ao julgador no caso concreto definir quando a conversa deve ser considerada privada, e dessa forma, preservada, ou quando, a manifestação do pensamento é dirigida ao público, devendo ser expurgada da sociedade.

Por outro lado, a Carta Canadense além de proteger a liberdade de expressão consagra em suas normas o direito a igualdade, vedando discriminações (artigo 15, 1) e criando por meio de políticas afirmativas formas de proteção para que grupos minoritários sejam preservados da opressão das massas sociais.

Importante salientar, que o Canadá tem um compromisso expresso com o multiculturalismo, sendo este um compromisso fundamental da Nação, previsto no artigo 27 de sua Constituição.

Nesse sentido, a própria Carta estabelece mecanismos de autodefesa dos direitos fundamentais, às vezes limitando alguns direitos em detrimento de outros, às vezes ampliando a atuação jurídica das normas para expandir a área de atuação dela e preservar os interesses fundamentais da sociedade.

Tem-se entendido, nas argutas de Daniel Sarmiento, que para essa restrição de direitos é necessário um duplo controle, qual seja, um controle do objetivo justificador da restrição, ou seja, o motivo pelo qual aquela medida drástica esta sendo tomada, devendo tais medidas ser urgentes e substanciais. Bem como, é necessário à fiscalização sobre a própria medida restritiva, que assim como no ordenamento jurídico brasileiro deve atender ao princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta seara, deve existir uma adequação entre a medida tomada e objetivo alvo a ser perseguido, bem como, a limitação ao direito fundamental deve ser a mínima possível com o intuito de abarcar apenas aquela situação específica desejada, e por fim, o ônus da limitação não podem exceder as vantagens relacionadas com o objetivo desejado.

9.1 HARD CASES

9.1.1 REGINA VS KEGSTRA

Importante, salientar um dos principais leading cases que levantou o debate no Canada foi o famoso caso Regina vs Kegstra, em 1990. Neste episódio, o professor James Kegstra lecionava em sua escola que os judeus eram “povos traiçoeiros, amantes do dinheiro, assassinos de crianças, que queriam destruir a cristandade e que eram responsáveis pelas depressões, guerras e pelo caos”, bem como, que “o Holocausto havia sido inventado pelos judeus para atrair a simpatia da comunidade internacional”.

Neste evento o senhor Kegstra foi condenado por promover propositadamente o ódio contra algum grupo identificável (no caso em questão se tratava do povo judeu) conforme este previsto no Código Penal Canadense em seu artigo 319 (2).

No caso em comento ficou claro que os ensinamentos propagados pelo professor atingia uma seção da sociedade que se caracteriza pela cor, raça, religião ou origem étnica, bem como, que essas doutrinas eram ensinadas em uma escola, o que afasta a excludente de que eram opiniões que estavam sendo transmitidas de forma particular, como quis caracterizar a defesa.

Tal caso chegou ao Suprema Corte Canadense que por 4 votos a 3 decidiu pela manutenção da condenação e pela constitucionalidade da lei que incriminou o professor James Kegstra.

Neste interim, o Tribunal entendeu que as manifestações do pensamento exaradas pelo professor contra grupos étnicos, raciais, nacionais e religiosos iam de frente com os ideais de uma sociedade justa, igualitária e democrática.

Importante salientar o acertado posicionamento da corte Canadense ao analisar além do fato gerador da lide, a vitimização e as mazelas sofridas pela sociedade, analisando os efeitos negativos que a proteção ao hate speech acarreta tanto nas vítimas de preconceito, como na sociedade como um todo.

No que atine as vítimas elas sofrem graves danos psicológicos que podem interferir no seu dia a dia, bem como, em sua autoestima e leva-los a evitar o contato com outros povos que não sejam dos seus grupos, ou até mesmo, é possível a perda da identidade étnica ou nacional, passando a anular as características distintivas de seus grupos para não serem perseguidos ou linchados.

No que atine ao dano a sociedade, o Tribunal concluiu que com a facilidade da propagação de ideias inclusive pela utilização em massa da rede mundial de computadores as pessoas, principalmente os mais leigos, poderiam facilmente ser convencidos das ideias mais tenebrosas e desprezíveis, servindo como um recrutamento humano para práticas abomináveis, bem como, inculcar tenuamente nos inconscientes dos receptores à ideia alvo que desejam transmitir.

9.2 R. VS ZUNDEL

Outro caso de destaque no Canada foi o leading case R. vs Zundel, em 1991 em que Zundel, um renomado historiador revisionista, publicou em um de seus livros que não existiu o Holocausto, tendo sido criminalmente acusado com fulcro no artigo 181 do Código penal Canadense, que puniu quem publicasse narração ou notícias falsas, que causassem dano ao interesse público.

No entanto, em virtude de defeitos na formação da lei, a Corte reverteu à condenação. Dentre os principais motivos que levaram a anulação do julgado foi à ampla abrangência da lei que poderia acarretar o “efeito resfriador” (chilling effects), já que as pessoas poderiam deixar de exprimir seus pensamentos em virtude de poderem ser incriminadas em decorrência da referida norma.

Dessa forma, o debate no Tribunal não foi pautado em virtude do caráter discriminatório e da intolerância, mas foi voltado para negar efeito a lei cuja aplicação poderia afetar valores centrais da liberdade de expressão.

10 ALEMANHA

A característica marcante da Alemanha é que ela não aceita o hate speech, contudo não descuida da proteção ao direito fundamental da liberdade de expressão, bem como, a dignidade da pessoa humana, havendo uma proteção mais intensa aos grupos minoritários e estigmatizados da sociedade.

Neste âmbito a Constituição Alemã prima pelo direito a Dignidade da pessoa humana em face da liberdade de expressão, o que já seria um fator distintivo entre o constitucionalismo Alemão e o Norte Americano em que, conforme vimos, a liberdade de expressão apresenta um caráter de superioridade em relação aos demais direitos.

Esta forte posição sobre a dignidade humana apresenta um estreito laço histórico com o pós-2ª guerra mundial que deixou profundas cicatrizes na sociedade alemã. Sob este prisma, o artigo 1º da Constituição alemã expressa que “a Dignidade humana é inviolável. Respeita-la e protege-la e dever de todas as autoridades estatais”. Dessa forma, os tribunais com frequência vêm se posicionando ante os hard cases pelo direito da personalidade em face da liberdade de expressão.

Apenas para ilustrar tal posicionamento, a Corte Constitucional alemã considerou inconstitucional a divulgação de programas em que crimes praticados no passado eram reexpostos quando os infratores estavam perto de receberem a liberdade. Segundo o entendimento da Corte a exibição do programa inviabilizaria a ressocialização do apenado, violando os direitos da personalidade da pessoa humana.

Mesmo sendo a dignidade da pessoa humana o ponto nevrálgico do ordenamento jurídico alemão, a liberdade de expressão, também, é assegurada e preservada, conforme o previsto no artigo 5.1 da lei fundamental de Bonn, onde leciona que : “ Todos tem o direito de livremente expressar e disseminar sua opinião e de se informar sem restrições a partir de todas as fontes acessíveis. A liberdade de imprensa e da comunicação através do rádio e do cinema são garantidos. Não haverá censura.”

Sob este prisma, de acordo com a Lei Básica (nome dado a Constituição da Alemanha), as limitações a liberdade de expressão só são permitidas quando se baseiam em “Lei Geral”, não podendo ser dirigido contra uma opinião específica, ou seja, ela deve servir para proteger um direito legal e não como instrumento contra a livre propagação de ideias.

Nesta senda a liberdade de expressão apresenta duas facetas a primeira é a da auto realização do indivíduo em ser informado pelos diversos meios de comunicação a sua disposição, bem como, a formação de um debate plúrimo e aberto sobre os temas de interesse público.

Portanto, é possível visualizar, na Carta Alemã, a liberdade de expressão como um direito positivo, ou seja, um direito em que o Estado deve agir para que todo o arcabouço jurídico referente à liberdade de comunicação e imprensa seja assegurado, a fim de promover o pluralismo de ideias e pontos de vista.

Nesta seara, vale a pena ressaltar que a liberdade de expressão é um direito fundamental que deve ser resguardado não apenas no âmbito da relação vertical, ou seja, Estado – cidadão, sendo este direito irradiado nas relações horizontais, entre particulares.

10.1 HARD CASES

10.1.1 BAVIERA VS DAVID IRVING

Um dos casos mais conhecidos do Hate Speech no âmbito da Alemanha envolveu um ato do governo da Baviera que condicionou a ocorrência de um congresso de extrema direita, onde o renomado historiador David Irving iria ministrar uma palestra, ficando condicionado a não sustentar a ideia de que o “Holocausto não havia acontecido e que se tratava de mera invenção da comunidade judaica para atrair a atenção da comunidade internacional”.

A Corte Constitucional ao analisar o caso, exprimiu o entendimento que a negação do Holocausto não era a expressão do ponto de vista do historiador, e, sim, afirmações inverídicas sobre fatos incontroversos. Portanto, negar este acontecimento histórico seria uma forma de perpetuar a intolerância e o preconceito contra o povo judeu. Tendo a Corte se posicionado em favor da validade da restrição imposta pelo governo da Baviera.

10.2 TUCHOLSKY

Outro caso bastante lembrado na Jurisprudência alemã é o caso Tucholsky, (em 1994) em que um individuo foi condenado por ter colocado em seu carro a seguinte expressão: “soldados são assassinos”. Nesta lide, o individuo foi condenado pelo crime de insulto a um grupo determinado da sociedade (no caso os militares). Ao chegar a Corte Alemã, o Tribunal entendera que naquele caso a condenação violara o direito a liberdade de expressão, tendo em vista que a mensagem transmitida não incutia em apelo a violência, bem como, apresentava uma mensagem pacifista de asco às guerras e o militarismo.

Segundo o Tribunal Constitucional Alemão

As declarações pelas quais os reclamantes foram condenados por injúria gozam da proteção do Art. 5 I 1 GG. Essa norma constitucional dá a todos o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito, ou imagem (...) a proteção não se refere apenas ao conteúdo da expressão, mas também a sua forma (...) com suas expressões, segundo as quais soldados seriam assassinos ou assassinos em potenciais, os reclamantes não fizeram afirmações sobre soldados certos e determinados que teriam cometido assassinato no passado (...) existindo na condenação por causa dessas expressões, uma intervenção na área de proteção do direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento (SCHWAB, 2006, p. 156).

10.3 TUCHOLSKY II

Pouco Tempo depois, a Corte Constitucional teve de apreciar caso semelhante que ficara conhecido como Tucholsky II. Neste episódio, um grupo de pessoas distribuía panfletos com a mesma mensagem do evento Tucholsky (soldados são assassinos), tendo sido da mesma forma incriminados por este acontecimento.

O Tribunal ao receber tal lide manteve-se com o mesmo entendimento que expusera no episódio tucholsky I, relaxando a prisão dos envolvidos por violação dos direitos a liberdade de expressão, deixando bem claro que “o Código Penal não pode limitar as instituições públicas da crítica pública, por mais dura que seja, uma vez que essa crítica é expressamente garantida pelo direito constitucional à liberdade de expressão”.

10.4 WUNSIEDEL

Outro episódio que vale a pena ser lembrado foi o encontro de Neo-nazistas na cidade de Wunsiedel, em 2001, em um desfile para homenagear Hitler e o deputado Rudolf Hess. Importante ressaltar que Wunsiedel é uma pacata cidade com cerca de 10.000 habitantes, no entanto, todos os anos, no final de agosto, a cidade é invadida por homens vestido de preto vindos de toda a Alemanha, bem como, do exterior, realizando uma marcha em homenagem a Rudolf Hess, o braço direito de Hitler que ali fora enterrado.

No entanto, em 2005, a câmara baixa do parlamento federal da Alemanha (bundestag), aprovou uma emenda que enrijeceu o artigo que tratava sobre o incitamento ao ódio (hate speech). Essa emenda surtiu efeitos positivos de forma que as passeatas foram cessadas, tendo o Tribunal Administrativo Federal confirmado à proibição de Congressos e Passeatas com base na nova lei.

O Tribunal Constitucional se pronunciou em 2009 sobre esta questão tendo considerado constitucional o fortalecimento do Código penal no que tange ao Hate Speech, tendo salientado que “dada a injustiça e os horrores do regime nazista é constitucional fazer uma exceção que veda discursos glorificando a ideologia de Hitler.”

11 HATE SPEECH NO DIREITO BRASILEIRO

Depois de uma breve abordagem analisando os ordenamentos jurídicos alienígenas, nos debruçaremos sobre o Hate speech no direito positivo brasileiro e iniciaremos com a menção dos Objetivos Fundamentais da República Federativa Brasileira, estabelecida no artigo 3º da nossa Carta Magna, que leciona, *in albis*:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – *promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Com este regramento já é possível perceber a postura do nosso Constituinte de 88 sobre o direito a uma sociedade aberta e livre de preconceitos de qualquer espécie. No entanto, não pára por aqui a legislação pertinente ao tema Hate Speech. Apenas para citar podemos mencionar o artigo 4º, inciso VIII, da Constituição Federal que repudia o terrorismo e o racismo; a própria Lei 7.716/89 conhecida como a Lei do Racismo; a Lei 8.081/90, que dispõe sobre os crimes e penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza; a recente Lei 11.340 que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher dentre diversas outras que pelo caráter restritivo dessa obra não podemos mencionar sob pena de nos desviarmos do presente estudo.

O Constituinte, de forma maestra, sendo conhecedor de nossas mazelas, injustiças e preconceitos fez questão de instituir preceitos legais tidos como *clausulas pétreas*, ou seja, impossíveis de serem retirados do ordenamento jurídico legal por meio de Emendas a Constituição, para garantir um agir positivo do Estado na preservação da ordem social em busca de uma sociedade livre de demagogias e preconceitos.

Portanto, foi vislumbrado na Constituição não uma visão de neutralidade e imparcialidade do Estado, como é adotado nos Estados Unidos, em relação ao Hate Speech, mas uma participação atuante do Estado para minimizar a proliferação e a difusão do ódio e da intolerância no seio da sociedade.

Dessa forma, no intuito de reduzir e minimizar as mazelas provocadas pelo Hate Speech a Constituição asseverou em seu artigo 5º, incisos XLI e XLII, respectivamente, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades constitucionais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão nos termos da lei”.

No tocante ao racismo, a República Federativa Brasileira rege-se nas suas relações internacionais pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo (artigo 4º, inciso VIII da CF), onde serão punidos os crimes resultantes de preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (nos termos da Lei 7.716/89 parcialmente alterado pela lei 9.459/97). Portanto, é palpável a grande densidade normativa, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que protege nosso sistema do discurso abusivo do Hate speech.

Mas neste ponto do trabalho podemos nos perguntar onde fica o direito fundamental da liberdade de expressão no nosso ordenamento jurídico? Será que o Hate Speech criou uma nova ditadura no sistema constitucional atual?

Respondendo a essas indagações, a manifestação do pensamento é livre e garantido a nível constitucional, constituindo um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, compreendendo não somente as informações consideradas inofensivas, indiferentes ou favoráveis, como também, aquelas que possam nos chocar e inquietar as pessoas, haja vista que a Democracia se perfaz por meio do pluralismo de ideias e do espírito aberto a ouvir e ser ouvido em um diálogo.

Neste cenário, proibir a livre manifestação do pensamento é pretender alcançar a proibição ao pensamento e obter a unanimidade autoritária, arbitral e irreal. Nesta linha de pensamento é plausível mencionar os pensamentos de Kant, citado por Jorge Miranda

Há quem diga: a liberdade de falar ou de escrever pode-nos ser tirada por um poder superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correção pensaríamos nos se não pensássemos em comunhão com os outros, a quem comunicamos os pensamentos, e eles nos comunicam os seus! Por conseguinte, pode muito bem dizer-se que o poder exterior que arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, ele rouba também a liberdade de pensar. (KANT, *Apud* Miranda, 2008, p.399)

Neste âmbito, o Constituinte, depois de um longo período de ditadura militar, assegurou de forma ampla o direito a livre manifestação do pensamento, conforme é possível perceber na leitura dos incisos insculpidos no artigo 5º da Carta Magna, onde estabelece: “ é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV) ; “é inviolável a liberdade de consciência e de crença” (inciso VI) ;” é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX); “ é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (inciso XIV) , assim como, estabeleceu no artigo 220 e seus parágrafos que : “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” e que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” sendo “vedado toda e qualquer censura de natureza política ideológica e artística”.

No entanto, mesmo com esse arcabouço jurídico protegendo o direito a liberdade de manifestação do pensamento, esse direito não é um direito absoluto em relação aos demais direitos fundamentais (tal como é previsto no ordenamento jurídico dos Estados Unidos) e em caso de conflitos entre princípios há de ser necessário o sopesamento entre eles para que no caso em concreto seja resolvida a lide, conforme foi exposto anteriormente.

Nesse diapasão, a própria Constituição estabeleceu algumas restrições à liberdade de expressão, conforme é possível perceber na leitura do artigo 5º incisos V e X, respectivamente, onde estabelece que : “é assegurado o direito de respostas proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem”, assim como, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dessa forma, levando-se em consideração que os direitos e garantias fundamentais regem-se por três princípios basilares, quais sejam: autodeterminação, igualdade e não discriminação, onde o princípio da autodeterminação apregoa que é direito dos povos e nacionais a livre determinação, sendo um requisito prévio para o pleno exercício dos demais direitos humanos fundamentais. Assim como, o princípio da igualdade prevê que todos são iguais perante a lei. E, por fim, o princípio da não-discriminação consagra que a todos pertence o exercício pleno de todos os direitos e garantias fundamentais independente de raça, condição social, genealogia, sexo, credo, convicção política ou filosóficas.

Neste prisma, todos os direitos e garantias constitucionais devem se enquadrar dentro do conceito desses três princípios fulcrais sob pena de serem tidos como inconstitucionais e expurgados da Constituição Federal. Nesta linha de raciocínio, quando a liberdade de manifestação do pensamento for utilizada visando menosprezar, ofender, humilhar segmentos da sociedade ela estaria sendo utilizada de forma desvirtuada, pois estaria indo de encontro com o princípio da não discriminação, bem como, por via reflexa indo ao princípio da igualdade, sendo, portanto, considerada duplamente inconstitucional, tal preceito normativo.

Nesta seara, é claramente perceptível que o direito a liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio não é um *super princípio*, onde haverá casos em que esse direito

há de ser restringido e relativizado em face da ordem pública e da paz social, visando coaduna-se com o princípio fundamental da não discriminação.

11.1 HARD CASE BRASILEIRO

11.1.1 CASO SIEGFRIED ELLWANGER

O principal caso que jamais pode ser esquecido dentro do arcabouço Jurisprudencial brasileiro é o episódio Ellwanger que foi amplamente discutido e debatido pelo Supremo Tribunal Federal e que abriu as portas para o debate do Hate Speech no ordenamento jurídico brasileiro.

Ellwanger escrevera diversos livros com o pseudônimo S.E. Castan, onde defendia a revisão da história sobre o papel dos alemães na Segunda Guerra Mundial, bem como lançava dúvidas sobre a real existência do Holocausto do povo judeu escrevendo mensagens discriminatórias contra o povo israelense.

Dentre seus livros mais famosos, podemos destacar “Holocausto judeu ou alemão: nos bastidores da mentira do século”, “SOS para a Alemanha” e “Acabou o gás... o fim de um mito”. Bem como, por ser proprietário de uma editora publicou e vendeu diversas obras que continham pontos negativos dos judeus, tais como: “*O judeu internacional*”, de Henry Ford; “*A história secreta do Brasil*”, de Gustavo Barroso; “*Brasil colônia de Banqueiros*”, de Gustavo Barroso; “*Hitler: culpado ou inocente*”, de Sergio Oliveira; “*Os conquistadores do mundo- os verdadeiros criminosos de guerra*”, de Louis Marschalko.

Em suas obras, o editor Siegfried Ellwanger escrevera e publicara diversos livros com conteúdo antissemita e que, mais uma vez, negava a ocorrência do Holocausto, bem como, atribui características negativas ao povo judeu. Tendo sido condenado há 2 anos, por “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação de raça ,cor, etnia, religião ou procedência nacional”, nos termos do artigo 20 da Lei 7.716/89, modificada pela Lei 8.081/90 que trata da Lei do Racismo no país, cuja pena fluuaria entre 2 e 5 anos de reclusão.

De acordo com o representante do Ministério Público (trecho da denúncia extraído do acórdão proferido pelo STF), o acusado teria editado e distribuído ao público, de forma sistemática e reiterada, obras que

Abordam e sustentam mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias, procurando incitar e induzir a discriminação racial, semeando a seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica (STF, Denúncia).

No juízo de primeiro grau, a juíza absolveu o réu sob a alegação de que

Os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitamento ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu. Constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo. Lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica (...) As outras manifestações apresentadas pelas obras, com relação aos judeus, outra coisa não são, senão simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão (Trecho da sentença proferida pela Juíza Bernadete Friedrich, da 8ª Vara Cível de Porto Alegre, extraído do acórdão proferido pelo STF).

No entanto, os assistentes da acusação impetraram com um recurso de apelação junto ao Tribunal, visando à cassação do primeiro julgamento. O tribunal ao tomar conhecimento da lide, reconheceu a prática do crime de racismo e condenou o Senhor Ellwanger a dois anos de reclusão, com a suspensão condicional do processo (sursis), pela prática do crime descrito na denúncia.

A defesa, sabiamente, requereu que fosse analisada a regra geral da prescrição, insculpido no Código Penal, haja vista, que já haviam transcorrido mais de quatro anos desde o recebimento da denúncia (14/11/1991) até a data da condenação (31/10/1996). No entanto, o Tribunal do Rio Grande do Sul afastou tal alegação por estar em questão um crime de racismo, o qual, segundo o artigo 5º, inciso XLII, da CF, estabelece ser “imprescritível e inafiançável”.

A defesa vendo sua pretensão ser eximida recorreu ao STJ, por intermédio de um Habeas Corpus que foi de plano denegado, sob a arguta de que:

Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta. (...) Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado (STJ, HC15155- RS, rel. Min. Gilson Dipp).

Após esse longo percurso jurídico, foi impetrado novo pedido de Habeas Corpus, agora junto ao STF. Pedimos vênia para transcrevermos a ementa do julgado que pelo seu teor científico explicita de forma brilhante os principais temas destrinchados e abordados ao longo do extenso acórdão que foi delineado em 488 páginas:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGENCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminações” contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, 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, pelos 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 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 jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeneram 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 transgridam as regras da 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 discrimen 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 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, artigo 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 nexó 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 impeçam a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídico e histórica não admitem.

Ordem (STF. HC 82.424-4. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em Setembro de 2003).

Em síntese, o debate central girou em torno da possibilidade de o crime de racismo, insculpido no artigo 5º, inciso XLII, abarcar os atos de intolerância contra os judeus e se a edição do livro “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século.”, constituiria fato típico e ilícito subsumido no crime de racismo. Bem como, se o direito a liberdade de expressão teria a força de inocentar o acusado.

Os ministros tomando emprestado estudos biológicos, antropológicos e históricos, chegaram à conclusão de que os judeus não podem ser considerados uma raça. Nesta senda, os Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves (relator originário) defenderam a tese de que a Constituição Federal se referia aos negros no tocante ao racismo, mas não abarcava a situação do povo judeu, considerando imprescritível apenas o racismo cometido contra os negros e, dessa forma, o crime cometido pelo Sr. Ellwanger estaria prescrito.

Segundo a visão do ilustre Ministro Aires Britto a venda de tais obras não passaria de um fato atípico, haja vista de que os livros haviam sido editados antes da Lei 8.081/90, que deu nova redação ao artigo 20 da Lei 7.716/89, bem como, não continham mensagens explícitas discriminatórias do povo judeu. No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio defendia que a liberdade de expressão deveria ser privilegiada.

O Ministro, em seu voto sobre o tema, ainda levantou a arguta de que se encontra no direito a liberdade de expressão a possibilidade de revisão dos fatos históricos, bem como,

Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar a mesma maneira. (STF. HC 82.424-4. Rel. Min. Moreira Alves. 2003)

Bem como, arguiu que aquele julgado não passaria de uma “jurisprudência simbólica” onde o Supremo Tribunal relativizaria o direito fundamental a liberdade de expressão visando transmitir para a sociedade uma imagem politicamente correta.

Felizmente, a tese vencedora decidiu que mesmo o judeu não se caracterizando uma raça, não pode existir contra eles qualquer forma de discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade de forma que

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, pelos ou 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 (Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82424- RS)

O Supremo, logo em seguida, passou a analisar a questão do racismo, avaliando se abarcaria ou não o povo judeu e, felizmente, decidiu no sentido contrário ao argumento exposto pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que o conceito de raça deve ser analisado de forma histórica, cultural, político e social, e não partir simplesmente do conceito biológico (Povos Caucásiano, negroides e amarelos), inclusive porque é impossível distinguir de forma puramente biológica as diferentes raças em virtude da ínfima variabilidade genética existente entre os grupos em questão.

Dessa forma, o crime praticado por Ellwanger seria crime de racismo, mesmo não sendo os judeus uma raça, pois, ao anunciar publicamente que os judeus constituem um povo “inferior, nefasto e infecto, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio”, o réu teria atuado de forma incompatível “com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sobre os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático”. Haja vista, que tal posicionamento seria “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”, que acarretam “repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.” (HC – 82424- RS)

Em seguida, os Ministros divagaram sobre a incidência do tipo penal de racismo sobre o ponto de vista da limitação da liberdade de expressão que supostamente estaria sendo atingida com o entrave da publicação e comercialização de livros revisionistas que negavam a ocorrência do Holocausto judeu e realizando afirmações discriminatórias do povo judeu.

Neste ponto, o Tribunal sopesou os princípios em choque e acolheu a interpretação que privilegia a Dignidade da Pessoa Humana e o princípio da igualdade racial, devendo ser resguardado o direito das vítimas do preconceito e do ódio em detrimento do direito a liberdade de expressão utilizada de forma desregrada.

Nesta senda, entendeu o Supremo que o direito a liberdade de expressão não poderá ser usado de forma desregrada, de forma que as liberdades públicas não são incondicionadas, bem como, não podem servir de escudo protetor para que particulares pratiquem atos ilícitos, antes dá-se privilegio a dignidade humana dos ofendidos.

Nesta senda, a liberdade de expressão não foi capaz de inocentar o senhor Siegfried Ellwanger, pois a incitação ao ódio e a discriminação, latentes em suas obras, buscavam “resgatar e dar credibilidade a concepção racial definida no regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na

pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu”. (Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82424-RS.)

Com todo esse entranhado jurídico, o STF, denegou o pedido de Habeas Corpus, pois o direito a liberdade de expressão não pode servir para abrigar manifestações de caráter ilícito, o que caracteriza a aplicação, neste julgado, do princípio da proibição de abuso de direito fundamental que será melhor analisado nos tópicos seguintes.

12 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO ABUSO DE DIREITO FUNDAMENTAL

O Estado como detentor do *jus imperii* tem o poder-dever jurídico de proteger os direitos fundamentais, impedindo a violação de tais direitos pelos particulares, inclusive com a utilização da via judicial para processar e julgar penal, civil e administrativamente as violações aos direitos fundamentais. Nesta arguta, a própria Constituição estabelece em seu artigo 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Nestes termos, o princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais, leciona que nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atos que desvirtuem outros direitos fundamentais. Nesses termos, os direitos fundamentais não pode ser utilizado de forma abusiva de forma a acobertar práticas ilícitas ou criminosas⁹ cometidos em detrimento de outros direitos fundamentais.

Sobre o tema o STF já teve a oportunidade de utilizar tal princípio em alguns de seus julgados, a exemplo do Mandado de Segurança 23.452- RJ, onde o Ministro Celso de Melo exprimiu em seu voto que

O estatuto constitucional das liberdades públicas permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídico, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF, MS23.452- RJ, Rel. Min.Celso de Mello, j. 16/9/1999).

Nesta senda, mesmo não existindo norma constitucional expressa acolhendo o princípio em questão, provas não faltam de que ele está latente no nosso ordenamento. Portanto, fica claro

⁹ Calha ressaltar, nesse sentido, o julgamento em que o STF admitiu como lícita a violação do sigilo da correspondência de um preso, pelo próprio diretor do presídio, sem autorização judicial, para impedir a prática de crimes, com base na Lei de Execuções Penais. (STF, HC 7814-5/SP, rel. Min. Celso de Mello).

que os direitos fundamentais não podem servir para engessar o ordenamento jurídico, principalmente quando estão em jogo os direitos constitucionais. Dessa forma, os direitos fundamentais não podem ser tidos como inflexíveis e intangíveis sob pena de se coadunar com a impunidade e a legalização da criminalidade.

Partindo de tal premissa, a Constituição garante o direito à liberdade de expressão, ao passo que condena o preconceito e o racismo. Sob esse prisma a Corte do Rio Grande do Sul, teve a oportunidade de analisar um julgado em que uma banda musical conhecida por Zurzir, criavam melodias contendo ideias racistas e preconceituosas de cunho nazistas e disseminado o ódio entre seus fãs.

Uma das músicas da banda é conhecido como “88 Heil Hitler”, que transcreveremos como fins didáticos, sempre mencionando que discordamos com o teor de tal letra:

Soberano guerreiro, com seus punhos de aço tentou livrar o mundo da sinistra irmandade o triunfo da vontade guiou o império e a serpente destilou em seu veneno mistérios/ 88 heil Hitler, 88 heil Hitler, 88 heil Hitler (duas vezes)/ A ferro e fogo suportou as mentiras sionistas condenado pelo mundo a pagar sem razão o nobre fuhrer foi calado e seu império vencido perdeu-se um grande herói. Jamais será esquecido/ 88 heil Hitler, 88 heil Hitler, 88 heil Hitler (duas vezes). (Acórdão nº 70012571659 Rel. Desa. Genacéia da Silva Albertoni. 2006)

No dilema em questão entre a liberdade artística e o combate ao preconceito, sopesou-se em favor do princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais, haja vista que músicas que elogiam Hitler e defendem o extermínio dos judeus merecem ser censuradas.

Nesse amago, o Tribunal do Rio Grand do Sul decidiu, *in albis*:

PRECONCEITO DE RAÇA. ORNAMENTOS. QUE UTILIZA A CRUZ SUÁSTICA. Se de um lado a constituição exaltou a liberdade de pensamento como um dos direitos fundamentais, fico preservada também a dignidade humana, com repúdio a discriminação ou preconceito. Comprovada conduta preconceituosa, divulgação de música de apologia ao líder nazista, é de ser mantida a condenação. APELO IMPROVIDO (TJRS, AC 70012571659, rel. Desa. Genacéia Alberton, j.7/6/2006).

Nesse mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a proibição imposta ao apresentador Carlos Roberto Massa, o “Ratinho”, de exibir cenas sensacionalistas de confronto físico e exposição de deficiências físicas como atrações do seu programa, atentando contra a dignidade humana dessas pessoas. O STJ entendeu que “não há propósito de censura, vedada pela constituição, mas sim de providencia destinada a harmonizar o exercício de

direitos coletivos. Prevalece a dignidade da pessoa humana.” (STJ, AI 886698/ SP, rel. Min. Antonio de Padua Ribeiro, j. 4/9/2007.)

13 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme foi mencionado, os direitos fundamentais surgiram como forma de resguardar os indivíduos da opressão e do opróbrio do Estado, em que o Estado se coloca em posição de superioridade ante seus súditos, o que é denominado pela doutrina de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Nossa atual Constituição consagra que o Estado deve atuar negativamente e positivamente visando resguardar os direitos fundamentais de seus súditos. Nesta senda, o Estado deve adotar medidas concretas para a fruição dos direitos fundamentais, inclusive para aquelas pessoas em situação de desvantagens e grupos desfavorecidos.

Nesse diapasão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou:

É dever dos Estados de organizar toda a máquina governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o pleno e livre exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação os estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos na Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se é possível, do direito infringido e, no seu caso, a reparação dos danos produzidos pela violação desses direitos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velasquez Rodríguez, série C n° 4, par. 166).

No entanto, será que nas relações privadas a aplicação dos direitos fundamentais deve ser obedecida?

É de conhecimento notório que em virtude da autonomia da vontade, as pessoas são completamente livres para pactuarem sobre tudo aquilo que desejam, e em virtude do *pacta sunt servanda*, os contratos devem ser cumpridos, a luz do Código Civil vigente. No entanto, as cláusulas draconianas devem ser tidas como nulas, por ferir os mais basilares princípios, e porque os contratos devem cumprir sua função social.

Contudo, existirão situações em que determinados direitos fundamentais entrarão em conflito com o princípio da autonomia da vontade. Nessa senda, é crescente o entendimento que assegura a esses princípios fulcrais a atuação nas relações entre particulares, isso porque, os agentes privados, principalmente os detentores de poder econômico e político, podem causar danos e oprimir tanto quanto o próprio Estado, ou ainda mais que este.

Nesta senda, é possível perceber que o direito a vida, a propriedade, a locomoção, a não discriminação, entre outros, são todos direitos que são dirigidos ao Estado, como também a sociedade como um todo, sendo, pois, considerado, crime quem ir de encontro com esses direitos, a exemplo do homicídio, contra quem retirar a vida de um semelhante; bem como o crime de injúria ou racismo contra quem ferir a honra do seu próximo.

Um dos principais defensores da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é o ilustre Procurador Geral da República Daniel Sarmento que leciona que

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve uma ponderação de interesses, em que, no outro lado da balança, quase sempre vai figurar alguma emanção da autonomia privada, entendida em sentido amplo (autonomia privada negocial, privacidade, autonomia associativa etc)”. (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.326).

E continua exprimindo que

“Um dos parâmetros importantes nesta questão liga-se ao grau de desigualdade fática entre as partes da relação jurídica. A assimetria de poder numa determinada relação tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca, expondo a um risco maior seus direitos fundamentais. Por isso, quanto mais a relação for assimétrica, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Sem embargo, mesmo nas relações tendencialmente iguais, os direitos fundamentais incidem, para impor um mínimo de respeito a dignidade da pessoa humana, que é irrenunciável.” (SARMENTO, 2006, p.329)

Dessa forma, esses direitos deixaram de ser um instrumento de mera limitação estatal para se tornar um meio de efetivação dos direitos fundamentais na sociedade, o que foi denominado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Sobre este tema, um famoso caso precedente dessa doutrina foi o episódio Luth¹⁰, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, na década de 60, onde foi dado o supedâneo

¹⁰ Neste episódio, Erich Luth liderou um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia apoiado o regime nazista alguns anos antes e produzido propagandas anti-semitas encomendadas pelo ministro da propaganda nazista, Joseph Goebbels.

Erich Luth era presidente do Clube de Imprensa de Hamburg, e adotou uma campanha junto aos distribuidores e donos de cinema para que não incluíssem o referido filme em suas programações, bem como, expressou ser dever dos “alemães decentes” de não assistir o filme.

A produtora do filme ingressou com uma ação na Justiça Estadual de Hamburgo com o intuito de impedir o boicote, sob a alegação que estavam tendo prejuízos financeiros, pois varias pessoas estavam deixando de assistir o filme em virtude do apelo de Luth.

para sustentar que a força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas.

Importante ressaltar que em virtude dessa decisão foi gerada a base para a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. No Brasil, o STF, invocando o precedente Luth, asseverou que

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais (STF - RE – 201819).

Portanto, conforme foi mencionado é crescente a aplicação em nossos Tribunais da Teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais as relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), especialmente ante as atividades privadas que tenham um caráter público, a exemplo de escolas, clubes e nas relações de trabalho.

Dessa forma, diante as diversas manifestações de injustiça e discriminação presente no cotidiano da sociedade brasileira adotou-se o princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo o qual esses direitos também vinculam os particulares em suas relações privadas, fundamentando obrigações positivas e negativas para com seus pares, ainda que de forma diferenciada para não interferir na esfera da autonomia das vontades.

Numa situação hipotética, apenas para ilustrar, é possível que uma empresa demita um funcionário em razão de sua nacionalidade, religião, cor e etc. Neste caso, cabe ao judiciário reintegrar o funcionário, tendo em vista que um dos motivos determinantes da demissão foi o preconceito, ferindo o princípio matriz da não-discriminação e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

A Corte Estadual decidiu em favor da produtora entendendo que houve a violação do artigo 826 do Código Civil, segundo o qual: “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”, condenando o réu a não se manifestar a respeito do filme.

Luth recorreu da decisão ao Tribunal Constitucional alegando violação ao direito de liberdade de expressão, tendo o Tribunal Constitucional aceitado os argumentos de Luth, sob o entendimento de que o artigo referido do Código Civil Alemão deveriam ter sido interpretado à luz dos valores da Constituição, o que não havia sido observado pela Corte Estadual.

14 EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É possível afirmar que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro, pois, existem seções de direitos fundamentais estabelecidas numa ordem de valoração, onde no ápice desse sistema encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana que serve de norte para todas as ações que venham a ser tomadas, tanto pelo legislador, quanto para o administrador e o poder Judiciário. Nesta senda, as normas em vigor devem ser harmonizadas em prol de legitimar e se conformar com os direitos fundamentais.

A Constituição de 88 concebeu um Estado atuante com ações positivas e negativas em busca de propiciar à sociedade, fonte do seu Poder, a busca de seus interesses e aspirações. Nesse sentido, o Estado não pode ficar inerte, tal como na economia de mercado e, simplesmente, ver seu povo afundar em um lamaçal de atrocidades e horrores.

Portanto, é dever do Estado garantir a todos os cidadãos a possibilidade de fruir de todos os benefícios da liberdade, o que pressupõe o enfrentamento dos obstáculos sociais da desigualdade e da opressão que entram o seu livre exercício. Logo, o Estado não deve apenas se abster de lesar bens jurídicos fundamentais, devendo atuar positivamente visando à preservação de quaisquer ameaças vindas de terceiros.

É sobre essa visão atuante do Estado que se encontra a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que é a sua eficácia irradiante (Daniel Sarmiento, 2006, p. 326), onde os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem andar intrinsecamente ligados para alcançar a igualdade substantiva e a justiça social.

Esta compreensão de um modelo de Estado atuante abarca, outrossim, o campo da liberdade de expressão e ampara em nosso modelo Constitucional a defesa dos grupos desolados e historicamente abalados que necessitam da mão do Estado para não serem reprimidos e sobrepujados em face de uma sociedade repleta de injuriosos preconceitos.

15 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não devemos pensar a democracia apenas como um direito a votar durante as eleições, mas sim, esta relacionada à capacidade de cada membro influir na formação da

vontade nacional, e, nesse sentido, a exclusão de grupos estigmatizados são prejudiciais ao próprio desenvolvimento da democracia.

Vivenciamos numa sociedade marcada pelo preconceito, e mesmo que digamos o contrário, apresentamos, ainda que de maneira velada, traços de nossas concepções enraizadas no nosso cotidiano. Nesse sentido, se o Estado fosse reprimir todos os atos que contivessem alguma forma de preconceito e intolerância contra os grupos estigmatizados, criaria uma sociedade amordaçada pela utopia de uma sociedade politicamente correta.

Nesta senda, como foi maciçamente exposto no presente trabalho, não existe hierarquia axiológica entre os direitos fundamentais, pois todos apresentam o mesmo supedâneo jurídico, consagrando o princípio da Unidade da Constituição. Portanto, é no caso concreto em que se vai verificar qual direito deve prevalecer em face de outro, o que vem a corroborar com nosso entendimento de que existe hierarquia axiológica mesmo em se tratando de direitos fundamentais.

Por esse motivo, quando estão em conflitos os princípios da liberdade de expressão e o *Hate speech*, faz-se mister a utilização do princípio da proporcionalidade para encontrar-se a melhor solução, de forma a adequar as normas constitucionais ao caso concreto, não banalizando nem generalizando o uso do *hate speech* para silenciar as diversas teses tidas como impopulares.

É inegável que a liberdade de expressão deve sofrer algumas limitações no intuito de impedir ou diminuir a violação de outros valores importantes para a dignidade humana, como a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou seja, os chamados direitos de personalidade.

O que se busca é, exatamente, a aplicação do princípio da proibição de abuso dos direitos fundamentais, ou seja, que os direitos fundamentais não sejam invocados para evitar a punição de comportamentos que atentem contra a própria dignidade humana. Isso decorre da constatação de que não existe direito fundamental absoluto já que estão sujeitos a limitações recíprocas como forma de possibilitar o exercício harmonioso das liberdades.

Dessa forma, é imprescindível que existam limitações para os direitos fundamentais, como a própria constituição previu, pois sem essas limitações o exercício arbitrário dos direitos fundamentais tornariam a vida em sociedade um “caos social”, haja vista que todos poderiam fazer o que quisessem mesmo que houvesse prejuízo para terceiros, o que nos faria regredir para a lei do mais forte. E mesmo quando não há previsão constitucional, nossos Tribunais vem admitindo que os direitos fundamentais sejam restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outros valores constitucionais.

Não estamos querendo, neste presente trabalho, defender que os direitos fundamentais sejam suprimidos de forma abusiva e, portanto, qualquer forma de limitação a esses direitos deve ser enxergada de forma rigorosa e minuciosa visando impedir que essa técnica seja utilizada de forma abusiva e desregrada, cabendo ao poder Judiciário exigir a demonstração e a respectiva fundamentação para que a limitação seja considerada válida dentro do ordenamento jurídico hodierno.

Neste diapasão, o objetivo primário dos direitos fundamentais é a proteção da dignidade da pessoa humana, não sendo admissível aceitar que um direito fundamental sirva de argumento para defender ideias contrárias a essa finalidade.

No que tange ao princípio da liberdade de expressão, não se pode deixar de esclarecer, que ela deve ser preservada mesmo quando nos deparamos com ideias desprezíveis, imorais e absurdas, haja vista, que existe, mesmo que pequena, a possibilidade de algumas delas estarem certas. Neste interim, é preciso não esquecer que muitas ideias e ensinamentos hoje tidos como moralizantes surgiram com muitas discórdias aos conceitos morais de épocas passadas.

No entanto, quando a liberdade de expressão é utilizada única e exclusivamente visando disseminar o preconceito e a intolerância, motivadas pela raça, cor, religião, gênero ou deficiência física, já daria ensejo para que a liberdade de manifestação do pensamento desse espaço para a aplicação restritiva do *Hate speech*.

Também cabe ressaltar que o *Hate Speech* não pode servir para que a sociedade fique de mãos atadas ante os interesses de grupos minoritários, nem tampouco, sejam conduzidos pela opinião majoritária, devendo-se encontrar um equilíbrio na sociedade de forma a preservar a igualdade, a ordem pública e a paz social.

Portanto, as restrições a liberdade de expressão voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra grupos estigmatizados soa correta, tanto sob o ponto de vista jurídico, quanto ético-moral, devendo ser combatido e punido e não acobertado sob o manto do direito da liberdade de expressão, sob pena de perturbação da ordem pública e do caos social.

Contudo, deve-se ter a devida cautela para que os nobres objetivos do *hate speech* não sejam utilizados para fundamentar uma nova ditadura: “a ditadura dos politicamente corretos”. Dessa forma, o hate speech não pode servir como um escudo protetor em nome do combate a intolerância contra as posições impopulares que chocam e agridem a sociedade, sob pena de calar-se o debate plural e aberto, primordial para o desenvolvimento de uma sociedade livre e democrática.

Até mesmo porque numa sociedade sempre há de existir posicionamentos distintos e não podemos ficar a mercê dos posicionamentos majoritários e politicamente corretos, pois isso faria com que a sociedade vivesse reprimida pelos seus próprios posicionamentos adquiridos durante o decorrer de uma vida. Sem mencionar a quantidade de opiniões que seriam caladas e levadas ao tumulto sob o medo de uma condenação. Neste caso, sim, o *hate speech* haveria calado o direito fundamental a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento, o que não se deseja no presente estudo.

Dessa forma, para um debate plural e aberto é necessário um ambiente onde ambos os lados estejam aptos a ouvir e serem ouvidos e o que é mais importante que estejam dispostos a admitir seus erros e corrigi-los, pois em um debate onde as pessoas ofendem-se livremente, o ambiente do debate é inviabilizado prevalecendo o pensamento majoritário ou daquele mais forte, restando duas alternativas para as vítimas: contra-atacar de forma mais enérgica ou se retirar da discussão, o que em nenhuma das hipóteses gera benefícios para a sociedade. Com isso é possível afirmar-se que a liberação do *hate speech* como manifestação da liberdade de expressão produziria menos discursos do que com sua restrição.

Por fim, vale a pena destacar que a perseguição dos grupos hegemônicos contra as minorias estigmatizadas acarreta o efeito silenciador das diversas manifestações de pensamentos que são calados em virtude da perseguição, bem como, a perda da identidade nacional, haja vista, que essas pessoas para não serem percebidas, e nem perseguidas, escondem as peculiaridades que os distinguem e que são marcas características de uma nacionalidade.

Portanto, o discurso do ódio em nada tem a contribuir para o desenvolvimento da democracia e da busca da realidade, antes dissemina o preconceito e a intolerância, comprometendo a própria continuidade do debate, sendo, pois, inviável a manutenção do *hate speech* no ordenamento jurídico como forma de busca do conhecimento e da verdade real.

Dessa forma, é possível chegar à conclusão de que a restrição ao *hate speech* implica, de fato, em limitação a liberdade de expressão, mas trata-se de restrição constitucionalmente legítima, visando resguardar outros bens constitucionalmente assegurados como a honra, a imagem e a dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This study aims to embrace a vision of freedom of expression, its contours and its nuances with an investigative look on Hate Speech. In this way, this work tends to transcend the individualistic view of the phenomenon called "Bullying", to give a social approach to the problem of prejudice and intolerance in the face of stigmatized groups in society. Leaving, therefore, a critical look at the absolute character of fundamental rights, in particular on freedom of expression of thought, seeking, through the principle of proportionality, relativize some rights in order to protect others fundamental rights in the gauge principle Human Dignity, honor, image and personal privacy, the so-called personality rights. In this field, we are in pursuit of the principle of prohibition of abuse of fundamental rights, namely, that fundamental rights will not be invoked to avoid punishment for behaviors that offend against human dignity.

Keywords: Freedom of expression. Hate Speech. Dignity of the Human Person.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de Expressão Versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação**. 2ºEd. Salvador: JusPodium, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JUNIOR, Dirley da Cunha, **Curso de Direito Constitucional**. 7º Ed. Salvador: JusPodium,2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 248).

LIMA, George Marmelstein. **Hierarquia entre Princípios e Colisão de Normas Constitucionais**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>. Acesso em 27.01.2009.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

MILL,Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Editora Escala, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. 2ºEd. Salvador: JusPodium, 2009.

SCHWAB. Jurgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3º. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STF, **Notícias**, 20.03.2003 disponível em 16h27hs, in www.stf.gov.br. Acesso em 23.02.2013.

STF, **Portal**, 10/08/2011, disponível em www.stf.jus.br/portal. Acesso em 17/03/2013.