



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**MARCELLO MIGUEL SILVA SANTOS**

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO HC  
82.424-2/RS**

**CAMPINA GRANDE  
2017**

**MARCELLO MIGUEL SILVA SANTOS**

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO HC  
82.424-2/RS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de Graduação da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Direito

**Orientadora:** Profa. Me. Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena

**CAMPINA GRANDE  
2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S2371 Santos, Marcello Miguel Silva.  
Liberdade de expressão e discurso de ódio à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [manuscrito] : uma análise do HC 82.424-2/RS / Marcello Miguel Silva Santos. - 2017.

39 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2017.

"Orientação : Profa. Ma. Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Direito Constitucional. 2. Direitos Fundamentais. 3. Conflito de Princípios.

21. ed. CDD 342.02

MARCELLO MIGUEL SILVA SANTOS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO HC  
82.424-2/RS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
programa de Graduação da Universidade Estadual  
da Paraíba, como requisito parcial para obtenção  
do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito

Aprovado em: 6/12/2017.

BANCA EXAMINADORA

*Lucila Vilhena*

\_\_\_\_\_  
Profa. Me. Lucila Gabriella M. C. Vilhena (Orientadora)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

*Cristina Campos*

\_\_\_\_\_  
Profa. Me. Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

*Cynara de B. Costa*

\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Cynara de Barros Costa  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Risonete e Nivaldo, por todo amor, dedicação e confiança em mim depositada.

À minha orientadora, Profa. Me. Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena, pelo apoio e pela competente condução do processo de orientação, não só neste trabalho, como também nos dois anos em que fui seu orientando pelo Programa de Iniciação Científica da UEPB.

Às professoras Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos e Cynara de Barros Costa, pela disponibilidade de comporem a banca examinadora.

À todos que fazem parte da 10ª Vara da Justiça Federal na Paraíba, em Campina Grande, pela consideração e pela enorme aprendizagem que me proporcionaram, tanto pessoal quanto profissionalmente.

Aos meus amigos, os quais tenho grande carinho e admiração. O aprendizado que dividi com vocês vai muito além do acadêmico e espero mantê-lo por toda a minha vida.

À Universidade Estadual da Paraíba, aos meus professores do Curso de Direito e a todos os funcionários, pela presteza e atendimento quando me foi necessário.

"Tudo tem limites, sempre. O pensar também. Não precisamos ter medo dos limites, mas também não podemos ter medo de ultrapassá-los. Para as pessoas serem livres, isso é o mais importante. Respeito e ódio pelos limites. As coisas importantes da vida são sempre dúbias. É só isso que posso dizer."

*Haruki Murakami, O incolor Tsukuru Tazaki e seus anos de peregrinação.*

## RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar o tratamento dado pela jurisprudência nacional à liberdade de expressão. Para isso, usaremos como paradigma o HC 82.424-2/RS, popularmente conhecido como Caso Ellwanger, que foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal. Partiremos do pressuposto de que a liberdade de expressão é um direito fundamental intimamente associado à democracia constitucional. Logo, por incitar práticas odiosas voltadas a certos segmentos da sociedade, individualizados por atributos raciais, étnicos, religiosos, de gênero ou qualquer outro que explicita a intenção discriminatória, não podemos considerar o discurso de ódio como parte integrante do núcleo significativo da liberdade de expressão. Neste sentido, a Constituição, a legislação e os tratados internacionais assinados pelo Brasil afastam o discurso de incitamento ao ódio de nosso ordenamento jurídico. Ainda assim, no Supremo Tribunal Federal travou-se fortes discussões quanto aos limites da liberdade de expressão quando confrontada pela dignidade da pessoa humana, ou pelo princípio da igualdade, resultando em enormes divergências entre as decisões dos Ministros. Isso tudo, porque, aqui preferiu-se aceitar a ideia de que Constituição é uma ordem concreta de valores ponderáveis, o que leva, inevitavelmente à fragilização da democracia e da salvaguarda dos direitos fundamentais.

**Palavras-Chave:** Liberdade de Expressão. Discurso de Ódio. Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

The objective of this study is to analyze the treatment given by the national jurisprudence to freedom of expression. In order to do so, the author uses the HC 82.424-2/RS, popularly known as Ellwanger Case, which was brought before the Supreme Federal Court. The author assumes that freedom of expression is a fundamental right closely associated with constitutional democracy. Therefore, by inciting odious practices directed to certain segments of society, individualized by their race, ethnicity, religion, gender, or any other attributes that explicit discriminatory intent, hate speech can not be considered as an integral part of the significant core of freedom of expression. In this regard, the Constitution, legislation, and international treaties signed by Brazil exclude the hate speech of our legal system. Nevertheless, the Supreme Federal Court has had extensive discussions about the limits of freedom of expression when confronted by the human dignity or the principle of equality, resulting in a huge divergence in the decisions of the ministers. This is because, here, the acceptance of the idea that the Constitution is a concrete order of ponderable values was given priority, which inevitably leads to the weakening of democracy and defense of the fundamental rights.

**Keywords:** Freedom of expression. Hate speech. Supreme Federal Court.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2</b>	<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....</b>	<b>10</b>
2.1	LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU DISCURSO DE ÓDIO?.....	14
<b>3</b>	<b>DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>20</b>
3.1	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À JURIDICIDADE DA DIGNIDADE HUMANA.....	25
<b>4</b>	<b>HC 82.424-2/RS: O CASO ELLWANGER.....</b>	<b>27</b>
4.1	VOTOS.....	28
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>36</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É ampla a previsão legal da liberdade de expressão dentro do ordenamento constitucional brasileiro, desempenhando posição de extrema relevância. Neste sentido, podemos encontrá-la como pressuposto da liberdade de pensamento (art. 5º, IV), da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, livre de qualquer censura estatal (art. 5º, IX), ou ainda como fundamento do direito ao acesso à informação (art. 5º, XIV), apenas para citar alguns deles. Desta modo, para que possamos analisar o conceito de liberdade de expressão, deveremos levar em consideração a sua estreita relação com os direitos fundamentais e a democracia constitucional.

A dignidade da pessoa humana também importa em um conceito extremamente valioso, de modo que sua importância para a interpretação constitucional é inegável.

Vale destacar que o processo de redemocratização do país e constitucionalização dos direitos fundamentais ainda é recente, o que justifica a sensibilidade de certas questões dentro de nossa sociedade. O certo é que passamos por uma fase de transição da Ditadura Militar, onde a liberdade de expressão era mutilada pela censura de forma tangível e explícita, para o Estado Democrático de Direito, baseado na liberdade e na dignidade humana.

É necessariamente em decorrência desse ajustamento que novas questões, mais complexas e sofisticadas, surgem no cerne da coletividade, exigindo, assim, o seu debate. Uma dessas questões diz respeito à suposta proteção conferida ao discurso de ódio - *hate speech* - pela liberdade de expressão. Neste sentido, o foco desta pesquisa não reside apenas na definição do conceito de discurso de ódio, mas também na compreensão do tratamento dado pela jurisprudência nacional a este tipo de manifestação.

Logo, para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas, como fundamento metodológico, a pesquisa bibliográfica, além do estudo de caso. A pesquisa bibliográfica baseou-se em publicações científicas sobre o discurso de ódio, a liberdade de expressão e a dignidade humana. Já o estudo de caso foi elaborado, em sua totalidade, em torno do julgamento do HC 82.424-2/RS, popularmente conhecido como Caso Ellwanger. Nele se abordou a possibilidade da produção e da

editoração de livros antissemitas serem consideradas como práticas integrantes do tipo “racismo” e, portanto, imprescritíveis de acordo com a Constituição.

Ainda que o debate sobre o discurso de ódio seja algo de extrema importância, é de se considerar a simplicidade do referido caso, já que este poderia ser facilmente resolvido recorrendo-se à ilicitude da prática de racismo já abordada pela própria norma constitucional. No lugar disso, os Ministros do Supremo Tribunal Federal buscaram compreender a questão como um caso de colisão entre os valores da liberdade de expressão e da dignidade humana, de modo que, esta só poderia ser solucionada através do método da ponderação de valores.

Neste sentido, observou-se que, diante da utilização da mesma técnica interpretativa, os Ministros chegaram a conclusões completamente diversas. Isso se deve ao fato de que a própria técnica da ponderação depende, primeiramente, da escolha dos valores que serão avaliados, escolha essa baseada nas próprias concepções dos juízes acerca da finalidade dos valores, e não na tradição axiológica adotada pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, pretendemos demonstrar como essa preferência contribui, justamente, para a manifestação de discricionariedades e arbitrariedades, tais como o entendimento de que no Brasil o discurso de ódio poderia ser tolerado, mesmo diante da explícita proibição contida em nossa Constituição, na legislação e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

## 2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão corresponde a um dos mais relevantes direitos fundamentais garantidos ao homem, sendo, também, uma de suas reivindicações mais antigas. De acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 136), remonta às aspirações liberais do século XVIII, que viam no Estado absolutista um embaraço para a ascensão política e econômica da burguesia. Consequentemente, esses ideais tiveram influência determinante sobre o Bill of Rights de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, quando ocorrem as primeiras demonstrações de positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem.

Atualmente, a liberdade de expressão é amplamente prevista dentro do ordenamento constitucional brasileiro, desempenhando posição de extremo destaque. Neste sentido, a Constituição Federal concebe, explicitamente, a liberdade de expressão em seu art. 5º, IV, ao prever que a manifestação do pensamento será exercida livremente, vedando, contudo, o anonimato.

Outros dispositivos constitucionais também fazem menção à liberdade de expressão, mas de maneira subjacente, como visto no art. 5º, XIV, no qual “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, bem como o art. 220, ao afirmar 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”.

Vale destacar, ainda, o § 2º, do referido artigo, em que se “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, bem como o inciso IX, do já mencionado art. 5º, em que se é garantido a livre “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Se levarmos em consideração o momento histórico em que estava inserida a criação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, torna-se clara a intenção do constituinte em afastar do nosso sistema o fantasma da censura, enfrentada durante anos de regime militar.

Desta maneira, a concepção de liberdade de expressão deve ser entendida da forma mais ampla possível, ou seja, como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, compreendendo não apenas a liberdade de pensamento



ou de opinião, mas também outras, desta derivadas, como a liberdade artística, a liberdade de imprensa e, conseqüentemente, o direito à informação.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 242-243), a Constituição reconhece a liberdade de expressão sob duas dimensões distintas, quais sejam, como pensamento íntimo, ao prever "a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável (art. 5º VI), como a de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º VIII)", e como aspecto externo, "pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento".

Acrescente-se, ainda, que essa exteriorização do pensamento pode se dar entre interlocutores presentes ou ausentes. Nestes termos,

No primeiro caso, pode verificar-se de pessoa a pessoa (em forma de diálogo, de conversação) ou de uma pessoa para outras (em forma de exposição, de conferência, palestras, discursos etc.), interferindo aqui com o direito de reunião e de associação [...]. No segundo caso, pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e particular sigilosa (carta, telegrama, telefone, ligados ao direito à privacidade [...]), ou expressar-se para pessoas indeterminadas, sob a forma de livros, jornais, revistas e outros periódicos, televisão e rádio [...] (SILVA, 2005, p. 244)

Como se vê, incluem-se na liberdade de expressão as mais diversas faculdades, de modo que por ela são tuteladas toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamentos a respeito de qualquer assunto ou qualquer pessoa. Isso porque, por desempenhar uma função negativa, o Estado não poderá estabelecer juízo de valor quanto as ideologias presentes no cerne da sociedade. Portanto, não é o seu papel delimitar quais opiniões devem ser aceitas ou não. De acordo com Mendes e Branco (2014, p. 264-265), não é do crivo estatal instituir o teor do discurso, ainda mais quando este for relativo ao ponto de vista do agente, às suas convicções; este é um encargo que cabe, antes, ao público a que essas manifestações foram direcionadas.

Desta forma, na qualidade de direito fundamental, a liberdade de expressão pretende, sobretudo, que o Estado não exerça censura. De acordo com o texto constitucional, censura representa uma ação governamental prévia, voltada contra o conteúdo de uma mensagem, em que se busca impedir que as ideias nela contidas sejam divulgadas sem que, antes, tenha que passar pela aprovação de um agente estatal. Contudo, como ressaltam Mendes e Branco (2014, p. 264-265), a proibição

da censura não é empecilho para que o indivíduo assuma as consequências, não só cíveis, como também penais, por aquilo que expressou. Trata-se, portanto, de um típico direito de abstenção estatal e, por esta razão, deve ser exercido, via de regra, em face do Poder Público. Desta forma, ordinariamente, a liberdade de expressão não ensejaria uma imposição a ser adotada contra terceiros.

Entretanto, isso não significa dizer que, sob circunstância alguma, não se possa ser exigida pretensão em face de outros indivíduos, uma vez que os direitos fundamentais não se revelam apenas no clássico plano vertical de eficácia, ou seja, aquele firmado entre o Estado e os particulares.

Incontestável o fato de que os direitos fundamentais foram concebidos, inicialmente, com a finalidade de fornecer imunidade ao indivíduo contra os poderes estatais. Contudo, com o passar do tempo, foi se percebendo que muitos dos constrangimentos provocados pelo Estado contra os indivíduos também podiam ser observados nas relações privadas, de sorte que, as razões que, a princípio, ensejaram a proclamação dos direitos fundamentais, podem, atualmente, ser utilizadas para justificar a sua aplicação entre os particulares. Isto posto,

A incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, como o efeito externo, ou a eficácia horizontal, dos direitos fundamentais (a *drittwirkung* do Direito alemão). (MENDES; BRANCO, 2014, p. 176)

Desta forma, os direitos fundamentais não obrigam, tão somente, o Estado a respeitá-los, mas também o sujeitam a atuar no cerne da sociedade para nela predispor as suas premissas, de modo que passem a ser considerados também pelos indivíduos, em suas relações interpessoais.

Não obstante, há de se destacar a lição de Mendes e Branco (2014, p. 266), de que os indivíduos não estão sujeitos aos direitos fundamentais da mesma maneira e intensidade com que eles são impostos às ações do Poder Público. Isso porque, via de regra, a incidência de tais direitos sobre as relações particulares não acontece imediatamente, de maneira automática, mas demanda a mediação dos interesses conflitantes envolvidos no caso concreto, seja ele real ou hipotético.

Neste sentido, podemos citar a questão da publicação de biografias não autorizadas, que, por muito tempo, foi fonte de grande controvérsia no Brasil. Muito se discutiu se a sujeição da veiculação de obras biográficas à prévia autorização do

biografado representaria uma violação da liberdade de manifestação do pensamento, bem como do direito à informação, ou se tal condição não seria, apenas, uma consequência razoável da proteção da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem. Recentemente, este tópico foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir que, havendo conflito entre interesse individual e coletivo, deve-se dar primazia ao segundo, afastando-se assim a exigência de uma prévia autorização para a publicação de biografias.<sup>1</sup>

A incidência da liberdade de expressão entre os particulares também pode ser suscitada nas relações internas de uma empresa de comunicação, por exemplo. Desta forma, jornalistas teriam o direito de contrariar a linha editorial e as pautas ditadas pelas empresas em que se encontram contratados, sob o argumento de estarem no gozo de sua liberdade de manifestação do pensamento? De acordo com Mendes e Branco (2014, p. 266), estaríamos diante de um exercício equivocado da liberdade de expressão, uma vez que, “a se admitir uma tal liberdade *interna corporis*, seria impossível organizar o trabalho editorial, ou preservar uma tendência do periódico, o que é desejável para a livre escolha dos leitores”.

Como pudemos observar, diferentes são os resultados que podem ser obtidos de uma análise minuciosa de um caso concreto, a depender de suas particularidades. Apesar dos tratamentos distintos, o que se viu em comum foi a necessidade de assegurar não só o interesse do indivíduo, mas, principalmente, o da coletividade. Um maneira de se fazer isso é garantindo o direito das pessoas à informação, para que elas tenham acesso aos vários discursos disponíveis para, desta forma, construir uma sociedade mais livre e justa.

O direito à informação, na lição de José Afonso da Silva (2005, p. 245) "indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas", assegurando-lhes, assim, o acesso à argumentos plurais em torno dos assuntos de seu interesses.

---

<sup>1</sup> O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815 e declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. A ADI foi ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), que pugnava pela incompatibilidade das regras contidas nos arts. 20 e 21, do Código Civil, com a liberdade de expressão e de informação. Seguindo o voto da ministra relatora, Cármen Lúcia, a decisão deu interpretação conforme a Constituição da República aos referidos artigos do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação, permitindo a publicação de obras biográficas literárias ou audiovisuais, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada.

E é baseado nessa pluralidade de argumentos que muitas pessoas fazem uso do seu direito constitucional de liberdade de expressão para manifestar ideias odiosas contra certos segmentos da sociedade. Deste modo, fica o questionamento: até que ponto o discurso de ódio pode ser considerado como uma manifestação legítima da liberdade de expressão?

## 2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU DISCURSO DE ÓDIO?

Por prever uma gama variada de modalidades da liberdade de expressão, fica claro que o Constituição não concebeu a esta garantia um caráter absoluto. Desta forma, a liberdade de expressão poderá ser limitada tanto pelas restrições diretamente impostas pelo constituinte, bem como por aquelas resultantes do confronto desse direito com outros, desde que de mesmo *status*.

Por outro lado, vale destacar que, a Carta Magna elaborou um sistema de direitos e garantias fundamentais bastante amplo, contendo tanto valores explícitos, quanto implícitos, de modo que estes últimos não podem ser ignorados ao se avaliar uma possível restrição à liberdade de expressão, ou qualquer outro direito fundamental. Este é o entendimento de Mendes e Branco, ao afirmarem que,

[...] não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 271)

Segundo John Stuart Mill (2017, p. 108), é indispensável ao homem a liberdade para agir de acordo com suas próprias opiniões, adotando-as em sua vida livremente, sem a imposição de óbices por parte de seus semelhantes, contanto que o faça por sua própria conta e risco. Não se pretende, contudo, facultar às ações a mesma liberdade garantida às opiniões, inclusive porque, "mesmo as opiniões perdem sua imunidade quando as circunstâncias nas quais se expressam são tais que constituam uma possível instigação para alguma ação nociva".

Assim sendo, as ações dos indivíduos podem ser, e nos casos mais importantes, precisam ser limitadas, caso elas, de forma injustificável, venham a causar danos à terceiros. A autoproteção seria, então, uma justificativa para que as

peças, individual ou coletivamente, interfiram na liberdade de ação do outro. Desta maneira, pode ser exercido poder sobre qualquer membro da sociedade, contra a sua vontade, desde que com a finalidade de prevenir dano causado a terceiros, ou a si mesmo.

Da mesma forma, Mill (2017, p. 108-109) entende que, caso o outro não seja molestado pela atitude do indivíduo, já que este age segundo a própria inclinação e julgamento, em assuntos que dizem respeito a ele próprio, e em decorrência da liberdade de opinião, é razoável que se lhe permita, sem aborrecimentos, que leve à prática as suas opiniões. Esta garantia seria, justamente, o principal ingrediente para o progresso do homem, tanto individual quanto social.

Neste sentido, atentando-se ao conceito de dano pensado por Mill, mensagens que tenham o potencial de provocar reações violentas de quebra de ordem representam um limite iminente à liberdade de expressão, em decorrência do perigo claro e imediato por elas causado.

Logo, dessa doutrina, podemos concluir que palavras belicosas, também conhecidas por *fighting words*<sup>2</sup>, também estão excluídas dos limites internos da liberdade de expressão.

*Fighting words* são palavras que, por sua própria expressão, infligem ferimentos ou tendem a incitar o ódio ou a violência em seus alvos, a fim de causar uma ruptura imediata da paz. Sendo assim, tais enunciados não têm a capacidade de constituir parte essencial de qualquer exposição de ideias que seja, de modo que alguma relevância que possam ter para a manifestação do pensamento é compensada pelo interesse social em ordem e moralidade. Não devem, contudo, ser confundidas com as formas mais incisivas de manifestação do pensamento, ou até mesmo grosseiras. Neste sentido, Mendes e Branco entendem que,

Palavras que configuram estopins de ação, em vez de pautas de persuasão, não se incluem na garantia constitucional. Isso não pode significar, contudo, que as palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito de

---

<sup>2</sup> A doutrina das *fighting words* foi desenvolvida primeiramente pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, em 1942, para, então, ser adotada por outros ordenamentos ao redor do mundo. Walter Chaplinsky, uma Testemunha de Jeová, estava distribuindo panfletos religiosos e chamando outras religiões de "racket". Depois que uma grande multidão começou a bloquear as ruas, causando uma verdadeira comoção, um policial removeu Chaplinsky do local para levá-lo à sede da polícia. Ao ver o marechal da cidade, Chaplinsky passou a atacá-lo verbalmente, com frases como "You are a God damned racketeer" e "a damned Fascist and the whole government of Rochester are Fascists or agents of Fascists", fato que motivou a sua prisão. Os detalhes estão em MENDES; BRANCO, 2014, p. 273.

proteção da liberdade de expressão. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidades de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando o mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. No caso desviado da Constituição, essa perspectiva não existe. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 273)

Da mesma maneira, o discurso de ódio não é tolerado pelo nosso ordenamento jurídico. Apesar do estudo de tal fenômeno ainda ser recente entre nós, já se trata de matéria pacificada jurisprudencial e doutrinariamente em diversos países, vindo deles também a sua denominação, *hate speech*. Tal discurso apresenta como elemento central a manifestação do pensamento que desqualifica, humilha e degrada indivíduos, e grupos sociais, particularizados por atributos raciais, étnicos, religiosos, de gênero ou qualquer outro que explicita a intenção discriminatória do interlocutor. Como bem destacam Mendes e Branco (2014, p. 274), a hostilidade busca interferir na maneira como o alvo se enxerga e posiciona dentro da comunidade, favorecendo, assim a promoção da sua exclusão social.

Esse tipo de manifestação contribui para a construção de mecanismos que perpetuam certo tipo de hierarquia social, deixando a determinados grupos a qualidade de cidadãos de segunda classe.

Por, supostamente, ser um desdobramento da liberdade de expressão, faz-se necessário delimitar o conteúdo, bem como a forma pela qual é propagado o discurso de ódio. Segundo Jeremy Waldron (2010, p. 1601), quando pensamos na imposição de restrições ao discurso de ódio, devemos nos ater as formais mais tangíveis de comunicação, uma vez que, são estas que perdurarão no tempo de maneira a maximizar seus efeitos nocivos na sociedade.

Assim, ainda que a palavra veiculada oralmente traga um impacto imediato, há de se considerar que, caso ela seja impressa e publicada, poderá provocar um dano particularmente mais grave, já que seus efeitos permanecerão ao longo do tempo, de maneira continuada.

De acordo com Waldron (2010, p. 1628), o escárnio, hostilidade e abuso encorajados pelo discurso de ódio tem um impacto particularmente negativo sobre o senso de autoestima e aceitação do indivíduo alvo, uma vez que imprimem na opinião da sociedade que os membros de determinados grupos não são dignos da mesma cidadania.

Esse impacto pode fazer com que os membros do grupo alvo tomem medidas drásticas como resposta, muitas vezes evitando atividades que os levem a entrar em contato com membros não pertencentes ao seu grupo, suprimindo certos atributos pela adoção de atitudes e posturas melhor aceitas pela sociedade, possibilitando-os, assim, se misturar com a maioria, ou até mesmo partindo para a prática de atos mais extremos ou violentos.<sup>3</sup>

Waldron (2010, p. 1627) entende que as pessoas, em sua generalidade, sabem que podem razoavelmente contar que não serão discriminadas, humilhadas, ou aterrorizadas em suas atividades cotidianas. A segurança que elas sentem em seus direitos básicos as permitem enfrentar o convívio social sem os riscos elementares que a interação envolveria caso não pudessem contar com os seus semelhantes para agir com justiça.

Desta forma, o discurso de ódio também tem o poder de interferir na forma como os indivíduos percebem a manutenção da garantia de que continuarão a ser tratados como cidadãos de direito. Seu ponto é negar esta garantia implícita aos membros de grupos vulneráveis, minando-a, questionando-a e contaminando-a com expressões visíveis de ódio, exclusão e desprezo. E assim, o que antes estava tacitamente assegurado, agora está visivelmente contestado, de modo que, um simples ato desempenhado por um membro de um grupo minoritário, como passear de mãos dadas com sua família, ou usar algum tipo de vestimenta, passa a ser um verdadeiro desafio.

O status dos grupos minoritários, como membros iguais de uma sociedade multirracial, multiétnica ou religiosamente diversa, não é algo que podemos tomar como certo. Como bem assevera Waldron (2010, p. 1629), na realidade, esta é uma conquista ainda recente e, portanto, bastante frágil. Para reforçá-la se faz extremamente necessário que esta garantia seja transmitida de maneira implícita e onipresente, para que, assim, possa ser facilmente aceita, de modo que as pessoas que antes se sentiam inseguras, indesejáveis ou marginalizadas possam colocar essa

---

<sup>3</sup> Um bom exemplo é o Partido dos Panteras Negras (em inglês, *Black Panthers Party*), polêmico grupo revolucionário americano, surgido na década de 1960, com o propósito de lutar pelos direitos da população negra. Um dos pontos mais problemáticos da doutrina adotada pelo grupo era o armamento das comunidades negras. Tal posicionamento foi resultado dos constantes atos de violência e brutalidade policial a que estavam submetidos cotidianamente. Por isso mesmo, a ação inicial do grupo voltou-se, principalmente, contra os atos repressivos da polícia.

insegurança fora de suas mentes e se concentrar no que lhes interessa na interação social; seu desenvolvimento físico, intelectual e psicológico.

Waldron (2010, p. 1639) critica, ainda, a analogia criada entre a plena liberdade de expressão e os mercados livres na esfera econômica. Seus defensores acreditam que, a longo prazo, o mercado livre das ideias seria capaz de gerar a verdade, ou a aceitação da verdade, mas desde que seja deixado em seus próprios termos, sem qualquer interferência. Para o ilustríssimo autor, isso seria mais uma superstição do que uma analogia, propriamente dita.

Os economistas entendem a razão pela qual os mercados econômicos são capazes de produzir algumas coisas boas e não outras; ainda que possa produzir eficiência, os mercados são incapazes de produzir justiça distributiva, podendo, muitas vezes, até mesmo prejudicá-la. Nesta perspectiva, Waldron (2012, p. 1639) questiona-se: no caso do mercado das ideias, a verdade é o análogo da eficiência, no estrito sentido econômico, ou análogo da justiça?

Ainda que a total ingerência seja, realmente, um fator preocupante, isso não quer dizer que o choque de ideias contrárias deva ser refreado a qualquer custo, muito pelo contrário. Para Mill (2017, p. 109), os homens não são infalíveis e suas ideias, da mesma maneira, podem se afigurar equivocadas, de maneira que, a unidade de opinião não apresenta qualquer valor para a evolução cognitiva da humanidade, destacando a necessidade da diversidade de pontos de vista para a sua construção.

A busca pela verdade justificaria a tolerância com o pensamento contrário. Se uma ideia é falsa, a argumentação trazida pela ideia contrária é essencial para elucidar o erro daquela, contribuindo para uma profunda percepção da verdade, fazendo com que esta se fortaleça ainda mais na sociedade. A ideia falsa estaria prestando um favor para a ideia "verdadeira". Em contrapartida, caso a verdade seja dividida entre duas doutrinas que, inicialmente, aparentavam ser conflitantes, a opinião independente será necessária para suprir o restante da verdade, da qual a doutrina prevalente só incorpora parcialmente. Mais uma vez, a livre manifestação do pensamento serviu para o debate público, resgatando a sociedade de uma perpétua estagnação intelectual. Neste sentido,

[...] a humanidade não é infalível; que suas verdades, na maior parte, são apenas meias verdades; que uma unanimidade de opinião, a não ser que resulte da maior e mais livre comparação entre opiniões opostas, não é desejável; que a diversidade não é um mal, mas um bem, até que a humanidade esteja muito mais capacitada do que atualmente para



reconhecer todos os lados da verdade, são princípios aplicáveis aos modos de agir do homem, não menos do que o são suas opiniões. Assim como é útil que, enquanto a humanidade é imperfeita, deva haver opiniões diferentes, da mesma maneira deve haver diferentes experiências de vida; diferentes campos de ação deveriam corresponder às variedades de caráter, menos o de injuriar os outros [...] (MILL, 2017, p. 109)

Desta maneira, a liberdade de expressão deve valer de estímulo para a evolução e libertação da sociedade, podendo ser restringida, nas palavras de Mendes e Branco (2014, p. 271), quando “puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano”.

Nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é valor indispensável para a concretização do Estado democrático e, portanto, essencial para a adequada compreensão de qualquer direito fundamental. Para que a liberdade de expressão sirva de instrumento de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, há que ser considerado o indivíduo como sujeito com valor intrínseco, em condição de igualdade com os seus pares. Quando a pessoa é reduzida a condição de objeto, servindo, unicamente, como meio para a satisfação de algum interesse, há claro desrespeito ao princípio.

Fica claro que, por objetivar inviabilizar a participação ativa na sociedade de seus setores minoritários, o discurso de ódio não encontra consonância com o atual momento vivido pelo princípio da dignidade humana, comprometido com a justiça e a segurança da população quanto aos seus direitos básicos. Neste sentido, Mendes e Branco (2014, p. 274) concluem que “a contumaz desqualificação que o discurso de ódio provoca tende a reduzir a autoridade dessas vítimas nas discussões de que participa, ferindo a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão”.

### 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na cultura ocidental, o primeiro sentido atribuído à dignidade – *dignitas* – estava associado ao status pessoal de determinados indivíduos, bem como à eminência de algumas instituições. Desta forma, na lição de Luís Roberto Barroso (2012, p. 132), quando relacionado ao status pessoal dos indivíduos, a dignidade buscava representar a posição política ou social derivada do exercício de certas funções públicas, bem como o reconhecimento geral de suas realizações pessoais ou de sua probidade moral. Por outro lado, quando associada às instituições, como o Estado, a coroa, ou até mesmo o soberano, buscava-se referenciar a superioridade de seus poderes.

Como se vê, a *dignitas* era pressuposto de uma sociedade hierarquizada, onde o seu conceito estava associado ao status superior de alguns indivíduos, de modo a conceder-lhes tratamento diferenciado, direitos exclusivos e privilégios não concedidos aos demais cidadãos.

Diante do exposto, não parece razoável a conclusão de que a atual ideia de dignidade humana seja um produto da evolução histórica do conceito de *dignitas*. Na realidade, a noção contemporânea é resultado de uma história diferente, que desenvolveu-se paralelamente àquela e, portanto, não exclui a antiga.

O valor intrínseco atribuído a cada ser humano, independentemente de qualquer condição limitativa, é pressuposto para a atual aceção do conceito de dignidade humana. Segundo Barros (2012, p. 132), o desenvolvimento desta compreensão iniciou-se com o pensamento clássico e teve como marcos essenciais a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o pós-Segunda Guerra Mundial.

Sob a perspectiva religiosa, o núcleo ideológico da dignidade da pessoa humana foi introduzido pela Bíblia Judaica, em livros como o Gênesis e o Levítico, onde a criação do homem é atribuída à Deus, que o fez à sua imagem e semelhança, impondo-lhe, também, o dever de amar seu próximo assim como a si mesmo. Tais premissas foram repetidas e reforçadas pelo Novo Testamento cristão, como pode ser observado em evangelhos como o Efésios e o de Mateus.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Gênesis 1:27: E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou. Levítico 19:18: [...] amarás o teu próximo como a ti mesmo. Eu sou o Senhor. Efésios 4:24: E vos revistais do novo homem, que segundo Deus é criado em verdadeira justiça e santidade. Mateus 22:39: E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo.

Desta forma, a dignidade do homem estava atrelada à figura central de Deus, de modo que, poderia ser afastada à medida que se observasse a necessidade de satisfação da “vontade divina”.<sup>5</sup>

Contudo, como bem explicita Luís Roberto Barroso (2012, p. 133), foi somente com o Iluminismo que surgiu a ideia da centralidade do homem, ao lado de outros ideais, como o individualismo, o liberalismo e o incentivo à ciência. Essa conjuntura possibilitou a derrocada do autoritarismo, da superstição e da ignorância que, até então, estabelecia-se no cerne das sociedades medievais, através da manipulação da fé e da religiosidade.

Além dos referidos marcos religiosos e filosóficos, Barroso (2012, p. 134) aponta ainda um marco histórico que desempenhou papel significativo para a concretização do atual conceito da dignidade humana; as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e as reações provocadas no período imediatamente posterior ao seu fim. Na reconstrução do mundo arruinado, tanto fisicamente, quanto moralmente, pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi o elemento central do discurso político dos vitoriosos, que a viam como uma das bases para a tão esperada paz, democracia e proteção dos direitos humanos.

De acordo com Barroso (2012, p. 134-135), do plano político, a dignidade passou, então, para o discurso jurídico, principalmente em razão de dois fatores. O primeiro foi a sua inclusão em diversos tratados e documentos internacionais, bem como em várias constituições nacionais<sup>6</sup>. O segundo fator foi a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, reaproximada da moral e da filosofia política, em que a interpretação das normas legais é vigorosamente influenciada por fatos sociais e valores éticos.

Ante ao exposto, torna-se evidente o conceito plurifacetado da dignidade humana, estando presente na religião, na filosofia, na política e, obviamente, no direito. Para Barroso (2012, p. 153), há uma razoável consonância de que a dignidade humana “constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições”.

---

<sup>5</sup> Também chamada de Santo Ofício, a Inquisição foi um tribunal eclesiástico criado na Idade Média pela Igreja Católica responsável pela perseguição, julgamento, e punição de pessoas acusadas de heresias, bem como vigiar os judeus e muçulmanos convertidos ao cristianismo. Entre os seus métodos de punição podem ser citados a tortura, a pena de morte, assim como a fogueira.

<sup>6</sup> Estão inclusas, entre outras, as constituições da Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, Brasil, Israel e Suécia. Outros países referem-se à dignidade no preâmbulo de suas constituições, como a Irlanda e o Canadá. BARROSO, 2012, p. 134.

Para Barroso (2012, p. 156), na condição de valor ubíquo e eclético, a dignidade humana pode desempenhar diferentes papéis dentro do ordenamento jurídico, de modo que, dentre eles, dois se destacam.

O primeiro é o papel informativo, onde a dignidade funciona como fonte de direitos e deveres, incluindo entre estes os não expressamente enumerados, mas que são amplamente reconhecidos pelas sociedades democráticas bem ordenadas. O segundo papel fundamental é o interpretativo. Por figurar no núcleo essencial dos direitos fundamentais, tais como a igualdade, a liberdade, e a privacidade, a dignidade humana indicará, necessariamente, a interpretação dos supramencionados direitos fundamentais, contribuindo, assim, para a delimitação de seu significado nos casos concretos.

Neste sentido, Barroso (2012, p. 157) entende que a classificação da dignidade humana como um direito constitucional autônomo não parece ser o melhor enfoque. Isso porque, a dignidade humana é o sustentáculo de todos os direitos verdadeiramente fundamentais, bem como a fonte de parte de seu conteúdo essencial, de modo que, considera-la como um direito em si provar-se-ia contraditório. Ademais, na condição de direito fundamental específico, a dignidade, impreterivelmente, teria que ser estimada diante dos outros direitos fundamentais, impondo-lhe uma posição mais fraca do que teria caso continuasse sendo utilizada como um critério externo de resolução de colisão de direitos.

Como se vê, a dignidade humana e os direitos fundamentais estão estritamente vinculados e, ainda assim, não se confundem. Para Barroso, eles representam as duas face de uma moeda,

Um, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito; contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de Direito ou, como assinalado por Jürgen Habermas, "uma fusão do conteúdo moral como o poder de coerção do Direito". (BARROSO, 2012, p. 162)

A elaboração de um conceito para a dignidade humana não é uma tarefa simples, de modo que, para pôr em prática esse propósito, devemos aceitar a adoção de uma noção aberta, plástica e plural. Buscando suprir essa lacuna, Barroso (2012, p. 160) elaborou uma concepção minimalista, em que a dignidade humana identifica "(1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de

cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estaduais”.

No plano filosófico, o valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade humana, vinculado à natureza do ser. Desta forma, tal valor opõe-se ao valor atribuído, ou instrumental, já que é um valor bom em si mesmo e, por esta razão, imensurável. Dele decorrem ainda dois postulados, um antiutilitarista, e o outro antiautoritário. O primeiro se manifesta na máxima de que o homem é um fim em si mesmo e, conseqüentemente, não pode servir meramente como meio para realização de projetos pessoais ou metas coletivas; o segundo, de que o Estado existe em razão do indivíduo, e não o inverso. Desta forma, a dignidade humana é um valor objetivo, ou seja, independe de qualquer evento ou circunstância, não cabendo ao Estado a capacidade de concedê-los ou extingui-los, mesmo diante das condutas mais infames.

O valor intrínseco serve como fundamento para um conjunto de direitos fundamentais. Um desses direitos é a igualdade perante a lei e na lei. Todos os indivíduos têm igual valor e, portanto, são merecedores do mesmo respeito e consideração, de sorte que, a proibição de discriminações contra raça, cor, etnia, gênero ou sexualidade, e o respeito pela diversidade cultural, religiosa e social são medidas que se impõem.

Já a autonomia refere-se ao elemento ético da dignidade humana. É a razão do livre arbítrio dos seres humanos, que lhes permite determinar, em seus próprios termos, as regras que conduzirão as suas vidas. De acordo com Barroso (2012, p. 168), para que possa ser exercido, a autonomia exige o preenchimento de alguns pressupostos, como a razão, a independência e a escolha.<sup>7</sup>

Desta forma, a autonomia equivale à capacidade dos indivíduos de decidir e escolher, no decorrer de suas vidas, o que melhor se adequa a sua concepção de bem, sem interferências externas descabidas. No plano jurídico, a autonomia é pressuposto de vários direitos fundamentais relacionados ao constitucionalismo democrático, podendo ser dividida em três grandes categorias; a autonomia privada, incluindo as liberdades básicas, a autonomia pública, relacionada ao direito de

---

<sup>7</sup> O indivíduo precisa estar no gozo de suas capacidades mentais, livre de qualquer ação coercitiva, ou manipulativa, bem como diante da existência de uma boa oferta de alternativas. A ausência de qualquer um desses elementos é caso de afastamento de uma real autonomia. Para mais detalhes, remeta-se ao texto BARROSO, 2012.

participação política, e o mínimo existencial, que visa garantir aos indivíduos condições mínimas de vida.

A autonomia privada significa o autogoverno dos indivíduos e serve de fundamento para as liberdades civis e individuais, tais como a liberdade de religião, de expressão, de associação, bem como os direitos sexuais e reprodutivos, que exigem a proteção do indivíduo contra interferências estatais abusivas. Vale destacar que a autonomia está presente, unicamente, no núcleo essencial destas liberdades e direitos, não estendendo-se por todo o restante de seu conteúdo. Desse modo, Barroso (2012, p. 169) conclui que restrições justas não representam uma violação à dignidade humana, até mesmo porque podem haver embates entre a autonomia de mais de um indivíduo.

Por outro lado, a autonomia pública está associada à uma liberdade republicana, ligada à cidadania e à participação dos indivíduos na vida política. A democracia é uma associação para o autogoverno e exige, necessariamente, a mediação entre a vontade coletiva e a do cidadão individual. Desta forma, cada cidadão tem o direito de participar do governo, direta ou indiretamente, o que implica nos direitos de votar e ser votado, ser membro de movimentos políticos e sociais e, principalmente, o direito à livre participação do debate público.

Por fim, no conceito de autonomia, está incluso também a ideia de mínimo existencial. De acordo com Barroso (2012, p. 171) em nome da autonomia, as escolhas não podem estar sujeitas apenas pelas necessidades pessoais, de sorte que, “para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção”.

O último fundamento da dignidade humana, conhecido como valor comunitário, ou heteronomia, corresponde ao elemento social da dignidade. O ser humano é um sujeito social, de modo que, sua autonomia pessoal pode sofrer restrições quando confrontada pelos valores, costumes e direitos das outras pessoas, tão livres e iguais quanto ele, bem como pela regulação estatal coercitiva. Como se vê, o indivíduo vive dentro de sua autonomia, de uma comunidade e de um Estado. Estas três formas de ordem social são interdependentes e, todavia, vivem em constante tensão. O grande questionamento que surge desse embate é saber quando, e em que grau, essas restrições às ações dos indivíduos podem ser consideradas legítimas do ponto de vista constitucional. Barroso (2012, p. 175) entende que são três os objetivos que

justificam o uso do valor comunitário como uma restrição sobre a autonomia pessoal, quais sejam, “(1) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; (2) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e (3) a proteção dos valores sociais compartilhados”.

O primeiro objetivo visa a limitação da autonomia pessoal, através de sanções cíveis e penais, como forma de impedir comportamentos nocivos contra valores e interesses, tais como a vida, a integridade física e psíquica, a propriedade, entre muitos outros. Os outros dois objetivos, como bem destaca Barroso (2012, p. 175-176), implicam em graves riscos de paternalismo e moralismo, de modo que, os limites de sua intervenção devem ser definidos cuidadosamente, para que ela possa ser considerada legítima.

O discurso de ódio, por exemplo, é uma questão bastante sensível dentro do plano comunitário da dignidade humana. Ainda que na maioria dos países democráticos tal discurso não seja recepcionado como parte integrante da proteção reservada à liberdade de expressão, há que se destacar que a imposição coercitiva de valores externos a fim de limitá-lo deverá acontecer de forma fundamentada, levando-se em consideração não somente o direito fundamental atingido, mas, também, a existência de um dano iminente para terceiros ou para a própria pessoa, bem como o grau de consenso social sobre a matéria. Neste sentido, Barroso entende que,

O papel do Estado ao interpretar os valores comunitários é acolher aqueles que são mais genuinamente compartilhados pelas pessoas e evitar, sempre que possível, escolher lados em disputas moralmente divisivas. Uma boa razão para essa abstenção é que permitir que um grupo imponha suas concepções morais sobre outros representa uma afronta ao ideal segundo o qual todos os indivíduos são livres e iguais. (BARROSO, 2012, p. 181)

Em situações de conflito envolvendo manifesta questão moral, a melhor atitude a ser tomada pelo Estado é tentar estabelecer um regime jurídico em que ambas as partes possam exercer a sua autonomia pessoal, desde que tal combate restrinja-se ao domínio das ideias e do convencimento racional.

### 3.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À JURIDICIDADE DA DIGNIDADE HUMANA

Ainda que o uso da dignidade humana como conceito jurídico seja amplamente aceito nas democracias ocidentais, não podemos dizer que isso se trata de uma unanimidade. De acordo com Barroso (2012, p. 150), os argumentos de seus detratores podem ser divididos em três linhas básicas.

O primeiro argumento é de natureza formal, e defende que a dignidade humana só pode fazer parte da argumentação jurídica de um Estado caso seja expressamente prevista pelo seu texto constitucional. Neste sentido, vale destacar que todas as constituições trazem valores e ideias implícitas, ou seja, sem inclusão textual expressa e, ainda assim, servem de inspiração para várias de suas disposições. Uma demonstração disso poder ser observado na Convenção Europeia de Direitos Humanos, que não traz em seu texto qualquer menção à dignidade humana e, no entanto, as instituições por ela criadas, com especial destaque à Corte Europeia de Direitos Humanos, têm utilizado esse conceito em muitas das suas decisões.

O segundo argumento é de ordem política e ideológica, e reprova o uso da dignidade humana no discurso jurídico de países em que ela não esteja enraizada em sua tradição legal. Da mesma forma que na objeção anterior, essa também pode ser afastada. Há um grande esforço entre as democracias constitucionais na busca de um equilíbrio entre os direitos fundamentais e os valores comunitários e, embora caiba ao processo político definir quais os limites a serem empregados, é certo afirmar que a dignidade humana pode ser encontrada nos dois lados da equação. Isso se deve ao fato deste valor fazer parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por isso mesmo, deles não poder ser afastada.

Por fim, o terceiro argumento defende que a dignidade humana é um conceito sem significado suficientemente específico e, devido a sua vagueza, está sujeita às manipulações do totalitarismo e do paternalismo. De fato, por ser uma ideia complexa, a dignidade humana pode ser submetida a abusos e a má utilização. Para que isso seja evitado, Barroso (2012, p. 153) destaca a necessidade de se determinar um conteúdo mínimo para a dignidade humana e assim garantir o seu emprego como um conceito significativo e coerente, compatível com o livre arbítrio, a democracia e a laicidade.



#### **4 HC 82.424-2/RS: O CASO ELLWANGER**

A história do caso teve início quando, em 12 de novembro de 1991, o Ministério Público do Rio Grande do Sul aceitou denúncia realizada contra o Senhor Siegfried Ellwanger, sob a acusação de editar e distribuir obras que abordam e sustentam mensagens de conteúdo antissemita, racista e discriminatório, a fim de incitar e induzir a discriminação racial, despertando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e intolerância contra os indivíduos de origem judaica.

A denúncia, então, foi recebida, dois dias depois, pela 8ª vara criminal de Porto Alegre/RS. Contudo, Siegfried Ellwanger foi absolvido de todas as acusações em primeira instância, uma vez que o referido Juízo entendeu que a conduta do acusado estava protegida pelo direito constitucional de liberdade de expressão.

Diante da negativa, os assistentes de acusação interpuseram recurso à 3ª câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, logrando êxito, já que, por unanimidade, os desembargadores reformaram a decisão monocrática, condenando Ellwanger ao cumprimento de dois anos de reclusão. Desta decisão a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça na expectativa de desconstituir a imprescritibilidade do ato que motivou a condenação de Ellwanger. Como exceção do Ministro Edson Vidigal, a Quinta Turma do STJ manteve o acórdão atacado.

Denegado o remédio constitucional no STJ, os advogados de Siegfried Ellwanger impetraram, em 12 de setembro de 2002, no Supremo Tribunal Federal o habeas corpus que motivou o presente trabalho.

A ação criminal baseou-se no art. 20, caput, da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90; este foi o fundamento utilizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao habeas corpus, este teve por fundamento a tese de que os judeus não são uma raça, o que desconstituiria o crime de racismo praticado por Ellwanger. Este teria cometido o crime de “simples discriminação”, de modo que, em decorrência do decurso do tempo, o fato já estaria prescrito.

O debate no Supremo fixou-se em torno de dois pontos principais, quais sejam, a delimitação do significado da palavra “racismo”, bem como a suposta colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, podendo esta ser superada por meio da ponderação.

#### 4.1 VOTOS

A tese da impetração do advogado de Ellwanger não buscava discutir o mérito da condenação por discriminação. Na realidade, o que se tentava afastar era a imprescritibilidade prevista por norma constitucional para a prática de crime de racismo. Segundo a defesa, a condenação nos termos no art. 20, §1º, da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90, não decorria, necessariamente, da prática de racismo, até mesmo porque a conduta do paciente era voltada contra os judeus, e estes não poderiam ser caracterizados como uma raça.

Neste sentido, o Ministro-relator Moreira Alves delimitou a grande questão a ser resolvida naquele processo:

Assim, a questão que se coloca neste "habeas corpus" é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão "racismo", cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis (BRASIL, 2003, p. 11)

Da leitura do art. 5º, XLII, da Constituição, podemos perceber a legitimidade da controvérsia instaurada, já que a referida norma constitucional, além de sucinta, não traz qualquer definição de racismo em sua dicção: "A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Na tentativa de solucionar a contenda, o Ministro Moreira Alves buscou dar uma interpretação restritiva para o termo "racismo". Para o ilustre magistrado, o crime de racismo não teria a capacidade de incorporar toda e qualquer forma de preconceito em seu conteúdo, posto que, por mais amplo que possa ser entendido, o racismo ainda não abrangeria, obviamente, a discriminação quanto à idade ou ao sexo, por exemplo. Como forma de justificar a rigorosidade de sua interpretação, o Ministro recorreu à imprescritibilidade contida em sua tipificação legal, que não alcançava sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo.

Desta forma, utilizando-se da interpretação histórica da Constituição, buscando nos debates parlamentares a vontade do Constituinte, o Ministro chegou à conclusão

que o termo racismo, contido no dispositivo constitucional, refere-se apenas ao preconceito cometido contra a raça negra:

O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para a interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. (BRASIL, 2003, p. 13)

Justifica-se utilizando as razões da Emenda Aditiva 2P00654-0, do constituinte Carlos Alberto Caó, que deu origem ao art. 5º, XLII, da Constituição Federal, no sentido que mesmo àquele momento, passados quase cem anos da abolição da escravidão, a discriminação racial voltada contra a população formada por negros, e seus descendentes, continuava a privá-los do exercício da cidadania em sua plenitude.

Continua no sentido que o conceito de raça estava assentado nas diferentes características físicas dos grupos humanos, o que permite distingui-los em três grandes categorias; a branca, a amarela e a negra, ou seja, caucasiana, mongoloide e negroide.

Finaliza o seu voto apresentando o posicionamento de autores judeus, a fim de demonstrar que a própria comunidade judaica não se considerava uma raça, mas um povo. Neste sentido, conclui seu voto:

Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime de por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. [...] Em face do exposto, defiro o presente "habeas corpus" para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (BRASIL, 2003, p. 21-22)

Em seu voto-vista, o Ministro Maurício Côrrea reiterou as considerações do relator quanto a certeza de que os judeus não seriam uma raça, segundo a visão tradicional, bem como de que a proposta da Constituinte para que o crime de racismo fosse considerado imprescritível tinha sido de autoria do então deputado Caó, razão pela qual teve apoio da comunidade negra no Brasil.

Parte então para a elucidação de várias passagens bíblicas, como o êxodo para o Egito, e até mesmo a morte de Jesus Cristo, cuja a causa é popularmente atribuída

aos judeus, como forma de mostrar que esse grupo sempre foi perseguido e discriminado no decorrer da história.

Chega, então, ao ponto central de sua argumentação: o termo “racismo” foi pensado por todos os constituintes de modo restritivo, ou buscando um elastério maior, de modo a incluir a discriminação contra outros segmentos da sociedade brasileira?

Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela? Teria sido essa a *mens legislatoris* ou pelo menos a *mens legis*? (BRASIL, 2003, p. 29-30)

Valendo-se de pesquisas atualíssimas sobre o genoma humano, o Ministro Maurício Côrrea concluiu que a genética afastou de vez o tradicional conceito de raça utilizado pelo Ministro-relator, de modo que esta não pode mais ser vista como um conceito biológico, mas social.

Neste sentido, o racismo manifesta-se pela desvalorização de certos grupos humanos, singularizados por características sociais semelhantes, a fim de configurar uma raça distinta da dominante, a qual se deve dispensar tratamento desigual. Desta forma, ainda que, sob o ponto de vista científico não haja qualquer subdivisão da raça humana, o racismo permanece enquanto fenômeno social, de modo que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, devendo ela ser levada em conta para a adequada aplicação do direito:

[...] o racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto. (BRASIL, 2003, p. 43-44)

Por outro lado, a maioria da corte entendeu ter ocorrido uma colisão entre os valores da liberdade de expressão e a dignidade humana, de modo que o suposto problema só poderia ser solucionado através da ponderação proporcional destes.

Tal como o Ministro Maurício Côrrea, Gilmar Mendes também compreendeu o racismo como um fenômeno social e histórico, e que, por esta razão, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial tradicional de raça. Assim, concluiu pelo caráter racista do antissemitismo.

Superada essa análise, o Ministro passou a discutir a articulação entre o racismo e o direito de liberdade de expressão, nos termos da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, suscitou a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade para delimitar os limites do discurso de ódio:

[...] a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto - diria inevitavelmente aberto - da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2003, p. 132)

Deste modo, passou a teorizar sobre os limites do livre exercício da liberdade de expressão, sem que esta conduza à intolerância e ao racismo, em detrimento da dignidade humana, do regime democrático e dos valores inerentes a uma sociedade plural. De acordo com o Ministro, para alcançar esse meio termo, se faria necessário a aplicação de máximas que integram o princípio da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, como destaca José Emílio Medauar Ommeti (2016, p. 50-51), ante ao conflito entre dois bens constitucionais opostos, deve-se investigar se o ato impugnado foi apto para produzir o resultado desejado, se é insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficiente, bem como se há uma relação de equilíbrio entre o grau de restrição de um princípio e o de realização do outro.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, apesar da incontestável proteção concedida à liberdade de expressão, é inegável que tal liberdade não alcança a intolerância racial e muito menos o estímulo à violência. Ante ao exposto, indeferiu o habeas corpus, por entender que a decisão condenatória não havia violado o princípio da proporcionalidade.

Contudo, utilizando-se do mesmo princípio, o Ministro Marco Aurélio chegou a uma conclusão completamente diferente da esboçada por Gilmar Mendes.

Para o Ministro Marco Aurélio, o princípio da liberdade de expressão, tal como os demais princípios que estruturam o sistema dos direitos fundamentais, não pode ser considerado absoluto, de sorte que para encontrar o seu limite faz-se necessário

o uso do princípio da proporcionalidade. E, utilizando-se do método oferecido por este princípio, chegou à conclusão de que a condenação do paciente havia sido excessiva, desproporcional. Mas, como é possível que, diante do mesmo caso, das mesmas provas, da mesma descrição da situação e, não menos importante, do uso do mesmo método, os dois Ministros tenham chegado a resultados tão discrepantes?

Isso se deu porque, segundo o Ministro Marco Aurélio, no caso concreto, tanto o livro do paciente quanto os livros por ele editados não teriam a capacidade de incitar a prática discriminatória contra seus alvos, servindo, no máximo, como um exemplo de raciocínio extremado, gerando efeito exatamente contrário ao da propagação racista.

Alega, ainda, que o antissemitismo não é uma prática reiterada no Brasil, de modo que a divulgação de ideias preconceituosas contra os judeus não seria capaz de incitar o ódio contra este grupo:

Nesses termos, seria mais facilmente defensável a ideia de restringir a liberdade de expressão se a questão deste habeas resvalasse para os problemas cruciais enfrentados no Brasil, como, por exemplo, o temo da integração do negro, do índio ou do nordestino na sociedade. Em relação a tais pontos, percebe-se claramente o preconceito arraigado em nossa comunidade, capaz de predispor-la a transformar em atos violentos de discriminação as ideias de intolerância lançadas eventualmente em um livro. (BRASIL, 2003, p. 369)

Neste ponto, faz-se necessário realizar algumas considerações. A primeira diz respeito a afirmação do Ministro Marco Aurélio de que no Brasil sempre houve tolerância em relação aos judeus. De acordo com Ommeti (2016, p. 149-150), a declaração do Ministro não encontra respaldo histórico, já que,

[...] as práticas racistas contra os judeus iniciam-se no Brasil, vindas de Portugal, que sofreu influência da Espanha. Na Espanha, o início das práticas racistas ocorre com o Edito de Toledo, de 1449, que fazia a distinção entre "limpos de sangue" e a "raça infecta". Para os espanhóis e, posteriormente, para os portugueses e brasileiros do Brasil Colônia, os "limpos de sangue" eram os que não tinham na família nenhum membro pertencente às raças ditas impuras, cujo sangue manchava. Uma dessas raças era a judaica. No Brasil Colônia, além do judeu, também eram considerados de raça impura os negros, mestiços e indígenas. Também o judeu convertido ao catolicismo, denominado de cristão-novo era considerado impuro. (OMMETI, 2016, p. 150)

A segunda consideração diz respeito à própria concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal, facilmente observada no caso sob análise, de que a

Constituição seria uma ordem concreta de valores, sendo, com base nessa proposta, aceitável ponderar direitos fundamentais.

Nas palavras de Ommeti (2016, p. 180), quando tratamos os direitos fundamentais como valores, podemos estar contribuindo, paradoxalmente, para a sua desvalorização.

Contudo, como bem assinala Ommeti (2016, p. 180), na lição de Ronald Dworkin, o grande problema não reside na classificação dos direitos fundamentais como valores, mas sim na compreensão de que, por serem valores, os direitos fundamentais deveriam ser relativos e, portanto, passíveis de ponderação através do método da proporcionalidade, quando, supostamente, entrarem em colisão. Isso, porque, é possível construir uma teoria sólida e unificada dos valores, de maneira que estes não entrem em colisão. Na realidade, as próprias colisões entre direitos fundamentais serão sempre aparentes, já que no caso concreto geralmente é possível distinguir quem tem o direito ou não.

A referida teoria baseia-se no valor da dignidade humana. Na concepção dworkiana, a dignidade humana se apresenta a partir de dois princípios que se relacionam, quais sejam, o princípio do autorrespeito e o da autenticidade. Como bem destaca Ommeti (2016, p. 182), pelo princípio do autorrespeito, exige-se que, além de respeitada e protegida, a vida humana não pode ser desperdiçada. Já pelo segundo princípio, exige-se do ser humano uma responsabilidade individual por sua vida, de modo a constituir um projeto que melhor se adeque a sua visão de felicidade, sucesso e realização.

O referido projeto de vida não pode ser pensado de maneira irresponsável, de modo que a sua definição nos leva, inevitavelmente, aos domínios da Ética e da Moral. Segundo Ommeti,

[...] Dworkin nos convida a entender o domínio da Ética como a busca pela felicidade. A Ética, portanto, está estritamente ligada ao domínio da felicidade individual, aquilo que o autor norte-americano denomina de viver bem. Contudo, e ao contrário do que poderia parecer, a construção de uma ética individual não leva a um individualismo egoísta, pois viver bem pressupõe necessariamente uma vida boa. Em outras palavras, a construção da minha felicidade, passa necessariamente por relações que eu travo com outras pessoas. Assim, a Ética está intimamente relacionada com a Moral, ou seja, como o que devo aos outros, ou, ainda, com aquilo que Dworkin denomina de vida boa. (OMMETI, 2016, p. 183)

Neste sentido, como destaca Ommeti (2016, p. 184-185), Dworkin demonstra a ligação entre a dignidade humana e o pensamento republicano, uma vez que o sucesso ou o fracasso individual está estreitamente associado ao sucesso ou fracasso da própria comunidade. Como se vê, os valores não estão em conflito; na realidade eles são interdependentes e, portanto, se pressupõem mutuamente em uma estrutura em que a dignidade humana serve como pedra fundamental.

Aí está o equívoco central da metodologia adotada pelo Supremo Tribunal Federal, já que pressupõe a aplicação das normas em uma perspectiva gradual, tornando-as, desta maneira, passíveis de entrarem em colisão e serem ponderadas. Nas palavras de Clarissa Tassinari e Elias Jacob de Menezes Neto (2013, p. 28), tal relativismo da obrigatoriedade do Direito só contribui para viabilizar a discricionariedade das decisões, baseadas, simplesmente, nas vontades dos juízes.

No caso em tela, ou Siegfried Ellwanger cometeu o crime de racismo ou não o cometeu. A conduta em questão ou é ilegal ou legal, visto que atividades ilícitas não podem ser parcialmente toleradas em nome da ponderação. Deste modo, não há que se falar em uma terceira possibilidade juridicamente aceitável. Ainda assim, dois Ministros conseguiram chegar a soluções completamente distintas sobre o mesmo caso, por priorizarem as suas próprias concepções acerca da finalidade dos valores, e não a tradição axiológica adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesta perspectiva, o voto do Ministro Celso de Mello foi o que melhor encapsulou o conceito de dignidade humana e a teoria da unidade dos valores, de acordo com a lição de Dworkin.

Isso porque, para o eminente magistrado, a importância do julgamento de Siegfried Ellwanger decorria, necessariamente, da matéria em debate, qual seja, a dignidade humana. Como meio de demonstrar a sua relevância, o Ministro recorreu a vários marcos e instrumentos internacionais<sup>8</sup> ratificados pelo Brasil que versam sobre a proteção da liberdade de expressão e o combate à discriminação, de modo que o Supremo deveria dar máxima efetividade aos referidos diplomas:

---

<sup>8</sup> Em sua antecipação de voto, o Ministro Celso de Mello fez menção, por exemplo, à Declaração Universal dos Direitos da Pessoa humana, assinada em 10 de dezembro de 1955; à Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993; à Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965; à Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, de 1978; e à Declaração de Durban e Plano de Ação, resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata, ocorrida na África do Sul, em 2001.



Não custa relembrar que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares se revelam - na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas - elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido [...] (BRASIL, 2003, p. 421)

Assim sendo, concluiu que a liberdade de expressão não pode ser considerada absoluta, uma vez que, o seu limite é, justamente, a dignidade dos demais, de acordo com o que a Constituição Federal de 1988 já havia moldado. Desta forma, segundo o Ministro Celso de Mello, não estaríamos diante de uma situação de conflituosidade entre direitos básicos, visto que, no caso, o próprio Texto Constitucional já havia decidido à favor da dignidade da pessoa humana em situações onde o exercício da liberdade de expressão culminava em práticas discriminatórias:

Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos de personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas, mesmo porque a incitação - que constitui um dos núcleos do tipo penal - reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo. (BRASIL, 2003, p. 107-108)

Finaliza remetendo-se à máxima republicana, ao destacar que a ofensa à dignidade de qualquer ser humano não fere apenas a sua dignidade em particular, mas a de todos e de cada um.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto, a liberdade de expressão é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. O pluralismo político compartilha de igual relevância, visto que é somente através da livre circulação de ideias que viabilizaremos a expressão dos diferentes setores da sociedade, inclusive o minoritários. Desta modo, resta evidente que, por prejudicar a participação ativa na sociedade de seus setores mais vulneráveis, o discurso de ódio não encontra consonância com o atual momento vivido pelo princípio da dignidade humana, comprometido com a justiça e a segurança da população quanto aos seus direitos básicos.

É fato que o conceito de dignidade humana comporta a autonomia pessoal dos indivíduos, ou seja, a capacidade destes de decidir o que melhor se adequa aos seus ideais, convicções e concepções quanto ao próprio de bem-estar, sem interferências externas inadequadas. Contudo, a construção de uma ética individual não pode ser desculpa para um individualismo egoísta, pois viver bem pressupõe necessariamente as relações que firmamos com as outras pessoas e o respeito que devemos a elas, a sua autonomia e aos seus direitos fundamentais.

Neste sentido, um indivíduo não pode ser sujeito de direitos em relação aos outros ao menos que estes lhe reconheçam, nas mesmas condições, a qualidade de pessoa. Dessa maneira, o reconhecimento e respeito à dignidade humana não deve se dar apenas no plano vertical de eficácia dos direitos fundamentais, mas também no horizontal. Sendo assim, além do poder-dever do Estado de garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais, estão também os particulares vinculados à sua observância e ao compromisso de não agredi-los. Como vimos, trata-se de um dos pressupostos do pensamento republicano, na medida em que o sucesso ou fracasso individual implica, necessariamente, no sucesso ou fracasso da própria comunidade.

Dessa maneira, podemos constatar que os valores não estão em conflito. Na realidade eles são interdependentes e, portanto, se pressupõem mutuamente em uma estrutura em que a dignidade humana serve como fundamento.

Com isso, a liberdade de expressão não encontra-se limitada pela proibição do discurso do ódio, ou da prática de racismo, nos termos da nossa Constituição Federal. Na realidade, tal discurso não chega sequer a fazer parte do núcleo significativo deste direito fundamental. Se adequadamente interpretados, os textos jurídicos levam à

compreensão da integridade do Direito e, conseqüentemente, do próprio ordenamento jurídico e constitucional.

Neste sentido, ao julgar o Caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal ignorou não somente o princípio da integridade, como também a própria ilicitude do ato, conforme explicitado pela Constituição Federal, pela legislação infraconstitucional e pelos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil. A técnica de ponderação adotada pelo Supremo só contribui para transformar as decisões judiciais em atos arbitrários, resultado da discricionariedade valorativa dos Magistrados. Fica claro que, em defesa do próprio Estado Democrático, os direitos fundamentais não devem ser ponderados, mas sim concretizados.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], a. 101, v. 919, p.127-196, maio 2012. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf)>. Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989. **Define Os Crimes Resultantes de Preconceito de Raça Ou de Cor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**, Habeas-corporus. Publicação de Livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 13 out. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017. Edição digital.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberdade de Expressão e Hate Speeches: As Influências da Jurisprudência dos Valores e as Consequências da Ponderação de Princípios no Julgamento do Caso Ellwanger. **Revista Brasileira de Direito**, [s.l.], v. 9, n. 2, p.7-37, 30 dez. 2013. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/461/435>>. Acesso em: 6 out. 2017.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: The Visibility of Hate. **Harvard Law Review**, [s.l.], v. 123, n. 7, p.1596-1657, 28 maio 2010. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2010/05/dignity-and-defamation-the-visibility-of-hate/>>. Acesso em: 6 out. 2017.