

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

FREEDOM OF SPEECH AND HATE SPEECH

Davi Pereira Lago¹

Fernanda Costa Braga²

RESUMO

O presente trabalho objetivou discutir a relação da liberdade de expressão e seus limites no discurso de ódio. A análise do tema baseia-se no estudo da previsão constitucional acerca da liberdade de expressão nos ordenamentos jurídicos americano e europeu, e no estudo da jurisprudência atual brasileira, passando-se então à análise dos princípios da ponderação e proporcionalidade como meios do qual se é possível solucionar conflitos de normas fundamentais caso a caso. Por fim, fez-se o estudo de um caso concreto: RHC 146.303/RJ, caso do pastor Tupirani da Hora Lores, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu por conferir à liberdade de expressão um caráter não absoluto.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Discurso de ódio; Liberdade de expressão; Ponderação e proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work aimed to discuss the relation of free speech and its limits in the hate speech. The analysis of the theme is based on the study of the constitutional prediction on free speech in the American and European legal systems, and on the study of the current Brazilian jurisprudence, and the principles of weighting and proportionality are analyzed as means by which it is possible to resolve conflicts of fundamental rules on a case-by-case basis. Finally, a case was studied: RHC 146.303 / RJ, in the case of Pastor Tupirani da Hora Lores, in which the Brazilian Court decided to grant free speech a non-absolute character.

Keywords: Constitutional Law; Freedom of speech; Hate speech; Weighting and proportionality.

¹ Mestre em Teoria do Direito (2013) e graduado em Direito (2009) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Estudos em Teoria da Democracia, Filosofia do Direito, Teoria do Estado, Protestantismo e Política, Teoria da Argumentação Jurídica, Direito e Literatura. Autor de "Brasil polifônico: os evangélicos e as estruturas do poder" (2018, MC). Coordenador do grupo "Hiper-religiosidade: A prisão da fé na era das liberdades" no Laboratório de Política, Comportamento e Mídia da Fundação São Paulo. Membro do Grupo Linguagens da Religião vinculado ao CNPq. Colunista portal HSM Management. <davi.pereira.lago@gmail.com>.

² Possui graduação em Direito pela UDF Centro Universitário (2018). Atualmente é Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Distrito Federal. Tem experiência na área de Direito. <fernandacostab@live.com>.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, mais do que apenas um direito fundamental, é também um elemento essencial na construção de uma sociedade livre e plural, podendo ser considerada um dos pilares da democracia.

É por meio da comunicação, da troca de ideias e opiniões, que os indivíduos se inserem e participam da vida em sociedade, bem como se informam e se envolvem nas decisões do Estado. Cumpre ressaltar que ao longo da história observa-se que nos regimes totalitários, a censura e a repressão da expressão e da manifestação do pensamento foram usadas como ferramentas importantíssimas para calar e controlar a sociedade.

Através da proteção ao direito individual de se pensar livremente e de manifestar esse pensamento, é que o princípio democrático se consolida, razão pela qual a liberdade de expressão possui tanto destaque nos ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direito.

Entretanto, muitos são os aspectos que envolvem o exercício dessa liberdade, como a liberdade de imprensa, de religião, de ensino e informação. Dentre esses aspectos, alguns se mostram mais delicados e polêmicos, como, por exemplo, a questão do discurso de ódio.

Assim, necessária se faz a análise do tema sob a ótica da liberdade de expressão, mas levando-se em conta também outros princípios e direitos, principalmente a dignidade da pessoa humana.

No presente artigo, busca-se estudar a relação entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio através da análise dos sistemas americano e europeu sobre o assunto, procurando observar como o tema é tratado em cada ordenamento por meio das decisões das Supremas Cortes de cada país, atentando para os aspectos distintivos entre elas.

O segundo capítulo tratará mais especificamente dos princípios da ponderação e proporcionalidade, sendo eles uma possível solução no caso de colisão de normas fundamentais, como no caso estudado no próximo capítulo.

Por fim, o terceiro capítulo é dedicado ao exame do caso do Pastor Tupirani da Hora Lores, RHC 146303/RJ julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2018, caso em que se verifica a colisão de duas normas fundamentais, quais sejam: a liberdade de expressão e a liberdade religiosa.

No julgamento do caso em tela, verifica-se o debate acerca dos limites da liberdade de expressão e as técnicas usadas para possível resolução no caso de colisão de normas fundamentais.

1. CONCEITO E HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles direitos básicos, através dos quais todas as pessoas têm a existência digna assegurada. A liberdade de expressão é uma ramificação do direito fundamental de liberdade e serve como instrumento para o exercício desse direito. (CABRAL, 2013).

José Afonso da Silva ensina que os direitos fundamentais não são a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem. (SILVA, 2001, p. 178).

Nesse sentido, Davi Lago traz que:

Esses direitos basilares podem ser considerados, sem exageros, como um grandioso monumento jurídico-cultural da civilização humana como um todo – civilização ferida por barbáries das mais horrendas, como guerras sanguinárias, campos de tortura, violência contra os mais vulneráveis, extermínio de etnias. As conquistas dos direitos reorientam a humanidade ao convívio pacífico e à coexistência das pessoas, a despeito de suas diferenças de opinião. (LAGO, 2018).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, buscando uma melhor forma de lecionar, fez uma relação entre as três dimensões de direitos e garantias fundamentais e o lema da Revolução Francesa, onde os de primeira dimensão seriam os relativos à liberdade, os de segunda, os relacionados à igualdade e os de terceira, à fraternidade. (FERREIRA, 2005, p. 57)

Davi Lago leciona que após a Segunda Guerra, houve a reconfiguração da ordem política global e, assim, consolidou-se o paradigma do Estado Democrático de Direito. Lago diz que, em tal modelo de Estado, há de se reconhecer uma “expansão da democratização política” e uma “busca pela proteção dos direitos fundamentais”.

Para ele,

tais direitos incluem não apenas os assegurados pelos liberais (direitos civis) e pelos socialistas (direitos sociais), mas também uma nova geração de direitos, como os referentes à humanidade (dignidade de cada pessoa), os referentes a categorias específicas (direitos dos deficientes físicos e das crianças, por exemplo), e os referentes a minorias étnicas ou religiosas. (LAGO, 2018).

Nevita Luna leciona que os direitos da primeira geração, em que está inserida a liberdade de expressão, “são considerados direitos negativos, que se esgotam num dever de abstenção do Estado na esfera particular do indivíduo”. (LUNA, 2014, p. 230)

Desta forma, verifica-se a importância dos direitos fundamentais para a construção de uma sociedade plural e democrática.

1.1. Da liberdade de expressão

As liberdades de expressão, informação, reunião, consciência, religião e de associação estão relacionadas com os direitos negativos, ou melhor, direitos de defesa. No entanto, José Joaquim Gomes Canotilho verifica um traço característico dessas liberdades em relação aos outros direitos, qual seja, “a possibilidade de escolha de um comportamento”, sendo que “componente negativa das liberdades constitui também uma dimensão fundamental” (CANOTILHO, 2002, p. 1246). Essa possibilidade de escolha se dá no âmbito da liberdade de expressão, por exemplo, no direito de ter ou não uma opinião, de manifestar ou não uma ideia.

Após extenso período de restrições de direitos e liberdades no Brasil, eis que ressurgiu a democracia, através da vigente Constituição, com inúmeras garantias e direitos fundamentais, que, para Samantha Meyer-Pflug versavam tanto na órbita individual, como também, social e política. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 65).

A atual Constituição, de 1988, trouxe um vasto rol de proteção, destacando-se o direito à liberdade de pensamento e expressão, e vedando o anonimato (art. 5º, IV), proibindo a censura, tendo sido garantido o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V). (CABRAL, 2013).

No caso do Brasil, no tocante ao conceito de liberdade de expressão, Samantha Meyer-Pflug entende que “engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 66) Entretanto, não há entendimento consolidado e normatizado especificamente acerca do discurso de ódio, ou mesmo as definições dos limites da liberdade de expressão. Desta forma, é importante analisar como as demais legislações vêm lidando com essa discussão.

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, conferiu ampla proteção à liberdade de pensamento ao reconhecê-la como direito fundamental e cláusula pétrea³, o que impede que qualquer meio estatal suprima essa garantia, ou venha violar o seu núcleo essencial, a pretexto

³ Cláusulas pétreas são limitações materiais ao poder de reforma da constituição de um Estado. Em outras palavras, são dispositivos que não podem ser alteradas, por meio da confecção de nova constituição, mas não abolidas, que tende a abolir as normas constitucionais relativas às matérias por elas definidas.

de uma possível regulação. (FARIAS, 2004, p. 191) Para que a regulamentação à liberdade de expressão seja legítima ela deve se fundamentar no texto constitucional.

A liberdade de expressão consiste, então, no direito de cada indivíduo pensar e incluir as ideias que lhe aprouver sem sofrer qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado. Como diz José Afonso da Silva: “É o direito de cada indivíduo de escolher as ideias que quer adotar ou não, de ser livre para decidir exteriorizar seus pensamentos”. (SILVA, 2005, p. 241).

Por outro lado, há que se levar em consideração que os homens, na maioria das vezes, possuem opiniões divergentes uns dos outros. Tem-se, então, que o exercício dessa liberdade de expressão do pensamento não pode dar-se de forma absoluta, senão uma das partes sairá prejudicada e, por consequência, o direito à liberdade de pensamento estará sendo negado em sua essência. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 72).

É de extrema importância ter o conhecimento sobre a influência e impacto do discurso na formação de opiniões e na solidificação de ideologias e analisar até que ponto a liberdade de expressão pode ser exercida e quais são seus limites, quando os reflexos desse direito passam a atingir negativamente a esfera de outro direito fundamental, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana em confronto com a liberdade de expressão. (CABRAL, 2013).

1.1.1. Da dignidade da pessoa humana

O discurso de ódio é todo ato que discrimine ou incite à discriminação, de alguma forma, e geralmente é destinada às minorias (CABRAL, 2013, p. 6). Segundo Samantha Meyer-Pflug, o discurso de ódio representa um “perfil polêmico envolvendo a liberdade de expressão”, podendo ser considerado uma apologia abstrata ao ódio, já que resume o desprezo e discriminação a determinados grupos. A autora alerta que “o discurso de ódio não é voltado apenas para a discriminação racial”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97-98).

Cumprir observar a relação existente entre a liberdade e a dignidade da pessoa humana, posto que ambas são direitos fundamentais, garantidos pela Constituição e desempenham importante função na preservação dos demais direitos e até mesmo do próprio sistema constitucional democrático. Deve-se procurar proteger tanto a dignidade da pessoa humana como a liberdade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 126), uma vez que são condições mínimas necessárias à existência do homem e do Estado democrático. (OLIVEIRA, 2016).

A discriminação e a desigualdade são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana (MARTÍNEZ, 1986, p. 69). Martínez muito bem leciona que “deve-se prestigiar a tolerância, o multiculturalismo e as diversidades étnicas, pois só assim se preserva a dignidade da pessoa

humana”. (MARTÍNEZ, 1986, p. 72) Do contrário, não se encontrará uma solução ao problema que seja adequada e eficaz. É preciso reconhecer que a tolerância é uma virtude. (MARTÍNEZ, 1996).

Para averiguar se o sistema constitucional brasileiro admite a proteção ao discurso de ódio é necessário observar como o sistema constitucional europeu e o americano garantem a liberdade de expressão, bem como encaram esse tema polêmico. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 129).

Nesse cenário, cumpre registrar que o direito internacional não proíbe o discurso de ódio de forma absoluta, verificando-se que em certas situações ele é permitido e em outras não (ROSENFELD, 2001). O que se percebe é que o direito americano confere maior proteção a esse discurso do que a Europa. (BRUGGER, 2007, p. 118).

1.2. Sistema americano de proteção à liberdade de expressão

A liberdade de expressão, nos Estados Unidos da América, se constitui em um dos principais direitos fundamentais, tal qual um dos que mais suscita controvérsias judiciais, visto que a discussão sobre seus limites é mundial. A Primeira Emenda⁴, que assegura a liberdade de expressão, é uma garantia do interesse do indivíduo em se expressar. Pode-se dizer que se traduz em uma proteção da própria soberania popular. (TOCQUEVILLE, 1998, p. 141).

O modelo americano segue a liberdade negativa⁵, em que qualquer discurso, por si mesmo, não produz dano, ódio, violência ou intolerância. No entanto, Samantha Meyer-Pflug leciona nesse sentido que:

quando o discurso não mais está sendo feito em abstrato, ou seja, quando ultrapassa o plano das ideias, revelando não mais apenas um posicionamento político, mas já dirigido a incitar a violência, ameaçando concretamente pessoas reais, só então a Suprema Corte Americana entende ser possível a penalização dos responsáveis. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 131).

O sistema americano favorece a liberdade de expressão no discurso de ódio, desde que ele não resulte em uma ação ilegal imediata. Logo, o discurso de ódio está protegido enquanto se mantém no mundo das ideias. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 148).

Para Samantha Meyer-Pflug, tem-se que conflitos que envolvem a liberdade de expressão devem ser solucionados com a aplicação do princípio da proporcionalidade que serve

⁴ “O congresso nacional não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos, ou cerceando a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”. (ESTADOS UNIDOS, 1791).

⁵ É entendida como a não-interferência do poder do Estado sobre as ações individuais: o indivíduo é o mais livre quanto mais o Estado deixar de regular a sua vida. (LIBERDADE NEGATIVA, 2017).

de modelo tanto para a doutrina como para a jurisprudência na solução de conflitos entre direitos fundamentais. A Suprema Corte Americana faz uso do *definitional balancing* (ponderação categórica) que consiste em, num caso concreto, considerar-se todos os interesses que se encontram em pauta, para depois firmar determinadas regras que balizem a decisão final. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 148).

Como já referido, a solução adotada pelo sistema americano no combate ao discurso de ódio tem sido conferir mais liberdade de expressão para a parte atingida para que, por meio do debate aberto e livre, possa evitar manifestações dessa natureza. (MEYER-PFLUG, 2009).

1.3. Sistema europeu de proteção à liberdade de expressão

O modelo europeu, acredita na não supremacia da liberdade de expressão, usando-se da liberdade positiva⁶ para coibir tal liberdade diante do discurso de ódio. Luna observa e leciona que nesse sistema, a liberdade não é o valor constitucional mais importante, essa posição pertence à dignidade humana, tratada como princípio constitucional supremo e direito fundamental. (LUNA, 2014, p. 239).

Samantha Meyer-Pflug traz que, na Europa, a maioria dos países assegura em suas Constituições a liberdade de expressão, mas não de forma absoluta, pois o próprio Texto Constitucional traz os limites para o seu exercício. O sistema europeu de proteção à liberdade de expressão em grande parte não é regido pelo "princípio da neutralidade" do Estado ante quaisquer conteúdos imagináveis de um discurso, como ocorre no sistema americano. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 149).

A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23.05.1949, protege a liberdade em seu artigo 2.1 ao assegurar: “Toda pessoa terá direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não violar os direitos de outrem e não infringir a ordem constitucional ou a lei moral”. Assegura-se o princípio da proteção da liberdade (ALEXY, 2002, p. 331), constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida. Se uma liberdade está associada a um tal direito e/ou norma, então, ela é uma liberdade protegida. (ALEXY, 2015, p. 233).

⁶ Liberdade positiva é definida como ter o poder e os recursos para cumprir suas próprias potencialidades e para controlar e determinar suas próprias ações e destino. É a noção de liberdade como autorrealização. (LIBERDADE POSITIVA, 2018).

Da simples leitura do referido dispositivo constitucional verifica-se que o direito à liberdade não é absoluto, uma vez que tem como limites a ordem constitucional ou a lei moral. O artigo 5.1 da Constituição Alemã dispõe:

Art 5.1. Será assegurado a todos o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião verbalmente, por escrito e por imagens, bem como o acesso, sem constrangimentos, à informação em fontes acessíveis a todos. Serão garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informar por rádio, televisão e cinema. Não haverá censura. (ALEMANHA, 1949).

Já no item 5.2. da Constituição fica estabelecido que "esses direitos terão seus limites circunscritos aos preceitos das leis gerais, às disposições legais de proteção à juventude e ao respeito à honra pessoal". (MEYER-PFLUG, 2009, p. 174).

Nessa perspectiva, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana adquire valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico alemão.

1.4. Discurso de ódio

Atualmente, no âmbito da proteção à liberdade de expressão, os Estados-membros da federação brasileira vêm se deparando com o discurso de ódio, sendo esse um aspecto polêmico do seu exercício, visto que há controvérsias sobre sua limitação. Deve-se esclarecer então se o discurso de ódio está ou não abarcado pelo direito fundamental à liberdade de expressão. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 219).

O discurso de ódio é conceituado como “a manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97).

Os efeitos negativos do discurso de ódio são reconhecidos tanto no sistema americano quanto no sistema europeu de proteção à liberdade de expressão. Ambos condenam esse tipo de discurso. Porém, no americano ele é evitado por meio de sua permissão pura e simples, pois se acredita que desta forma, exposto ao debate público, ele perde a sua eficácia. Já o sistema europeu proíbe o discurso de ódio para proteger a dignidade e a própria honra de suas vítimas. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 219).

Entre as muitas dificuldades que o tratamento do discurso de ódio apresenta para o sistema jurídico, salienta-se, em alguns casos, a dificuldade de sua identificação, isso porque a incitação ao ódio, ou a discriminação nele compreendida pode não se dar de forma explícita.

Daí a dificuldade de se combater esse discurso, pois aqui a agressão é encoberta, mas nem por isso deixa de ferir o direito de suas vítimas. (ROSENFELD, 2001).

Samantha Meyer esclarece que o grande desafio que se apresenta para o Estado e para a própria sociedade é “permitir a liberdade de expressão sem que isso possa gerar um estado de intolerância, ou acarrete prejuízos irreparáveis para a dignidade da pessoa humana e também para a igualdade”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 99).

Há que se fazer uma distinção nítida entre o fato de não gostar ou discordar de uma ideia e censurá-la ou negar sua manifestação. São coisas extremamente diferentes. A liberdade de expressão consente a todo indivíduo contestar e discordar da opinião e das ideias expostas, mas negar o direito delas se externarem é censura. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 103).

Realizada essa construção, imprescindível para a compreensão do tema, passar-se-á à exposição e análise dos princípios da ponderação e proporcionalidade como possíveis soluções para o conflito de normas hierarquicamente análogas.

2. PRINCÍPIOS DA PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Durante muito tempo a subsunção foi a única forma para compreensão da aplicação do direito, como leciona Barroso: “premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto”. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes. Não é difícil demonstrar e ilustrar o argumento. (BARROSO, 2004).

Para Barroso, a dificuldade descrita já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, capaz de trabalhar em várias direções, produzindo a regra concreta que vai guiar a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De qualquer forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e conveniência para o caso concreto. Barroso exemplifica ainda que, na resolução final, “tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, embora algumas delas venham a se destacar sobre as demais”. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que o jurista convencionou denominar de “técnica da ponderação”. (BARROSO, 2004, p. 6).

Ocorre que, torna-se inevitável a eclosão de conflitos entre as normas da Lei Fundamental em uma sociedade pluralista como a brasileira, onde diversos setores apresentavam-se representados no Poder Constituinte Originário, como ainda se apresentam no Poder Reformador, acolhendo normas que promovem interesses e valores opostos. (SILVEIRA, 2013, p. 1-2).

Nessa linha de pensamento, mesmo sendo normas de aplicação imediata, os direitos e garantias fundamentais considerados pela Carta Magna não são ilimitados, uma vez que encontram os seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal. (MORAES, 2002).

Desta maneira, dispondo os direitos fundamentais o caráter de princípios, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, os tribunais brasileiros têm se utilizado do princípio da proporcionalidade quando confrontados pela apreciação de um conflito entre direitos fundamentais. Nesse sentido:

Uma das teses fundamentais expostas na teoria dos Direitos Fundamentais é que esta definição (os direitos fundamentais como princípios) implica no princípio da proporcionalidade com seus três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e vice-versa: que o caráter de princípios dos direitos fundamentais se segue logicamente do princípio da proporcionalidade. (ALEXY, 2002).

No mesmo sentido, Willis Santiago Guerra Filho afirma, ao tratar da relatividade dos princípios constitucionais, bem como de um critério a ser adotado quando do conflito entre direitos fundamentais, que:

Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual- termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um princípio de proporcionalidade, para que se possa respeitar normas, como os princípios – e, logo, também, as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípio -, tendentes a colidir. (GUERRA FILHO, 2003).

Nesta seara, a ponderação de interesses exsurge quando, pelo menos, dois princípios constitucionais estiverem em rota de colisão, em referência a um caso concreto, momento no qual caberá a um intérprete, em um primeiro plano, em consonância com o princípio da unidade da Constituição – o qual objetiva a busca de uma conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões –, proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los. (SILVEIRA, 2013, p. 6).

Constatada uma efetiva colisão entre direitos fundamentais, por se tratar de uma situação concreta em que as normas se contêm no interior dos seus limites imanentes, não sendo possível harmonizá-las, passará o intérprete a uma segunda fase de análise, qual seja, a ponderação de interesses. (SILVEIRA, 2013, p. 7).

Neste caso, ele deve, à luz das circunstâncias concretas, impor “compressões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando alcançar um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro. (SARMENTO, 2003, p.102).

É sob este prisma que o operador do Direito, diante da percepção dos valores e princípios agasalhados no interior do ordenamento jurídico, atribuirá um peso específico a cada norma em colisão, para que se possa, assim, constatar, diante das circunstâncias concretas, qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer. (SILVEIRA, 2013, p. 7).

Outrossim, as restrições impostas aos interesses em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, devendo o julgador buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção dos interesses contrapostos e; c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. (SARMENTO, 2003, p.105).

Percebe-se, pois, diante da constatação da necessidade da ponderação de interesses, frente a uma colisão inarredável de direitos fundamentais, qual dos direitos apresentados sob a forma de princípios deverá prevalecer, em feito a proporcionalidade. (SILVEIRA, 2013, p. 8).

Assim, pois, o princípio da proporcionalidade revela-se como, dentre suas múltiplas funções, um mecanismo jurídico de salvaguarda e proteção eficaz dos direitos fundamentais, perante as múltiplas facetas do poder estatal, devendo fornecer, destarte, os critérios das limitações à liberdade individual. (SILVEIRA, 2013, p. 15).

Sob influência do direito alemão, em especial, com a jurisprudência da Corte Constitucional, o princípio da proporcionalidade ganhou expresso desenvolvimento, em grande parte devido à necessidade de se evitar eventuais atrocidades como as perpetradas pelo legislador nazista, recebendo, assim, especial proteção no texto constitucional (SILVEIRA, 2013, p. 12).

O princípio da proporcionalidade é, pois, instrumento de interpretação a ser utilizado na ponderação de direitos em colisão, objetivando auferir aquele que, diante das circunstâncias

fáticas e jurídicas do caso concreto, detém o maior peso específico, prevalecendo um sobre o outro na solução da lide (SILVEIRA, 2013, p. 14).

Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios”, discorre que a análise do modo de conflito normativo também se constitui em um passo decisivo no aprimoramento do estudo das espécies normativas. Mas apesar disso, precisa ser aperfeiçoado. Isso porque não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso. (ÁVILA, 2015, p. 74).

A atividade de ponderação de regras verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos, como Estado de Direito, certeza do Direito, democracia. Nesses casos o intérprete terá de examinar várias razões contra e a favor da incidência da regra, ou investigar um plexo de razões para decidir quais elementos constituem os conceitos jurídicos-políticos (PECZENIC, 1989, p. 183). Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultados de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas (SCHAUER, 1991, p. 35). Nessa hipótese, o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa. (PECZENIC, 1999, p. 181).

Nesse contexto, Ávila exemplifica:

É precisamente em decorrência das generalizações que alguns casos deixam de ser mencionados e outros são mal incluídos. A proibição de entrada de cães em restaurantes deve-se ao fato de que os cidadãos normalmente possuem cães e que eles, via de regra, causam mal-estar nos clientes. Qualquer cão está proibido de entrar. E se for um filhote recém-nascido, enrolado em uma manta nos braços da dona? Um cão empalhado? Um cão utilizado pela polícia? Nesses casos, o aplicador, em vez de meramente focalizar o conceito de “cão”, deverá avaliar a razão justificativa da regra para decidir pela sua incidência. Sendo a razão justificativa da regra que proíbe a entrada de cães a proteção do sossego e da segurança dos clientes, poderá decidir a respeito da aplicação da regra aos casos mencionados. Mas sendo possível passar da hipótese da regra à sua razão justificativa, abre-se ao aplicador a possibilidade de proibir a entrada de pessoas que terminem com o sossego dos clientes, como bebês chorando, ou permitir a entrada de animais que não coloquem em risco a segurança dos clientes, como um filhote de urso, ou mesmo cães mansos. (SCHAUER, 1991, p. 47 e 59 apud ÁVILA, 2015, p.79).

Somente por meio da ponderação de razões é que se pode decidir se o aplicador deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca do seu fundamento, nos casos em que existe uma divergência entre eles. (SCHAUER, 1991, p. 94 e ss. apud ÁVILA, 2015, p. 80).

A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação que é diverso. (ÁVILA, 2015, p. 81).

O essencial, de tudo quanto se acaba de afirmar, é o seguinte: dizer que tanto as regras quanto os princípios exigem um processo discursivo e argumentativo de sopesamento de razões não é igual a afirmar que as regras e os princípios se submetem ao mesmo processo discursivo e argumentativo de sopesamento de razões. Nesse ponto, ressalta-se que: o tipo de ponderação e de justificação é distinto na aplicação das regras e dos princípios, como será adiante demonstrado. (ÁVILA, 2015, p. 81 e 82).

Assim, diante do exposto, entende-se que a colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão. (BARROSO, 2004).

O legislador infraconstitucional pode atuar no sentido de oferecer alternativas de solução e balizamentos para a ponderação nos casos de conflito de direitos fundamentais. Todavia, por força do princípio da unidade da Constituição, não poderá determinar, em abstrato, a prevalência de um direito sobre o outro, retirando do intérprete a competência para verificar, in concreto, a solução constitucionalmente adequada para o problema. (BARROSO, 2004).

3. ESTUDO DE CASO (RHC 146.303/RJ)

O sistema constitucional brasileiro protege a liberdade de expressão, bem como a dignidade da pessoa humana e veda a prática da intolerância. A maioria dos tratados que versam tanto sobre a proteção à liberdade de expressão, como a proibição de práticas discriminatórias e atentatórias aos direitos fundamentais, foram ratificados pelo Brasil, como dispôs o primeiro capítulo. A Constituição de 1988, por sua vez, conferiu proteção especial aos direitos fundamentais e inexistiu no ordenamento jurídico pátrio uma lei específica proibindo o discurso de ódio. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 198).

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, teve de decidir sobre um caso que envolvia o discurso de ódio e a prática da intolerância religiosa. Foi a partir dessa decisão proferida, que se consolidou a delimitação do tratamento conferido à matéria pela jurisprudência constitucional pátria.

3.1. Caso pastor Tupirani da Hora Lores – RHC 146.303/RJ

Em 6 de março de 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu um caso relevante que envolvia os limites da liberdade de expressão e o conflito com a intolerância religiosa.

Tratava-se do RHC 146.303 do Rio de Janeiro, impetrado em favor do paciente Tupirani da Hora Lores que havia sido denunciado por crime de incitação ao ódio, descrito no art. 20, §2º, da Lei n. 7.716/89, qual seja:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) (BRASIL, 1989).

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, negou pedido de trancamento da ação penal formulado pela defesa de Tupirani da Hora Lores, pastor da Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo, condenado por praticar e incitar discriminação religiosa. (BRASIL. STF, 2018).

Lores foi condenado pelo juízo da 20ª Vara Criminal da Capital (Rio de Janeiro) à pena de 3 anos de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 36 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo já descrito. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direito. (BRASIL. STF, 2018).

Consta dos autos que, na condição de pastor, ele publicou na internet vídeos e postagens que ofendiam autoridades públicas e seguidores de crenças religiosas diversas – católica, judaica, islâmica, espírita, wicca, umbandista e outras –, pregando inclusive o fim de algumas delas e imputando fatos ofensivos aos seus devotos e sacerdotes. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a condenação, reduzindo apenas a quantidade de dias-multa inicialmente imposta. (BRASIL. STF, 2018).

Após decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que rejeitou habeas corpus lá impetrado, a defesa do pastor apresentou recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal

Federal pedindo o trancamento da ação por atipicidade⁷ da conduta. Segundo os advogados de Loeres, a condenação ideológica de outras crenças é inerente à prática religiosa, e se trataria de exercício de uma garantia constitucionalmente assegurada, qual seja, a liberdade de expressão. (STF, 2018).

O relator do caso, ministro Edson Fachin, votou pelo provimento do recurso. Para ele, apesar de caracterizar uma atitude “absolutamente reprovável e arrogante”, o ato narrado não pode ser tipificado penalmente. A conduta, ainda que “intolerante, pedante e prepotente”, se insere no embate entre religiões e decorre da liberdade de proselitismo⁸ essencial ao exercício da liberdade religiosa. Para o relator, “descabe ao Poder Judiciário censurar, por razões estritamente metajurídicas⁹, manifestações do pensamento. Assim, eventual infelicidade de declarações e explicitações escapa do espectro de atuação do Estado-Juiz”. (BRASIL. STF, p. 10).

Fachin reitera que a liberdade religiosa abarca o caso em apreço, entretanto, discorre o relator que “por outro lado, a liberdade religiosa, como é próprio dos direitos e garantias fundamentais, não ostenta caráter absoluto, devendo ser exercitada de acordo com a delimitação precisada pela própria Constituição, forte no Princípio da Convivência das Liberdades Públicas. Nesse sentido, observa Ada Pellegrini Grinover que as liberdades públicas:

[...] têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações. [...] as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. (GRINOVER, 1982, p. 251).

A questão que se debate, em breve síntese, diz respeito à possível colisão entre as liberdades de expressão e religiosa e o discurso de ódio. Indispensável averiguar, no caso concreto, a conformidade constitucional das opiniões explicitadas pelo paciente e se transborda, ou não, dos limites do exercício das liberdades constitucionalmente asseguradas. (BRASIL. STF, p. 13-14).

O relator traz ainda que “diversas religiões ostentam caráter universalista, vale dizer, almejam converter o maior número possível de pessoas. Embora nem todas as religiões detenham referida característica, o cristianismo, de modo geral persegue objetivo universalista”. Nessa medida, expõe que “tolher o proselitismo² indispensável à consecução das

⁷ Quando o fato não possui todos elementos legais para se constituir em um delito.

⁸ O proselitismo é o intento, zelo, diligência, empenho de converter uma ou várias pessoas, ou determinados grupos, a uma determinada causa, ideia ou religião.

⁹ Que não se consegue analisar por maneiras convencionais da forma como seria analisado pelos princípios da jurisprudência; diz-se do estado jurídico.

finalidades de religiões que se pretendem universais configuraria, ao fim e ao cabo, o ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa”. (BRASIL. STF, p. 14-15).

O proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não concretiza, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Tal ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas, mais do que isso, figura como núcleo essencial¹⁰ desse direito, de modo que negar sua prática configuraria, inafastavelmente, excessiva restrição às liberdades constitucionais. (BRASIL. STF, p. 16).

Para Fachin, então, “discursos que evidenciem diferenças ou até mesmo juízos de superioridade não consubstanciam, automaticamente, preconceito ou discriminação, sob pena de, como já dito, esvaziamento do núcleo essencial das manifestações religiosas, compreendidas em sua inteireza”.

Em voto diverso, proferido em 2016, o relator traz ainda que:

O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.

[...] Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal. (STF, FACHIN, 2016).

A sentença condenatória proferida pelo juízo da 20ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reproduz trechos atribuídos ao pastor que traduziriam ofensa a grupo religioso. Desta feita, Fachin entende que é incontroverso que o paciente atue na condição de líder religioso. Por essa razão, suas explicitações devem ser concebidas de acordo com a regência da liberdade de expressão religiosa que não corresponde, em sua inteireza, à aplicável à liberdade de expressão associada aos demais elementos objetivo do tipo penal em apreço (artigo 20 da Lei n. 7.716/89). (BRASIL. STF, p. 25).

Afirma, ainda, o relator que:

[...] a afirmação de superioridade da crença professada pelo paciente, apesar de indiscutivelmente intolerante, pedante e prepotente, além de certamente questionável na própria ambiência em que explicitada, encontra guarida na

¹⁰ Princípio que visa garantir um núcleo essencial para os direitos fundamentais, não admitindo, em nenhuma hipótese, que seu núcleo essencial seja violado, finalidade esta que orientará a atuação do legislador, fixando-lhe um limite de atuação. (CHEQUER, 2013)

liberdade de expressão religiosa e, em tal dimensão, não preenche o âmbito proibitivo da norma penal incriminadora. (BRASIL. STF, p. 20).

Assim, o relator deu parcial provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal, entendendo assim não haver tipicidade formal e material da conduta, elemento essencial à persecução. (BRASIL. STF, p. 27).

O ministro Dias Toffoli, que inaugurou a corrente vencedora pelo desprovimento do recurso, divergiu do relator. Para ele, social e historicamente o Brasil se orgulha de ser um país de tolerância religiosa, valor que faz parte da construção de nosso estado democrático de direito. De acordo com Toffoli, a sentença condenatória transcreve vídeos publicados na internet que alimentam o ódio e a intolerância. Citando trechos dos vídeos, o ministro entendeu que, se o Estado não exercer seu papel de pacificar a sociedade, vai se chegar a uma guerra de religiões. Salientou o ministro Toffoli ainda que: “Ao invés de sermos instrumento de pacificação, vamos aprofundar o que acontece no mundo”. Conforme o ministro, “surgindo a intolerância religiosa e havendo congruência com fatos tipificados como delito, cabe ao Estado, sim, agir”. (BRASIL. STF, p. 28).

O ministro alega em seu voto que “a liberdade religiosa também se exprime, portanto, por meio da comunicação das ideias religiosas, que é também vertente da liberdade de expressão e, como tal, pode ser exteriorizada tanto no ambiente privado quanto no público”. Todavia, declara ainda que “se é, de um lado, isento de dúvidas que o direito à liberdade religiosa encerra vasta proteção constitucional, não menos certo é que sua aplicação, no caso concreto, requer sempre um confronto com os demais princípios envolvidos na situação em apreciação”. (BRASIL. STF, p. 33).

Para o referido ministro, “a tolerância religiosa – é parte indissociável da feição e da construção de nosso Estado Democrático de Direito”. Assevera ainda que se caracteriza como elemento intrínseco de limitação do direito à liberdade religiosa, traduzindo-se em parâmetro primeiro para a exteriorização de condutas de uma fé que atinjam outras formas de crença religiosa. (BRASIL. STF, p. 34).

Toffoli explica que há que se fazer distinção entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito. (BRASIL. STF, p. 34).

Ratifica, portanto, que:

a liberdade de crença e de culto pode ser visualizada sob seu aspecto positivo – liberdade de se expressar e de viver de acordo com a própria fé – e sob seu aspecto negativo: sintetizado na tolerância religiosa (e, nesse passo, na abstenção de conduta) para com fé distinta, igualmente protegida. (BRASIL. STF, p. 35).

Nesse viés, o ministro Toffoli divergiu do relator e negou provimento ao recurso para o não trancamento da ação penal, considerando, através da ponderação de normas, a dignidade da pessoa humana como soberana nesse caso.

O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a divergência dada pelo ministro Toffoli, evidenciando que as postagens transcritas nos autos alimentam um ódio que se espalha em nossa sociedade, tanto no Brasil quanto no mundo inteiro e lembrando que o preâmbulo da Constituição fala na construção de uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Para o então ministro, a ação do condenado atua contra um importante valor erigido pelos constituintes como fundamento da República Federativa do Brasil, que é a solidariedade. (STF, 2008).

Entretanto, o ministro Lewandowski, em decisão proferida em sede de medida cautelar na reclamação 23.736 - Rio de Janeiro em 2017 cujo tema do discurso de ódio também foi tratado, o ministro diverge de sua atual linha de pensamento e subscreve as palavras de Celso de Mello que afirma:

Tenho sempre destacado , como o fiz por ocasião do julgamento da ADPF 130/DF, e, também, na linha de outras decisões por mim proferidas no Supremo Tribunal Federal (AI 505.595/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 3.486/DF , Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que o conteúdo da Declaração de Chapultepec revela-nos que **nada mais nocivo, nada mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão (ou de ilegitimamente interferir em seu exercício), pois o pensamento há de ser livre – permanentemente livre, essencialmente livre, sempre livre!!!** (BRASIL, 2017).

Terceiro a votar pelo desprovimento do recurso, o ministro Gilmar Mendes lembrou do célebre julgamento do “caso Ellwanger” (HC 82424), em setembro de 2003, quando o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação imposta ao escritor gaúcho Siegfried Ellwanger por crime de racismo contra os judeus. Nesse julgamento, foi-se usada a técnica de ponderação de princípios para a condenação e reprovação do discurso de ódio no Brasil. (BRASIL. STF, p. 47).

Para Gilmar Mendes, a despeito da importância conferida à liberdade de expressão, o próprio texto constitucional determina que sejam respeitados determinados limites. O artigo 220, parágrafo 1º, da Constituição diz que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social,

observados determinados incisos do artigo 5º, onde estão contidas as limitações. Para ele, a liberdade religiosa não ostenta caráter absoluto. (BRASIL. STF, p. 47).

Nesse sentido, discorre o então ministro que:

Não é verdade, ademais, que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. [...] o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. (MENDES, 1994).

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes afirma que na doutrina e jurisprudência pátrias, o direito fundamental possui duas acepções: 1) a negativa (neutralidade), “consistente na impossibilidade de o Poder Público interferir ou privilegiar determinada vertente religiosa em detrimento das demais, independentemente de sua denominação” e também 2) a positiva, na qual “o Estado deve assegurar a qualquer cidadão o direito de conservar suas crenças (incluída a não crença), de mudar de crença, sem sofrer perseguições, podendo exercer em público ou particular, a sua crença ou religião (abstenção de indiferença estatal)”. O ministro destacou ainda que, no Brasil, convivem pacificamente comunidades as mais diversas, que às vezes estão em guerra mundo afora. Concluiu dizendo que “esse é um valor que precisamos preservar”. (BRASIL. STF, 2018).

O ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal, também acompanhou o voto do ministro Dias Toffoli, e frisou que “o direito de pensar, falar e escrever sem censuras ou restrições é o mais precioso privilégio dos cidadãos, mas que esse direito não é absoluto e sofre limitações de natureza ética e jurídica”. E, de acordo com o ministro, os abusos, quando praticados, legitimam a atuação estatal. Explicou ainda que “se assim não fosse caluniar, injuriar, difamar ou fazer apologia de fatos criminosos não seriam suscetíveis de punições”. Para Celso de Mello, o abuso no exercício da liberdade de expressão não pode ser tolerado. Assim, a incitação ao ódio público não está protegida nem amparada pela cláusula constitucional que assegura liberdade de expressão. Para ele, a “proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal”. Ousou ainda dizer que “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”. (BRASIL. STF, p. 69).

O ministro Celso de Mello, assim como o ministro Gilmar Mendes, também fez menção, em seu voto, ao julgamento do caso do escritor gaúcho Siegfried Ellwanger, caso em que usou-

se da técnica dos princípios da ponderação e proporcionalidade, e concluiu pelo desprovimento do recurso, alegando que o abuso no exercício da liberdade de expressão não pode ser tolerado, e que, através da ponderação de princípios, o Supremo Tribunal Federal deve usar da proporcionalidade para fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana, reconhecendo, assim, que deve-se preponderar os “princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos” acima da estupidez humana e insensibilidade moral. (BRASIL. STF, p. 72).

Nesse caso, a turma do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, negar provimento ao recurso ordinário, aplicando na maioria dos votos os princípios da ponderação e proporcionalidade.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é de extrema importância para a consolidação da sociedade democrática. Entretanto, o exercício dessa liberdade acaba levantando dúvidas em relação ao limite da proteção conferida pelas Constituições de todo o mundo à expressão.

Dentre os aspectos polêmicos envolvendo a liberdade de expressão, o presente estudo abordou a questão do discurso de ódio, focando na análise da jurisprudência americana e europeia.

No ordenamento jurídico americano, a liberdade de expressão está protegida pela Primeira Emenda à Constituição, de 1791. Ao longo do tempo, a interpretação acerca da abrangência do dispositivo constitucional foi sendo modificada, até se chegar ao entendimento atual, no sentido de ampla proteção a quase todas as formas de expressão.

Passou-se a adotar o princípio do perigo claro e eminente “clear and present danger”, ou “ação ilegal imediata”, segundo o qual só é passível de repressão os discursos que criem um perigo claro e presente de causar os males que o Congresso tem o direito de impedir.

Foi em 1969 que a Suprema Corte firmou o entendimento de que é lícita a mera defesa de ideias abstratas, podendo o discurso ser punido apenas quando dirigido a incitar ou produzir uma ação ilegal iminente e que provavelmente incitará e produzirá tal ação. Ou seja, um discurso só é punível se nele for verificada a probabilidade de produzir uma ação ilegal iminente e se o agente tiver a intenção de causar iminentemente essa ilegalidade.

No tocante ao sistema europeu, observa-se clara preocupação com a regulação da liberdade de expressão e a repercussão do discurso de ódio. Sem dúvida, a liberdade de expressão constitui direito fundamental, mas convive com o princípio da dignidade humana e lhe opor limites. É importante ressaltar também que o princípio da dignidade humana adquire

valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico alemão consagrado no artigo 1º da constituição alemã promulgada no pós-nazismo. Dessa forma, haverá sempre a ponderação de valores em face de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Para os casos de violação de um direito constitucional, a solução dar-se-á pelo princípio da proporcionalidade.

Já no direito brasileiro, a liberdade de expressão, em razão de ser um direito individual, é considerada cláusula pétrea, o que significa que não pode ser objeto sequer de proposta de modificação constitucional. Ao longo da Constituição da República Federativa do Brasil, vários são os artigos que asseguram a proteção a esse direito, como por exemplo os artigos 5º, IV e IX e 220 da Constituição Federal de 1988, dispositivos que guardam relação mais estreita com o tema abordado.

No tocante ao exercício da liberdade de expressão, boa parte da doutrina entende que tal não é um direito absoluto, podendo a expressão ser restringida quando sua manifestação configurar abuso de direito ou ir de encontro ao disposto na Constituição.

Quanto ao discurso de ódio, concluiu-se que tal se trata da expressão do pensamento de maneira depreciativa, visando humilhar e menosprezar um determinado grupo da sociedade, geralmente as minorias, com o intuito de não apenas discriminar esse grupo, mas também o excluir socialmente.

Devido ao seu caráter incitador, intimidador e depreciativo, o discurso de ódio acaba esbarrando em questões relacionadas à dignidade da pessoa humana e à igualdade, sendo que, nesses casos, a dignidade e a igualdade funcionam como limitadores da expressão, vez que um discurso que afronte esses princípios não pode ser protegido pela liberdade de expressão.

O atual entendimento brasileiro percebeu que a liberdade de expressão pode ser reprimida utilizando-se critérios jurídicos e morais. Ou seja, interpretando-se que um discurso pode ser punido não apenas se extrapolar os limites legais, mas simplesmente se extrapolar limites morais. A definição desses limites é altamente subjetiva, porém passa-se a reconhecer os princípios da ponderação e proporcionalidade como sopesadores desse conflito.

É com a colisão entre direitos de igual hierarquia, como o são os direitos fundamentais, que avulta de importância uma técnica capaz de solucionar a querela posta ao Estado-juiz.

A ponderação consiste no método necessário ao equacionamento das colisões de normas hierarquicamente iguais em um caso concreto, em que a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos seja a menor possível, na medida exata à garantia do direito contraposto. A insuficiência dos critérios clássicos para a resolução de conflitos acentua a necessidade da aplicação da ponderação de interesses.

Diante da percepção dos valores e princípios agasalhados no interior do ordenamento jurídico, e a luz das circunstâncias fáticas e jurídicas envoltas no caso concreto, terá de ser atribuído um peso específico a cada direito em colisão, para que se possa constatar qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer.

As restrições impostas aos direitos fundamentais em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, devendo o julgador buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo.

O princípio da proporcionalidade atua, dentre as suas múltiplas funções, como pauta procedimental de ponderação de interesses, e, como principal campo de atuação, nos direitos fundamentais.

Reconhecida a importância da jurisprudência sobre o tema também no ordenamento jurídico brasileiro, passou-se a um estudo mais aprofundado sobre o caso do Supremo Tribunal Federal envolvendo a liberdade de expressão e o discurso de ódio: o caso do pastor Tupirani da Hora Lores.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal decidiu-se que a liberdade de expressão, por não se tratar de garantia absoluta, deve ser submetida a limites morais e jurídicos, não podendo seu exercício implicar em ilicitude penal. Entendeu-se também que em casos como o do paciente, de discursos preconceituosos, ou de ódio, está-se diante de um impasse entre a liberdade de expressão, mais precisamente a religiosa, e a dignidade da pessoa humana, e que, frente a tal impasse, e usando-se da ponderação, deve prevalecer esse último princípio.

O que se pode perceber com essa decisão é que o judiciário brasileiro adotou uma postura mais restritiva em relação ao exercício da liberdade de expressão, estabelecendo como parâmetros para essa restrição, não apenas limites jurídicos, mas também limites morais, adotando assim a linha de pensamento europeia.

Nesse viés, atentou-se para a importância da jurisprudência, porquanto o sopesamento entre a liberdade de expressão e os princípios supramencionados deve ser feito caso a caso, no contexto dos fatos específicos.

Assim, diante de todo o exposto, não parece coerente que se dê à liberdade de expressão um caráter absoluto, porém, principalmente no que diz respeito a discursos de ódio, o limite entre o que está protegido e o que é contrário à Constituição não se mostra muito claro, ficando a cargo do Judiciário fazer uma análise casuística nesse sentido.

Por fim, o debate acerca dos limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio é relevante e ganha espaço nas ciências jurídicas porque, embora trate de um problema antigo, algumas questões permanecem sem contornos bem definidos. Uma solução para o conflito de

normas fundamentais tem se dado através da aplicação dos princípios da ponderação e proporcionalidade caso a caso. Assim, tem-se a probabilidade de se alcançar uma sociedade igualitária, plural e desprovida de qualquer forma de intolerância.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Tribunal Constitucional Alemão**. 90 *BVerfGE* 241, 247 de 1994.

ALEXY, Robert. *Epílogo a La Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, Madrid, **Revista Española de Derecho Constitucional**, Ano 22, nº 66, p. 26, set/dez 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL, **Medida Cautelar na Reclamação – MC RCL 23736/RJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-anula-decisao-condenava-paulo.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília, 08 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. RHC 134682, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Revista de Direito Público. 5/118. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan,-mar. 2007.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Hate Speech: o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e seus Limites**. 2013. Disponível em: ><http://www.odefensorcosmearaujo.com.br/2013/03/25/hate-speech-o-direito-fundamental-a-liberdade-de-expressao-e-seus-limites/>< Acesso em: 10 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHEQUER, Cláudio. **O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito brasileiro (aplicação e delimitação)**. Jornal Carta Forense. 03/01/2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protacao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>. Acesso em: 30 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Primeira Emenda Constitucional**. Washington, DC, 1791.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo, Ed. RT, 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito**. IN: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LAGO, Davi. **Brasil Polifônico: os evangélicos e as estruturas de poder**. – 1. ed. – São Paulo: Mundo Cristão, 2018.

LIBERDADE NEGATIVA. In: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Liberdade_negativa&oldid=49811117>. Acesso em: 22 out. 2019.

LIBERDADE POSITIVA. In: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Liberdade_positiva&oldid=52882989>. Acesso em: 22 out. 2019.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. **Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil**. 2014. *Revista de Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v.16, n. 3, set./dez. 2014.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986.

MARTÍNEZ, Gustavo Bueno. **El concepto de tolerância**. In: Blásquez-Ruiz, Javier (org.). *10 palabras clave sobre racismo y xenofobia*. Estella: verbo Divino, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. Brasília a.31 n° 122 mai./jul. 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. **O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50902>>. Acesso em: 22 out. 2019.

PECZENIC, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht, Kluwer, pp. 63, 80, 412 e 420, 1989.

PECZENIC, Aleksander. **The passion for reason**. In: Wintgens, Luc J. (ed.). *The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht, Kluwer, 1999.

ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in constitutional law jurisprudence: a comparative analysis**. Working Papers Series 41, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939> Acesso em: 20 de junho de 2019.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules. A philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life**. Oxford, Clarendon Press, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Rosane Leal da; et al. **Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira.** Revista Direito GV, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 445-467, jul. 2011. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23964/22729>>. Acesso em: 23 out. 2019.

SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43117&seo=1>>. Acesso em: 15 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma nega recurso de pastor condenado por discriminação religiosa.** 2008. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371511>>. Acesso em: 10 out. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

Recebido – 10/09/2020

Aprovado – 16/10/2020