



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ANA CLAUDIA FERREIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

**Assis/SP
2019**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ANA CLAUDIA FERREIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

Projeto de pesquisa apresentado ao curso do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do Curso de Bacharel em Direito.

Orientando(a): Ana Claudia Ferreira

Orientador(a): Fábio Pinha Alonso

**Assis/SP
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

F383L FERREIRA, Ana Claudia
Liberdade de expressão e discurso de ódio / Ana Claudia Ferreira. – Assis,
2019.

39p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do
Município de Assis – FEMA.

Orientador: Ms. Fábio Pinha Alonso

1. Liberdade-expressão. 2. Preconceito

CDD341.2732

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

ANA CLAUDIA FERREIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Ms. Fábio Pinha Alonso

Examinador: _____
Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, em especial aos meus filhos Gabriel e Thomaz, minha maior fonte de alegria e inspiração. Amo todos vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que me deu o dom da vida e me abençoa todos os dias, por ter me sustentado, sendo luz para meus passos e força para o caminho.

À minha mãe, por me ouvir e apoiar em todos os momentos de desânimo e cansaço, me incentivando a nunca desistir.

Aos meus irmãos, pelo carinho e incentivo.

Aos meus filhos, razão maior da minha vida, é por eles que enfrentei com coragem as dificuldades e realizei o sonho de cursar Direito.

Às minhas clientes queridas, por todo apoio durante esses anos, mesmo sabendo que ao trilhar outros caminhos, a vida nos separará do cotidiano, mas nunca do coração.

A todos os professores, por me proporcionarem o conhecimento nessa jornada acadêmica.

Ao meu orientador por aceitar prontamente o meu tema e me instruir no processo de pesquisa.

Finalmente agradeço à Instituição, por proporcionar a chance de expandir meus horizontes, pelo ambiente acolhedor e amigável.

“Mas nem sempre se deve esgotar tanto um assunto, que nada se deixe para o leitor fazer. Não se trata de fazer ler, e sim de fazer pensar.”

(MONTESQUIEU, O Espírito das Leis, livro XI, capítulo XX)

RESUMO

O presente trabalho aborda a problemática da liberdade de expressão e seus limites, especificamente, o discurso de ódio. A liberdade de expressão é um direito fundamental da pessoa, que está consagrado no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, no rol de direitos da personalidade, portanto, é um direito indisponível e inato. A liberdade é o bem mais precioso à existência de uma vida digna, aquele que não a possui fica privado de outros direitos. Todo ser humano tem liberdade de pensamento, pode expor ideias e críticas, fatos essenciais para a convivência em sociedade. Isso traz consigo a necessidade de tolerância a opiniões contrárias. No entanto, na exteriorização do pensamento, o indivíduo deve observar que seu direito não pode atingir os direitos de personalidade de outrem. Há então, a necessidade de limitar a liberdade de expressão para que não haja abuso, que muitas vezes se configura em discurso de ódio, que pode ser entendido como sendo o pensamento manifestado que inferioriza e discrimina uma pessoa ou um grupo e que deve ser combatido. No âmbito Penal e Civil, a lei tem feito seu papel de punir e reparar os danos sofridos pelas vítimas deste discurso, porém, tal recurso não tem sido suficiente para resolver os embates que a cada dia vêm aumentando, principalmente no ambiente virtual. O tema é bastante complexo, e assim, a análise em busca de soluções concretas deve ser ampla. A educação pode ser um meio de mudar o pensamento das pessoas, torná-las conscientes de que todos os indivíduos são iguais, não existe superioridade ou inferioridade, e sim, diferenças. O respeito ao ser humano, independentemente de sua etnia, cor, gênero, opção sexual ou qualquer outra característica, é o que se entende por vida digna em uma democracia. Através do presente estudo, foi possível concluir que o discurso de ódio está longe de terminar e, para que seja combatido, deve ser analisado e debatido em diversas áreas, não só no ramo do Direito.

Palavras-chave: liberdade de expressão, discurso de ódio, preconceito, discriminação.

ABSTRACT

The present manuscript discuss the freedom of speech and its limits, more specifically, the hate speech. The freedom of speech is a constitutional right, present in the 1988 Federal Constitution in its article 5, subsection IV, in the roster of personality rights. Thus, it is mandatory and natural. Freedom is the most valuable item of a worthy life, for one without freedom is deprived of other rights. Every human being has the liberty of ideas, and can expose their thoughts, and essential part of society living, and bringing the necessity of tolerance to contradictory opinions. However, by exteriorizing the ideas, it must be observed that one's right to express does not harm the personality rights of others. Thus, the necessity of limiting the freedom of speech so it does not become overused, giving space to the hate speech. The thought manifested into words and diminish a person or a group is understood and a hate speech, and must be opposed. In the Penal and Civil scope the law has its mechanisms to punish and repair damages suffered by the victims of this crime, however it has not being enough to solve the problem, once that this behavior is increasing, mainly in the virtual environment. The topic is quite complex, thus the analyze for solutions must be extensive. Education might be a way to change people thoughts and make them conscious that everyone is equal, there are no superiority or inferiority, but differences. The respect by the equals, independently of their ethnicity, skin color, gender, sexual opinion or any other characteristic is what is understood and a worthy life in a democracy. In conclusion, the hate speech problem is far to be solved, and to be opposed it must be debated in many knowledge fields, and not only with the view of the law.

Keywords: Freedom of Speech; Hate Speech; Prejudice; Discrimination

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

HC – Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO.....	13
2.1 DA LIBERDADE.....	14
2.2 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	15
2.2.1 Dos limites à liberdade de expressão.....	17
3 DOS CRIMES CONTRA A HONRA.....	19
3.1 DA CALÚNIA.....	19
3.2 DA DIFAMAÇÃO.....	20
3.3 DA INJÚRIA.....	21
4 DO DISCURSO DE ÓDIO.....	23
5 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	26
6 CASO ELLWANGER.....	28
6.1 CASO UNIDOS DO VIRADOURO.....	30
6.2 DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET.....	31
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação entre o direito à liberdade de expressão e o seu uso abusivo, que pode se transformar em discurso de ódio. Referido direito, positivado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso IV, é o resultado de um processo histórico. Já em Atenas, no século V a.C., os filósofos liberais defendiam a liberdade de opinião. As questões relativas ao cotidiano em suas cidades eram discutidas de forma que as pessoas podiam discordar e expressar divergências, mas isso ainda era direito de poucos cidadãos privilegiados (TOYNBEE, 1984, p. 75 *apud* COSTA, 2009). Os Direitos do homem têm seu registro na história com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, que dispõe em seu artigo 1º:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Referida declaração, em seus 18 artigos, traduz o que são direitos natos da pessoa, conferindo-lhes a qualidade de inalienáveis. Trata-se de um documento muito importante e de valor histórico inestimável, tendo inspirado e servido de exemplo para outras regiões no continente americano e europeu, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789). Este documento foi elaborado durante a Revolução Francesa, significando o fim do governo absolutista e o início de uma nova era. Sua criação foi necessária para o estabelecimento da primeira República Francesa. Referida declaração define direitos naturais e imprescritíveis, como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, garantindo aos indivíduos o direito de discordar e de expressar suas críticas.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU), criou a Comissão de Direitos Humanos com a participação de 48 países e, em 10 de dezembro de 1948, aprovaram, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estando a liberdade de expressão prevista em seu artigo XIX.

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

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã, no título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, incisos I ao LXXVIII, define esses direitos fundamentais, quais são e como são garantidos e protegidos pelo Estado, uma vez que a existência deles na Constituição garante sua aplicabilidade. Estes direitos surgiram para assegurar às pessoas a possibilidade de uma vida digna, de liberdade e igualdade, não podendo ser abolidos, conforme promulga o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna.

Dentre todos os direitos, a liberdade de expressão encontra-se amparada no inciso IV do artigo 5º, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Trata-se de um direito fundamental da pessoa humana, indisponível e inato. Porém não é um direito absoluto, pois há de existir uma limitação para evitar o abuso, ou seja, o direito de um não pode ferir o direito de outrem, o que muitas vezes se configura em discurso de ódio, do qual o indivíduo se utiliza para inferiorizar e discriminar. Tal discurso tem sido uma das principais influências fomentadoras de preconceito, perseguição, insultos e privação de direitos humanos a diversos indivíduos e grupos.

Assim, é necessário um estudo mais profundo e uma análise qualitativa sobre os limites da liberdade de expressão enquanto um direito. Ainda, importante analisar os impactos da violação e extrapolação desse direito, buscando a tênue linha que separa a mera opinião, do ódio explícito e ofensivo.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal de 1988, no título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, é subdividida em cinco capítulos: i) Direitos e deveres individuais e coletivos: são direitos inerentes a todos, independente de nacionalidade, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-lhes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º da CF/88); ii) Direitos sociais: são referentes a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (artigo 6º da CF/88). São direitos que tem por finalidade conferir condições de igualdade entre os indivíduos; iii) Direitos da nacionalidade: sendo esta um vínculo jurídico político que estabelece uma ligação entre um determinado indivíduo e o Estado, “a nacionalidade faz da pessoa um dos elementos da dimensão pessoal do Estado” (PONTES DE MIRANDA *apud* DE BARROS MONTEIRO, 1967, p.323), e esta pessoa passa a fazer parte do povo e a ter direitos e deveres dentro deste território. A Constituição traz em seu artigo 12, incisos I e II, os requisitos que faz um cidadão brasileiro ser nato ou naturalizado; iv) Direitos políticos: serão exercidos pelo sufrágio universal, ou seja, o direito de o cidadão eleger seus representantes e ser eleito. É a garantia para que os brasileiros possam participar da vida política do país, fundamento básico de um estado democrático; e por fim, v) Direitos dos Partidos Políticos: é a liberdade de criação, organização, autonomia, fusão e a extinção dos mesmos. Porém, essa liberdade não é absoluta, pois devem ser resguardados o regime democrático, a soberania nacional, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana, conforme preceitua o artigo 17 da Constituição Federal.

Os Direitos Fundamentais são baseados nos princípios dos direitos humanos, contudo, são interpretados como de caráter nacional, pois estão intrinsecamente relacionados com as garantias que um determinado Estado confere aos seus cidadãos. Definidos como conjunto de direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, garantindo a vida, a liberdade, a igualdade, a educação, a segurança, entre outros. No presente trabalho será discutido primordialmente o direito à liberdade, mais especificamente, a Liberdade de Expressão, buscando compreender seu conceito, função e limite (i.e., discurso de ódio).

2.1 DA LIBERDADE

Segundo o Dicionário de Filosofia (MORA, 2001), em sentido geral, o termo liberdade é a condição daquele que é livre, que tem a capacidade de agir por si próprio, tem independência, autonomia e autodeterminação. Deste conceito, desdobram-se duas concepções: a “negativa” que é a ausência de restrições à liberdade, e a “positiva” que é a posse dos direitos, uma conquista da cidadania. A liberdade é um direito fundamental básico, de primeira dimensão. Ideologicamente, surgiu nos séculos XVII e XVIII, e compreende direitos civis e políticos, próprios ao ser humano e oponíveis ao Estado. Na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, estão expressas as liberdades individuais, sendo elas as seguintes: direito de ir e vir; de opinião e expressão; de crença religiosa ou convicção filosófica ou política; de associação para fins lícitos; de pensamento; etc. A liberdade é inerente ao homem, sendo anterior à Sociedade, ao Direito e ao Estado. Considera-se que a liberdade foi concebida ao homem desde a sua formação, tornando-a imanente à natureza humana.

Entretanto, embora o Estado a reconheça, o mesmo a regula e a restringe, controlando seu uso pelo homem (RUIZ, 2006). A liberdade é o direito de fazer tudo o que não é defeso em lei. Assim, se um cidadão pudesse fazer o que ela proíbe, outros também poderiam. Logo, a atitude de um indivíduo ou grupo poderia interferir na vida de terceiros, cerceando, por exemplo, sua liberdade de ir e vir e de se expressar, descaracterizando a noção de liberdade previamente apresentada. Ao longo do tempo, a criação de normas, escritas ou não, se mostrou necessária, para que se estabelecesse um convívio harmonioso entre os homens. O conjunto de tais regras de conduta, que se formaram conforme o contexto social, é o que denominamos como Direito. Assim, a liberdade deve ser garantida pela lei. “Onde não há lei, não há liberdade” (LOCKE, 1998, p. 401-402 *apud* MAMEDE, 2010), e através das sanções por ela imposta, aquele que vive em sociedade tem, de certa forma, sua liberdade limitada.

No mundo contemporâneo, é comum se escutar que o direito de um termina onde começa o de outro. A liberdade se manifesta na dimensão interna e externa, ou seja, não é solitária com o próprio eu, mas se dá na relação com os outros. Para a filósofa Hannah Arendt (1906-1975), a liberdade existe onde a condição plural do homem é respeitada, não havendo cerceamento da liberdade de um em favor da liberdade de outrem (TORRES, 2007).

A liberdade é o bem mais precioso à existência de uma vida digna, sendo uma condição essencial ao ser humano, pois aquele que não a possui fica privado de outros direitos. Entretanto, são impostas algumas restrições, uma vez que o homem convive em sociedade. Neste sentido, a lei protege o direito à liberdade, mas ao mesmo tempo, não pode deixar desamparado aquele que tem seu direito violado pelo exercício do direito à liberdade de um outro indivíduo. A lei que protege, deve ser a mesma que pune.

Assim sendo, é necessária uma profunda análise sobre a questão da liberdade de expressão como um direito à racionalidade do homem, positivado pela Constituição. A Constituição protege e resguarda o direito ao livre pensamento e a sua externalização. Entretanto, existe punição quando a mesma fere a dignidade de terceiros igualmente tutelados pela Constituição.

2.2 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito de primeira dimensão, direito protegido pela Declaração Universal do Direitos Humanos, de 1948. Em seus dispositivos, tal direito é trazido como essencial para a dignidade da pessoa humana, pois permite o pluralismo das ideias em prol do crescimento da humanidade.

No Século XVII, John Milton, em sua obra *Areopagítica*, defendia a superioridade da liberdade de expressão em face dos demais direitos. “Acima de todas as liberdades, dê-me a de saber, de me expressar, de debater com autonomia, de acordo com minha consciência” (p. 31). De fato, a liberdade de expressão é um pilar fundamental na construção de um estado democrático, e um fundamento primordial à dignidade da pessoa humana.

A liberdade de expressão é o direito fundamental que possibilita o exercício da soberania popular e pelo qual se concretizam as virtudes republicanas, uma vez que torna os cidadãos capazes de escolher, fiscalizar, contestar e exigir o devido exercício dos Poderes (GONÇALVES, 2014, p. 391).

No Brasil, a liberdade de expressão foi tratada de várias formas, sendo adaptada conforme o contexto histórico. A Carta Imperial de 1824, outorgada pelo Imperador português Dom Pedro I, trazia em seu texto que todos eram livres para comunicar seus pensamentos e publicá-los sem censura, no entanto, aqueles que cometessem abusos em seu direito,

seriam por eles responsabilizados. Porém, não havia de fato a plena liberdade, devido a existência do Poder Moderador.

Com a proclamação da República e a queda da monarquia em 1889, nasceu uma nova Constituição em 1891, na qual a liberdade de expressão foi tratada de maneira semelhante à Carta de 1824. A novidade é que foi acrescentada a cláusula de vedação ao anonimato, ou seja, ninguém poderia expor críticas e ideias publicamente, sem expor, igualmente, o próprio nome, não podendo se utilizar de pseudônimos.

Com a Revolução de 1930 e a nomeação de Getúlio Vargas como Chefe do Governo Provisório, foi promulgada a Constituição de 1934. Em seu texto, este documento dispõe ser livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a diversões públicas e espetáculos. Em 1937, a censura foi também estendida à imprensa, com a Constituição conhecida como “A Polaca”, por ter sido baseada na Constituição dominadora da Polônia. Esta época foi marcada por um rigoroso controle da liberdade de expressão e comunicação, suprimindo os direitos de livre manifestação.

Com a Constituição de 1946, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, se restabelecem as garantias de liberdade da Carta de 1934, proibem-se propagandas de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. Ainda é assegurado o direito de resposta.

Após 21 anos, em 1967, mesmo com o golpe militar de 1964, o texto constitucional praticamente não se modificou, e ainda se ampliou o conceito de liberdade de expressão, em especial sobre convicções filosóficas e políticas. Entretanto, esse modelo durou pouco tempo, já que em 1969, a Emenda Constitucional nº 1, decretada pela Junta Militar alterou a Constituição de 1967 quase que completamente. Em relação à liberdade de expressão não trouxe nenhuma alteração formal, apenas proibiu as publicações que ofendessem a moral e os bons costumes, contudo este direito sofreu a maior represália na história do Brasil.

Por fim, a Magna Carta de 1988, garantiu a liberdade de expressão e de consciência, sendo vedado o anonimato e a censura, estendendo-se às atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, abrangendo amplamente o direito e protegendo interesses individuais e coletivos. Reconhece a todo e qualquer indivíduo sem distinção, o direito de, através de juízo pessoal de valores, formar opiniões e se expressar de maneira escrita, falada ou por meios de comunicação. Atualmente trata-se de uma cláusula pétrea (artigo 60 § 4º, inciso IV), o que impede que venha a ser alterada por emenda constitucional.

Por liberdade de expressão, Edilson Farias (2004, p. 54) preleciona que “consiste na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão”. Desse modo, a liberdade de expressão não é apenas o direito que um indivíduo tem em se expressar, vai muito além, é um direito amplo, de externar ideias e opiniões, de comunicar fatos e de deles ser informado. Tal direito, tem caráter subjetivo por ser individual, e nesse sentido, é um meio de formação da personalidade, um direito indisponível e inato. Possui também caráter objetivo, pois envolve o coletivo, a liberdade de imprensa e de comunicação. O conteúdo da liberdade de expressão possui duas dimensões, a individual e a social, sendo o direito de manifestar as ideias e da comunidade ter acesso a elas, respectivamente. Portanto é um direito inerente de todo ser humano, sem qualquer distinção, de manifestar livremente o seu pensamento, as suas convicções, sem censura ou penalização do Poder Público. Contudo, não há direito absoluto, haja vista, que o próprio texto constitucional o limita. A lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989, impõe medidas no sentido de punir aqueles que fazem discursos racistas e difamatórios. De igual modo, o Código Penal Brasileiro, capítulo V, Dos Crimes Contra a Honra, artigos 138, 139 e 140, penaliza aquele que cometer calúnia, difamação e injúria contra qualquer pessoa. Em suma, a liberdade de expressão tem seus limites, tais como: vedação ao anonimato, o direito de resposta, o direito à honra, à privacidade e o direito à ação indenizatória. Outros princípios constitucionais fundamentais devem se sobrepôr ao direito à liberdade de expressão, pois este não pode prosperar em face da dignidade humana, bem como da igualdade, outro direito fundamental.

2.2.1 DOS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Limitar a liberdade de expressão, foi e continua sendo um dos desafios que traz muitas discussões no ramo do Direito, pois ao se permitir que todo pensamento seja externado livremente, amplia-se o direito dos indivíduos de se manifestarem, o que faz com que essas manifestações, muitas vezes, violem direitos alheios. A liberdade de expressão não pode dar respaldo a qualquer tipo de manifestação que agride, inferiorize ou discrimine uma pessoa ou grupo. Ao analisarmos as limitações impostas é necessário cautela. De fato, é imprescindível a possibilidade de opor limites ao exercício deste direito, mas deve-se observar para que não venha retroceder a uma situação de censura.

Dessa forma, existe legitimidade ética e moral para a existência de leis impondo restrições, indicando as condutas tidas como ilícitas e as devidas punições impostas para quem as praticar. Mesmo nos casos em que a legislação foi silente, o ordenamento jurídico não deixa ao desamparo, já que, se pode invocar o princípio da dignidade humana e o princípio da proibição do abuso de direitos. Considerando que a liberdade de expressão não pode ser exercida de forma ilimitada, compreendemos que a lei não autoriza a calúnia, a difamação e a injúria. Embora este direito fundamental, positivado pela Constituição seja de suma importância, seu limite começa ao encontrar uma lei que o restrinja.

Entre os limites impostos pela nossa legislação, a vedação ao anonimato foi previsto pela Constituição, se relaciona ao direito à livre manifestação do pensamento e tem por finalidade evitar a impossibilidade de identificar eventuais responsáveis por violação de direitos. Neste sentido a vedação ao anonimato é a garantia de direito de resposta proporcional ao agravo, devidas indenizações materiais e morais e ainda as ações penais, como por exemplo, crimes contra a honra.

3. DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Os crimes contra a honra são crimes simples que atingem a integridade ou incolumidade moral da pessoa. A honra conceitua-se como um conjunto de atributos intelectuais, morais e físicos referentes a um indivíduo. A honra pode ser dividida em duas, sendo: honra objetiva, que é a imagem social que uma pessoa possui perante a sociedade, ou seja, “diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém” (CAPEZ, 2018, p. 313); e honra subjetiva: que é o juízo que se faz de si mesmo, estima própria. Esses atributos são indispensáveis para a vida em comunidade, portanto é de suma importância que o Direito Penal venha resguardá-los, garantindo que nenhuma pessoa atinja a honra de outra sem que seja por isso penalizada.

Os crimes contra a honra podem ser praticados de forma oral, escrita, por meio de imagens, gestos, etc. Ainda, assumem a forma de Calúnia, Difamação e/ou Injúria.

3.1 DA CALÚNIA

A Calúnia, o primeiro crime do rol dos Crimes Contra a Honra, está tipificada no artigo 138 do Código Penal Brasileiro, que traz:

Art.138 “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”.

O crime de calúnia, segundo sua definição exige as seguintes condições: a imputação de fato determinado, sendo o fato tido como crime, e também, a falsidade na imputação. Comete calúnia quem imputa a alguém, falsamente, a prática de um crime que a pessoa não cometeu, sendo a intenção do agente lesionar a honra objetiva da vítima, como visto anteriormente, a reputação que ela possui perante a sociedade.

Os elementos subjetivos da calúnia são o dolo de dano, que consiste na vontade consciente de caluniar a vítima e o dolo especial, que é a intenção de ofendê-la, atribuindo-lhe fato tipificado como crime, mesmo sabendo de sua inocência.

Qualquer pessoa poderá ser considerada sujeito passivo de calúnia, pois trata-se de crime comum. A honra é um bem personalíssimo, que não se transfere a ninguém. Os mortos não são sujeitos passivos de calúnia, a honra é atributo dos vivos. Entretanto, para preservação de sua reputação e memória, no caso de ofensa caluniosa, seus parentes

serão os sujeitos passivos. Do mesmo modo, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do crime de calúnia, desde que imputável, visto que os inimputáveis (menores de 18 anos e doentes mentais) não cometem crimes, mas fatos definidos como crime.

O sujeito ativo do crime de calúnia, em processo, poderá arguir a exceção da verdade (CP, 138, § 3º). Trata-se da possibilidade de provar ser verdadeira a imputação feita, pois, a essência do crime é a falsidade na imputação, sendo assim, provado que a acusação é verdadeira, não haverá calúnia, por ausência de tipicidade. Há hipóteses em que não será admissível a exceção da verdade: i) se o fato for imputado ao Presidente da República ou contra Chefe de Governo Estrangeiro, em virtude do cargo e função que ocupam, dessa forma ainda que o fato seja verdadeiro, o caluniador não poderá opor tal exceção; ii) se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível (CP, 138, § 3º, I); iii) se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível (CP, 138, § 3º, II).

3.2 DA DIFAMAÇÃO

O crime de difamação, disposto no artigo 139 do Código Penal, também visa proteger a honra objetiva da vítima, difamar é levar fato desonroso à reputação ao conhecimento de terceiros.

Art.139 “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”.

Na difamação, tal como na calúnia, os elementos subjetivos são: dolo de dano e especial. Entretanto, a difamação difere da calúnia em dois aspectos: i) embora o fato seja verdadeiro, ainda assim persistirá o crime; ii) o fato ofensivo não pode ser criminoso. É suficiente a descrição de um fato, verdadeiro ou não, e que seja desonroso à reputação alheia para ser configurado como difamação. Assim, difamar uma pessoa implica divulgar fatos infamantes à sua honra subjetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos. (NUCCI, 2016, p. 663).

O sujeito passivo do crime de difamação é toda pessoa que tiver sua honra violada pela ofensa alheia, inclusive menores de 18 anos e doentes mentais, pois todos são dotados de honra objetiva. O sujeito ativo, neste caso, pode ser qualquer pessoa, por se tratar de crime comum. A lei, ao definir o crime de difamação, pretende preservar a particularidade de vida de cada indivíduo, evitando comentários desnecessários por parte de terceiros, pois, ainda

que verdadeiros os fatos, há de se preservar a imagem que a pessoa possui em seu meio social.

3.3 DA INJÚRIA

A injúria, ao contrário dos outros dois crimes supracitados, é um crime contra a honra subjetiva (interna) da pessoa, contra o conceito que a pessoa tem de si mesma, contra a autoestima, contra o autorrespeito.

Art. 140, Código Penal. “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro”.

Aqui não se fala em um fato, apenas se observa a manifestação de desrespeito com a vítima, a ofensa à individualidade de cada um, dividida em dois aspectos: dignidade e qualidades morais; ou do decoro, que diz respeito aos atributos físicos e intelectuais.

Só há injúria quando o agente age dolosamente (*animus injuriandi*), exteriorizando um conceito acerca dos atributos pessoais da vítima, atribuindo-lhe qualidade negativa. Além do dolo, deve estar o agente imbuído do fim de injuriar, da vontade de causar dano à honra subjetiva da vítima (TELES, 2004, p. 279).

O “perdão judicial” está previsto no artigo 140, § 1º, incisos I e II, do CP, que traz as condições em que o magistrado poderá deixar de aplicar a pena. Tais condições são: injúria por provocação do ofendido (injúria por legítima defesa), que de alguma forma reprovável, provocou diretamente a injúria; e no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

A injúria real é crime complexo, dois bens jurídicos merecem a proteção, a honra subjetiva e a integridade física, pois neste contexto, além da injúria o agente busca atingir seu objetivo com o emprego de violência ou vias de fato, situação que faz com que o legislador dê mais importância e torne a pena mais agravada e também comine a pena correspondente à lesão.

Enfim, trataremos da questão mais recorrente na atualidade, que muitas vezes nos deparamos no dia a dia, a injúria discriminatória. Consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sujeitos passivos determinados, que foram incluídos ao artigo 140, através da lei nº 9.459, de 1997. É uma espécie de injúria qualificada e sua pena varia de 1 (um) a

3 (três) anos de prisão e multa. Do mesmo modo, é ofensa a honra subjetiva da vítima, ou seja, sua dignidade e decoro. Entretanto, a lei traz elementos subjetivos especiais para caracterizar esse crime, pois, ao se referir a sujeitos passivos determinados, não se referiu a qualquer sujeito, razão pela qual, só se configura crime de injúria discriminatória, ofensas dirigidas a este grupo de pessoas.

4. DO DISCURSO DE ÓDIO

A Constituição Federal de 1988 trata os direitos fundamentais de maneira harmônica, contudo podemos dizer que há uma pré-disposição em privilegiar o direito de liberdade de pensamento e manifestação em relação aos demais direitos. É compreensível, pois historicamente viemos de um regime ditatorial, onde tivemos o cerceamento da liberdade e a censura. O problema na ênfase deste direito é que, muitas vezes, o indivíduo no exercício de sua liberdade, acaba por extrapolar parâmetros éticos e morais, o que pode se configurar em discurso de ódio.

Conceitua-se discurso de ódio como toda manifestação de pensamento da qual o indivíduo se utiliza para inferiorizar ou discriminar, promovendo a exclusão social, o ódio e a incitação da violência contra pessoas ou grupos, em virtude de sua raça, sexo, cor, religião, nacionalidade, orientação sexual, condição física, etc (BRUGGER, 2007, p. 118). Para haver discurso de ódio são necessárias duas características: a discriminação e a exteriorização do pensamento, já que o pensamento não exteriorizado não sofre nenhuma restrição.

Parte-se do pressuposto que deve existir um livre mercado de ideias, que são relevantes para as discussões de interesse público e que a sociedade tem condições suficientes de avaliar quais ideias devem prevalecer. Também há a necessidade de tolerância a opiniões contrárias. "Não é o estado que estabelece quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis, essa tarefa cabe, antes ao público a que essas manifestações se dirigem" (BRANCO, 2019, p. 269).

Podemos afirmar que o discurso de ódio está no mundo das ideias, uma ideia válida, ainda que preconceituosa e discriminatória, não é uma ação concreta (MEYER-PFLUG, 2018). Porém, tal discurso, tem sido umas das principais influências para que haja perseguição e insultos a diversos indivíduos e grupos, pois através dele é que se gera a intolerância que acaba por gerar a violência (ação concreta).

Os propagadores de discurso de ódio encontram-se em diversos locais, principalmente nas mídias sociais, pois é o local propício para a propagação de ideologias, opiniões e disseminação de ódio, com mais visibilidade e dificuldade de ser controlado (DA SILVA *et al*, 2011). O foco central do ódio é a desvalorização do outro (THWEATT, 2002), sentimento de total desprezo por pessoas que os emissores julgam como inferiores ou indignas da mesma cidadania. A discriminação e o preconceito são os institutos presentes no discurso de ódio. Discriminar é distinguir de modo injusto uma pessoa ou um grupo, por suas

características, é a ação baseada em uma opinião preconcebida de forma superficial (preconceito).

O discurso de ódio não é contemporâneo. Historicamente, existiu perseguição e exclusão do meio social a diversos grupos de pessoas, como os negros e as mulheres. No passado, a Alemanha viveu um período marcado por preconceito e discriminação contra os judeus (antissemitismo), que vitimou milhões de pessoas, ao promover o ódio, considerando que os mesmos eram uma raça inferior e responsáveis por todos os males da sociedade alemã. Na atualidade, em todo o mundo, esse tipo de discurso vem crescendo e ganhando força, se espalhando em muitas democracias (GUTERRES, 2019). Em uma sociedade democrática é fundamental o direito de liberdade de manifestação de pensamento e divergências de opiniões, o que é inevitável em uma sociedade plural. Contudo não se pode admitir a exteriorização de conteúdos que venham a inferiorizar e discriminar.

Deve-se proteger o direito de expressar opiniões, criticar e discordar, mas, como controlar o preconceito e a discriminação em tal discurso? A Constituição brasileira dispõe expressamente que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (artigo 5º, XLI) e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (artigo 5º, XLII). A Lei 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, traz em seu artigo 1º: “Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, e ainda, o artigo 20 explicita como crime “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. A Lei 12.288/ 2010, em seu artigo 1º, institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

A Constituição Federal brasileira e as leis infraconstitucionais vêm assegurando os direitos das vítimas de discriminação e preconceito, pois, para a preservação da dignidade da pessoa humana, há de se observar e respeitar os limites morais e jurídicos. O grande desafio do Estado é garantir os direitos de todos sem consequentes prejuízos à liberdade, primordial em uma democracia.

O ordenamento jurídico tem enfrentado conflitos entre os direitos fundamentais. É oportuno esclarecer que não há hierarquia entre eles, sendo consenso a inexistência de direito

fundamental absoluto. Portanto, o direito de liberdade de expressão não tem preferência em detrimento dos direitos da personalidade.

No Brasil, ainda não há legislação específica para o discurso de ódio, o Poder Judiciário tem analisado caso a caso, mas não tem uma jurisprudência dominante.

Analisaremos a colisão entre direitos fundamentais, e para que haja a prevalência de um direito sobre o outro se faz necessário o estudo da proporcionalidade e da ponderação.

5. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os direitos fundamentais, embora no plano filosófico tenham sido concebidos como naturais, universais e imutáveis, se modificam em razão das mudanças históricas. Como afirma Bobbio (1992, p. 5).

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Vão se somando aos direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão e sofrem alterações conforme o contexto social de um Estado, suas necessidades, demandas e lutas. A ideia de historicidade dos direitos fundamentais, segundo Bobbio, é que os direitos “nascem quando devem ou podem nascer” (BOBBIO, 1992, p. 6).

Como vimos, as Constituições brasileiras sempre trataram dos direitos fundamentais, em especial a Constituição Federal de 1988 (Constituição Cidadã). Nela está consagrado um rol de direitos fundamentais que ocupam o mesmo status jurídico e são mantidos em uma relação harmônica, pois não há entre eles hierarquia, portanto não há conflitos no plano normativo. Contudo, no plano fático, nas relações cotidianas, se verifica com frequência, que há conflitos de direitos. A esse fenômeno denomina-se colisão de direitos fundamentais, que pode se dar em sentido amplo, em que o conflito é entre direitos individuais e bens coletivos; ou em sentido estrito, em que o exercício do direito fundamental de um indivíduo tem consequências negativas sobre direito fundamental de outro, todos protegidos pela Constituição.

Segundo o constitucionalista Canotilho:

Fala-se em colisão de direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade (CANOTILHO *apud* MENDES, 2019, p. 236).

Que os direitos fundamentais não são absolutos já ficou evidente, portanto, se surgirem em posições antagônicas, a proposta metodológica é a ponderação, que se operacionaliza mediante o princípio da proporcionalidade. Este princípio é um dos mais importantes instrumentos utilizados pelos julgadores para a interpretação e resolução de conflitos. Assim, o princípio da proporcionalidade indica, no caso concreto, a prevalência de um direito em prejuízo de outro.

Coelho esclarece que:

utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (COELHO, 2007, p.109 *apud* LENZA, 2008, p.97).

Conclui-se que, nos casos de colisão de direitos fundamentais é o princípio da proporcionalidade que dará amparo jurídico para a solução do caso concreto, utilizando como parâmetro três subprincípios: adequação (pertinência), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Como etapas, o intérprete estará autorizado a passar de um elemento para outro. Inicia-se pela adequação, que é a análise de que os meios empregados são eficazes para se atingir o fim almejado, sem violar outros meios ou princípios. É a compatibilidade entre fins e meios, nesse sentido, deve prevalecer o meio mais pertinente para se atingir o fim, respeitando a coletividade. Na próxima etapa, necessidade, a medida não pode ultrapassar os limites indispensáveis para obter o resultado, para ser admissível deve ser necessária, optando sempre, pela solução menos gravosa. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, “em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados” (LENZA, 2008, p. 97).

Este tem sido o meio utilizado para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, no entanto, o Poder Judiciário ainda tem uma jurisprudência flutuante em termos de liberdade de expressão, ora a assegura, outra a restringe, o que é extremamente danoso para o país, pois traz uma enorme insegurança jurídica (MEYER-PFLUG, 2018). Para melhor compreensão dos julgados, a sessão seguinte trará a análise de alguns casos complexos. O primeiro caso teve grande repercussão e chegou à Suprema Corte do país.

6. CASO ELLWANGER (HC 82.424-2/RS)

No Brasil, a solução para a colisão entre direitos fundamentais não depende de lei, trata-se do critério da ponderação, atividade preponderantemente judicial. A colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos, é analisada caso a caso pelos juízes. No que consiste em direitos e garantias constitucionais, é o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, que tem o importante papel de preservar e assegurar tais direitos.

O caso mais complexo de colisão de direitos fundamentais e discurso de ódio conhecido no Brasil, foi abordado no o HC 82.424-2/RS, em que o escritor/editor Siegfried Ellwanger Castan, publicou livros antissemitas, um deles de sua própria autoria: “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século”, utilizando como pseudônimo, S. E. Castan. Em sua obra (resultado de suas pesquisas), defendia a revisão histórica quanto à Segunda Guerra Mundial e o Holocausto. O texto traz a negação deste, incita a aversão aos judeus e a rejeição ao judaísmo. Ele parte da premissa de que a história foi contada pelo ponto de vista dos vencedores. Em alguns trechos do livro fica evidente a desqualificação do povo judeu: “o nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar, os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora” (p. 95); “o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda” (p. 23); “os únicos gananciosos da grande guerra foram de fato os judeus” (p. 23).

A ação em face de Ellwanger inicia-se em novembro de 1991, quando o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra ele, imputando-lhe o crime do artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, redação dada pela Lei 8.081/90, “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, pois, teria editado, distribuído e comercializado ao público obras de conteúdo discriminatório contra o povo judeu. A sentença em primeiro grau considerou pela absolvição do acusado, entendendo que não houve crime de discriminação, a liberdade de expressão foi privilegiada. Os assistentes de acusação apresentaram recurso de Apelação junto à instância superior, alegando que a conduta do acusado era crime de racismo e discriminação ao povo judeu. Em outubro de 1996, a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acolheu o recurso e prolatou a sentença condenando o réu a 2 anos de reclusão, com *sursis* por 4 anos, pelo crime de racismo, reconhecendo a existência de dolo

e abuso na liberdade de manifestação do pensamento por parte do escritor/editor. o Superior Tribunal de Justiça negou HC e o caso chegou à Suprema Corte.

O advogado de Ellwanger impetrou *habeas corpus* junto ao STF, alegando que seu cliente não havia cometido crime de racismo, pois conforme comprovado cientificamente pelo genoma humano, não existem raças (apenas a humana). Se não existem raças, seu cliente não cometera crime de racismo. O STF então, teve que definir um conceito de raça (não podia mais ser o conceito científico) e o seu alcance, assim acabou decidindo que raça é qualquer grupo étnico, religioso, cultural, etc. Após tal interpretação, passou a analisar o princípio da proporcionalidade entre os direitos de liberdade de expressão e a dignidade humana. A questão a ser resolvida era se o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo.

Alguns votos que são essenciais para compreendermos a decisão: o Ministro Gilmar Ferreira Mendes indeferiu o HC, por entender que “o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo”. Para Mendes, “não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana” (STF, 2003, on-line).

Outro voto importante foi do Ministro Cezar Peluso que seguiu a maioria e votou pela denegação do *habeas corpus*. “A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre”, disse. O ministro Celso de Mello, acompanhou a dissidência, afirmando que “só existe uma raça: a espécie humana”, e frisou: “Aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”. Achou correta a condenação de Ellwanger, negando-lhe o HC.

Serve como fundamento para a decisão de indeferir o *writ* ao paciente, a obra de Norberto Bobbio, “Elogio da Serenidade”:

A raiz do racismo não é apenas o preconceito, mas o preconceito reforça o racismo. É difícil pensar num indivíduo que esteja animado por uma forte aversão aos indivíduos de outra raça e que não procure justificar essa aversão recorrendo a juízos não sustentados por alguma prova de fato. É preciso, porém, distinguir entre o racismo como comportamento, como atitude habitual, irrefletida, emotiva, e o racismo como doutrina que pretende ser científica, ideologicamente inspirada e direcionada (BOBBIO, 2011, p. 16).

A decisão não foi unânime (oito votos a três), mas prevaleceu o entendimento que mesmo não se tratando de uma ação concreta, o livro poderia gerar a prática do racismo. “Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples

discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus” (MENDES, 2011, p. 604).

No caso Ellwanger, nota-se que a dignidade da pessoa humana prevaleceu em detrimento à liberdade de expressão do escritor. Tal decisão tem por finalidade reafirmar o compromisso do Brasil, em lutar contra qualquer tipo de discriminação e preconceito.

6.1 CASO UNIDOS DO VIRADOURO

No ano de 2008, a Escola de Samba Unidos do Viradouro, teve como enredo o logo “É de arrepiar”, sendo que um de seus carros alegóricos representava o holocausto. A intenção da escola carioca era de demonstrar que aqueles acontecimentos causaram horror em toda a sociedade, e que pudessem ser lembrados como algo que nunca mais deveria acontecer. Em sua alegoria, muitos corpos nus e pálidos e como destaque, uma pessoa fantasiada de Adolf Hitler. O carnavalesco Paulo Barros diz acreditar que sua alegoria representa um protesto e um alerta contra todo o tipo de extermínio da vida e da liberdade (ÉPOCA, 2008, on-line). No entanto, sua exibição foi proibida pela juíza, Dra. Juliana Kalichsztein, após a Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro (FIERJ) propor ação judicial. A magistrada concedeu a liminar e impôs uma multa no valor de R\$ 200.000,00 caso a escola descumprisse a ordem, além de uma multa adicional de R\$ 50.000,00 se algum integrante usasse alegoria parecida com Hitler (MEYER-PFLUG, 2009). Em sua decisão alegou que tal exibição seria uma forma de discurso de ódio velado e banalização dos atos sofridos pelos judeus.

Em forma de protesto quanto à decisão judicial pelo cerceamento do direito à liberdade de expressão, a escola entendeu como censura e desfilou usando mordanças com a frase “não se constrói futuro, enterrando a história”.

No presente caso, deveria prevalecer a liberdade de expressão? Para respondermos esta pergunta, é necessário analisar as características do discurso de ódio, ou seja, o dolo (vontade de promover o ódio) e a discriminação. Como já visto, a intenção da escola, segundo o carnavalesco, era trazer para a realidade fatos que ocorreram no passado, jamais negar o holocausto e muito menos incitar o ódio contra os judeus (MEYER-PFLUG, 2009).

O carnaval é uma das maiores manifestações artísticas e culturais, em que as escolas de samba, através de seus enredos, trazem discussões e reflexões sobre variados temas. É uma arte, e como toda arte pode ser compreendida ou não. Segundo Fischer (1987, p. 20) “A arte é necessária para que o homem se torne capaz de conhecer e transformar o mundo em que vive”.

A resolução dos casos Ellwanger e Viradouro tiveram como fundamentos a dignidade da pessoa humana. No primeiro caso, fica evidente a questão da discriminação e do preconceito, no segundo, a questão talvez tenha sido interpretada de maneira equivocada. No Direito, a jurisprudência, acaba por criar alguns parâmetros para outras decisões, embora neste caso haja peculiaridades distintas, a solução encontrada pela magistrada tenha sido a mesma.

Quanto ao tema do discurso de ódio, é oportuno também tratarmos de situações que ocorrem em ambiente virtual, pois com os avanços das tecnologias e das mídias sociais esse tipo de discurso vem crescendo a cada dia, incentivando o ódio e a divisão. Facebook, Instagram e até mesmo no Youtube - as pessoas postam conteúdos racistas, misóginos, xenófobos, homofóbicos, com todo tipo discriminação e preconceito contra diversas pessoas e grupos (MOURA, 2016). Vamos analisar a seguir, alguns casos de discurso de ódio na internet, que ficaram famosos por se tratar de pessoas de destaque nacional.

6.2 DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET

A jornalista do Jornal Nacional, Maria Júlia Coutinho, foi vítima de discurso de ódio na internet. O caso ocorreu no segundo semestre de 2015, na página do Facebook do próprio jornal, se repetindo após dois anos (2017), em seus perfis do Facebook e Instagram. Entre os comentários pejorativos e racistas estavam: “só consegui emprego no Jornal Nacional, por causa das cotas, Preta imunda”; “não tenho tv colorida pra ficar vendo essa Preta não”; “Cala a boca Majú, Preta, escrava, insuportável e desgraçada”. O Ministério Público de São Paulo, indiciou quatro homens por injúria e racismo.

A atriz Thaís Araújo também foi vítima de discurso de ódio em seu perfil no Facebook, no mesmo ano de 2015, os comentários foram: “te pago com banana”; “me empresta seu cabelo aí pra eu lavar louça”; entre outros. O caso foi investigado pela Delegacia de Repressão aos crimes de Informática, e os *haters* foram identificados.

A atriz Cris Vianna também em 2015 foi vítima de discriminação e preconceito em sua página pessoal no Facebook, entre os comentários: "Já usou esse cabelo para lavar a casa hoje, Africana?"; "Parece o Bombril que minha mãe usa na pia"; "sua primata africana"; "Cadê o lbama pra tirar esse porco espinho do Facebook", "macaca", disseram alguns dos internautas.

Os casos de discurso de ódio, no Brasil, que se tornaram mais conhecidos são contra mulheres negras, contudo, existem muitos outros casos que acontecem rotineiramente na vida de muitas pessoas. No ano de 2018 devido a polarização política no país, houve diversos discursos de ódio, principalmente perto das eleições. Os eleitores de Jair Bolsonaro (PSL) e Fernando Haddad (PT) travaram uma verdadeira guerra e as expressões se tornaram absurdas, sendo alvos desse discurso: as mulheres, os negros, os LGBT+ e, principalmente, os nordestinos. As ofensas dispararam depois do primeiro turno, quando o resultado das eleições apontou que o candidato Haddad foi o mais votado no Nordeste, motivo pelo qual o candidato Bolsonaro não foi eleito naquele turno. Os comentários foram: "Nordestino não é gente"; "Se o nordestino tivesse a cabeça redonda, pensaria melhor"; "Vamos separar o nordeste do resto do Brasil" (SAFERNET, 2019, on-line).

Como vimos, o discurso de ódio sempre existiu e está no cotidiano das pessoas. Devido ao avanço da internet e o fácil acesso a este veículo de informações, tal prática vem aumentando consideravelmente. Mesmo com todos limites e reparações civis e penais, muitos casos não saem da esfera virtual, pois a maioria das vítimas não leva ao conhecimento das autoridades, portanto esses crimes acabam ficando impunes. De fato, as pessoas não deixam de ser preconceituosas, não aceitam que vivem em uma sociedade onde são diferentes (MEYER-PFLUG, 2018), por isso, é necessário ampliar o debate, o Estado e a sociedade têm o dever de trazer reflexões sobre qual o melhor caminho para combater o discurso de ódio.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos os dias, no Brasil, há milhares de casos de discurso de ódio e intolerância, sendo este um discurso muito difícil de ser combatido, mesmo com todos os limites impostos por lei. É possível proibir o discurso de ódio? Podemos acreditar que a sociedade sempre vai encontrar meios de se manifestar. O que tem que se discutir na realidade brasileira é: quais são os instrumentos para combater esse discurso?

Segundo Meyer-Pflug (2009), uma das formas de limitar o discurso de ódio é dar mais voz e liberdade de expressão para as minorias, para que elas possam se defender, e isso só poderá acontecer por meio da educação. A educação tem um importante papel na formação de um indivíduo, para Immanuel Kant, “O homem não pode se tornar um verdadeiro homem senão pela educação. Ele é aquilo que a educação dele faz” (KANT, 1999, p.15). A família e os educadores são essenciais nesse processo de mudança, pois a valorização do outro, o respeito às diferenças e a empatia com o próximo também podem ser aprendidos, assim disse Nelson Mandela:

Ninguém nasce a odiar outra pessoa devido à cor da sua pele, ao seu passado ou religião. As pessoas aprendem a odiar, e, se o podem fazer, também podem ser ensinadas a amar, porque o amor é algo mais natural para coração humano do que o seu oposto (MANDELA, 2013).

Não se trata apenas de educar para a tolerância, o essencial é a aceitação. Aceitar a existência do outro, com sua personalidade e individualidade, pois vivemos em uma sociedade pluralista. Todos os indivíduos têm direito a viver em harmonia e bom convívio social, cada qual com suas escolhas, preferências e culturas, e essas diferenças devem ser respeitadas. Isto é viver democraticamente.

Faz-se necessária uma reflexão a respeito do que leva as pessoas a inferiorizar e discriminar outro indivíduo. O escritor francês Stendhal disse: “Já vivi o suficiente para ver que a diferença provoca o ódio” (c2019). Analisando os casos no presente trabalho, observa-se que, aquele que a maioria julga como diferente é vítima de discurso de ódio, seja por sua cor, nacionalidade, religião, opção sexual, etnia ou outra característica. Se o

diferente provoca o ódio, em consequência o ódio provoca o discurso ofensivo e discriminatório.

O discurso de ódio deve ser denunciado, os propagadores do ódio devem ser penalizados. Existe no Brasil uma plataforma disponível para que esses discursos sejam identificados, como também seus propagadores sejam penalizados, a ONG SaferNet Brasil (<https://new.safernet.org.br/denuncie>) foi criada por um grupo de cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em direito, com a finalidade de receber denúncias de uso indevido da internet para a prática de crimes e violações contra os direitos humanos. As denúncias são encaminhadas ao Ministério Público Federal. O ideal da entidade é transformar a internet em um ambiente ético e responsável. Assim, vemos que a internet apesar de ser um veículo propagador de discurso de ódio, também pode ser um meio de combate ao mesmo, através de campanhas nas redes sociais, visando a consciente utilização dessa ferramenta, estimulando o comportamento adequado para harmonia e um bom convívio social.

Conclui-se que o discurso de ódio está longe de terminar, principalmente nas mídias sociais, as quais as pessoas julgam ser “terra sem lei”. Há necessidade de debater sobre a questão, em diversas áreas, não apenas no ramo do Direito, para evitar o crescimento desse discurso que agride a dignidade do ser humano. O discurso de ódio é um tema complexo, e a pretensão deste trabalho não é esgotar tal assunto, mas levantar discussões relevantes. Se a educação não conseguir atingir o objetivo, se o pensamento humano não puder ser modificado, quando for movido por ódio e discriminação, não deverá ser externado.

2. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos. 1992.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora: UNESP 2002.

BRASIL, Constituição Federal, 1988. Vade Mecum. Saraiva, 23^a edição, 2017.

BRASIL. Lei nº 7.716/1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Vade Mecum, 23^a edição, 2017. Editora Saraiva.

BRASIL. Lei 12.288/2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 30 de maio de 2019.

BRASIL. Safernet. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público nº 15. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/128176284/Winfried-Brugger-Proibicao-ou-Protecao-do-Discurso-do-Odio>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

CASTAN, Siegfried Ellwanger. **Holocausto-Judeu ou Alemão?: nos bastidores da mentira do século**. Revisão, 1988. Disponível em: <http://aaargh.vho.org/fran/livres9/Castan26e.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial**. Saraiva Educação AS, 2018.

CÓDIGO PENAL DE 1940. Vade Mecum. Editora Saraiva, 23^a edição, 2017.

COÊLHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 109.

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Direitos humanos, cidadania e liberdade de expressão. Comunicação & Educação**, v. 14, n. 2, p. 53-60, 2009.

DA SILVA, Rosane Leal et al. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p.445-468, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a04v7n2>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

DE BARROS MONTEIRO, Washington. Da nacionalidade e da cidadania em face da nova constituição. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 62, n. 2, p. 319-334, 1967. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66527/69137>. Acesso em 25 de maio de 2019.

ÉPOCA. Revista. Edição nº 507, 06 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG81439-6014,00-SAMBA+HOLOCAUSTO.html>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

EUA, Declaração dos Direitos da Virgínea, 1776. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

FARIAS, Edilsom. "**Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**." São Paulo: Revista dos Tribunais (2004): p.54.

FISCHER, Ernst. *A necessidade da arte*. 9ª edição. Rio de Janeiro. Guanabara Editora, 1987, p. 20.

FRANÇA, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 20 de maio de 2019.

GONÇALVES, Nicole PS. Mader. *Liberdade de expressão e Estado democrático de direito. Direito constitucional brasileiro. Teoria da constituição e direitos fundamentais*, 2014, p.391.

GUTERRES, António. Chefe da ONU alerta para avanço do discurso de ódio nas democracias. Nações Unidas Brasil, Brasil, 03/04/2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-avanco-do-discurso-de-odio-nas-democracias>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

KANT, Immanuel. Sobre a pedagogia. de Francisco Cock Fontanella. **São Paulo: editora UNIMEP**, 1999, p. 15.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 12ª edição. **São Paulo: Saraiva**, 2008.

LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo, trad. **Julio Fischer**. **São Paulo: Martins**, 1998, p. 401-402.

MAMEDE, Juliana Maria Borges. A liberdade e a propriedade em John Locke. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 12, n. 2, p. 104-113, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/844>. Acesso em 28 de maio de 2019.

MANDELA, Nelson. Long walk to freedom. Hachette UK, 2013. Disponível em: <https://secure.gradebookwizard.com/uploads/32637/A%20Long%20Walk%20to%20Freeom.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva Educação SA, 2019 - Série IDP).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 604.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Discurso de Ódio. Youtube, 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bjsfoForm6o>. Acesso em 28 de maio de 2019.

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

MILTON, John. 1644. Aeropagítica. A speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England. 2001, p.31. Disponível em: <https://www.bartleby.com/3/3/2.html>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. Martins Fontes, 2000, p. 196.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia. 4.(Q-Z)**. Edições Loyola, 2001. Disponível em: [http://www.afoiceemartelo.com.br/posfsa/Autores/Mora,%20Ferrater/Ferrater%20Mora%20-%20Dicionario%20De%20Filosofia%20\(port\).PDF](http://www.afoiceemartelo.com.br/posfsa/Autores/Mora,%20Ferrater/Ferrater%20Mora%20-%20Dicionario%20De%20Filosofia%20(port).PDF). Acesso em 25 de maio de 2019.

MOURA, Marco Aurelio. **O Discurso do ódio em redes sociais**. Lura Editorial (Lura Editoração Eletrônica LTDA-ME), 2016. FISCHER, Ernst. A necessidade da arte. 9ª edição. **Rio de Janeiro. Guanabara Editora**, 1987, p. 20.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. **Rio de Janeiro: Forense**, 2016, p. 663.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. **São Paulo: Revista dos Tribunais**, v. 1, 1967.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, v. 1, n. 2, p. 137-150, 2006. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11572>. Acesso em 28 de maio de 2019.

STENDHAL. **Sua Pesquisa**: Quem foi Stendhal, nome completo, nascimento e morte, biografia resumida, Realismo, Romantismo, obras, estilo literário, frases, c2019. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/quemfoi/stendhal.htm> . Acesso em 15 de junho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 82.424-2/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger Castan. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em:

http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 02 de junho de 2019.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212. **São Paulo: Atlas**, v. 2, 2004, p. 279.

THWEAT, Elizabeth. **Bibliography of Hate Studies Materials**. Gonzaga University Institute for Action Against Hate, 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332993443_Bibliography_of_Hate_Materials. Acesso em 30 de maio de 2019.

TORRES, Ana Paula Repolês. The sense of politics in Hannah Arendt. **Trans/Form/Ação**, v. 30, n. 2, p. 235-246, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n2/a15v30n2.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2019.

TOYNBEE, Arnold Joseph. **A herança dos gregos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. p. 75