

**O TRATAMENTO JURÍDICO DO DISCURSO DE ÓDIO E AS POSSÍVEIS
LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE A PARTIR DE
TRATADOS INTERNACIONAIS E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

THE LEGAL TREATMENT OF HATE SPEECH AND THE POSSIBLE LIMITATIONS
TO FREEDOM OF EXPRESSION: ANALYSIS BASED ON INTERNATIONAL
TREATIES AND BRAZILIAN JURISPRUDENCE

Isabela Quartieri da Rosa¹

Rosane Leal da Silva²

João Hélio Ferreira Pes³

Data de submissão: 16/04/2024

Data de aceite: 17/02/2025

RESUMO: Este artigo tem como objetivo principal analisar o tratamento jurídico que o discurso de ódio recebe no direito brasileiro frente a garantia constitucional da liberdade de expressão. A partir da análise de tratados internacionais e de alguns julgados de tribunais brasileiros é apresentada a resposta ao problema de pesquisa que visa identificar qual é o tratamento que recebe o discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro quando a mensagem de ódio é consumada sob a égide da liberdade de expressão. O método utilizado é o da Análise do Discurso, considerando que o discurso não é apenas transmissão de informação, ou mera transmissão de mensagem, nem tampouco um processo linear realizado entre emissor e receptor, ele tem o poder de constituir sujeitos e realidades. Aliado a esse método, empregou-se o comparativo para comparar tratados e a legislação e, ainda, por meio do método dedutivo, analisou-se o tratamento dado ao discurso de ódio no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Regionais Federais. A conclusão é de que o ordenamento jurídico brasileiro possibilita responsabilizar os emissores de mensagens de ódio, independente da alegada liberdade de expressão. No entanto, os tratados internacionais internalizados e a

¹ Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM) na linha de pesquisa Direitos da Sociedade em Rede: atores, fatores e processo na mundialização; Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) em parceria com a Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE); Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana (UFN); Pesquisadora do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) no projeto "Observatório Permanente de Discurso de Ódio na Internet" e "DISCURSO DE ÓDIO E JUSTIÇA GLOBAL: tratamento jurídico do tema em perspectiva comparada", ambos sob coordenação da Profa. Dra. Rosane Leal da Silva. E-mail: isabela.quartieri@gmail.com.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria e da Universidade Franciscana, ambos em Santa Maria (RS). Líder do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, da UFN e do Núcleo de Proteção da Criança e do Adolescente Internauta (UFN). Integra, na condição de pesquisadora, o Núcleo de Estudos Sociais e Jurídicos da Criança e do Adolescente (NEJUSCA), na UFSC. Contato: rolealdasilva@gmail.com.

³ Pós-doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, SC, Brasil. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN, Santa Maria, RS, Brasil. Contato: joaohelio@ufn.edu.br.

legislação infra-constitucional não se mostram suficientes e adequados para o enfrentamento das novas problemáticas trazidas pela transitoriedade das relações na sociedade em rede.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso de ódio. Liberdade de expressão. Tratados internacionais.

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the legal treatment that hate speech receives in Brazilian law in the face of the constitutional guarantee of freedom of expression. From the analysis of international treaties and some judgments of Brazilian courts, the answer to the research problem is presented, which aims to identify what is the treatment that hate speech receives in the Brazilian legal system when the hate message is consummated under the aegis of the freedom of expression. The method used is that of Discourse Analysis, considering that discourse is not just transmission of information, or mere transmission of a message, not even a linear process carried out between sender and receiver, it has the power to constitute subjects and realities. Allied to it, the comparative method was used to compare treaties and legislation and, also, through the deductive method, the treatment given to hate speech in the Federal Supreme Court and in the Federal Regional Courts was analyzed. The conclusion is that the Brazilian legal system makes it possible to hold the issuers of hate messages accountable, regardless of the alleged freedom of expression. However, the internalized international treaties and the infra-constitutional legislation are not sufficient and adequate to face the new problems brought about by the transience of relationships in an online society.

KEY-WORDS: Hate speech. Freedom of expression. International treaties.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, vive-se em sociedades plurais, compostas por pessoas provenientes de várias culturas, de diferentes raças e nacionalidades. Este cenário é reflexo do processo de globalização que trouxe a voga à intensidade de fluxos migratórios e a necessidade de proteção aos direitos dos cidadãos em qualquer lugar do mundo, independentemente de sua nacionalidade.

Essa pluralidade de pessoas motivadas a terem seus direitos reconhecidos encontrou lugar na internet para disseminação e manifestação de ideias e, com isso, a admissão das diferenças se tornou uma das questões mais importantes dos dias atuais. A quebra de paradigma e a necessidade de um direito menos conservador trouxe à tona a rejeição destes ideais por parte das camadas conservadoras e a consequente propagação dos discursos de ódio, como forma de imposição dessas opiniões.

Diante disso, é de suma importância analisar a íntima relação dos discursos de ódio com a conduta do indivíduo que age sob o manto da permissividade da liberdade de expressão na atualidade.

Constata-se a relevância de analisar os possíveis abusos de direitos realizados pelos indivíduos que exercem a liberdade de expressão para propagar o discurso de ódio. Neste

caso, o sujeito que age supostamente amparado pela norma, ao proferir o discurso de ódio, acaba por distorcer a real finalidade a qual esta prerrogativa foi criada.

O direito de liberdade de expressão é direito fundamental que se inclui no rol de direitos da personalidade e objeto de proteção exercida pelos tratados internacionais de direitos humanos. O tema vem ganhando a cada dia maior enfoque na sociedade e, por conseguinte, desafiando juristas a pensarem respostas capazes de prevenir e/ou coibir o discurso de ódio, conduta esta que discrimina e incita a violência contra determinados grupos.

Portanto, diante do crescente registro de discursos de ódio e do fato que muitas dessas manifestações são tratadas como exercício da liberdade de expressão, questiona-se: qual é o tratamento que recebe o discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro quando a mensagem de ódio é consumada sob a égide da liberdade de expressão.

Nessa perspectiva, o presente trabalho busca analisar o tratamento do discurso de ódio e as possíveis limitações à liberdade de expressão, especialmente quanto à análise da temática no âmbito dos tratados internacionais em comparativo à legislação brasileira.

A pesquisa foi elaborada a partir da aplicação do método da Análise do Discurso, levando em conta os ensinamentos de Orlandi (2010. P. 15), para quem este método transcende à análise das palavras ou seu emprego gramatical para apreender todo o contexto da “palavra em movimento”, o seu “percurso”, no qual o seu sentido também é apreendido na medida em que observa-se “o homem falando”.

Aliado a este método, utiliza-se o método de abordagem dedutivo. A análise é feita a partir de uma abordagem geral de conceituação e identificação do discurso de ódio para verificar, especificamente, o entendimento dos tratados internacionais de direitos humanos e da legislação brasileira, investigando-os no que diz respeito a possível limitação do direito à liberdade de expressão.

Foi utilizado, ainda, o método de procedimento comparativo, a partir do qual foi possível analisar a legislação brasileira em contraste ao disposto em tratados internacionais acerca da temática do discurso de ódio e da liberdade de expressão.

Assim, restou o texto dividido em três partes: a primeira apresenta a configuração do discurso de ódio e a sua propagação na sociedade em rede. A segunda analisa o disposto sobre o tema nos tratados internacionais, contrastando esta abordagem com o disposto na Constituição Federal Brasileira. Por fim, a última parte, analisa jurisprudências, tanto do Supremo Tribunal Federal, notadamente, o caso Ellwanger, quanto dos Tribunais Regionais Federais, ocasião em que foram identificados doze casos que o discurso de ódio é veiculado

por meio da internet sob a égide da liberdade de expressão, selecionando-se apenas um para a análise no presente trabalho, posto que este caso pode ser reportado como paradigmático por ter na sua fundamentação a menção a tratados internacionais de direitos humanos.

2 A ESTRUTURAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO E SUA PROPAGAÇÃO COM FUNDAMENTO NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A vida em sociedade exige a imposição de regras, as quais objetivam limitar a atividade humana e viabilizar a convivência entre os cidadãos. O estudo do ódio nos diferentes cenários da ação humana é uma abordagem cuja matéria exige a compreensão prévia dos fatores determinantes para a sua propagação e, posteriormente, a análise sobre qual a conduta mais adequada para lidar com os discursos de ódio.

O ódio se encontra presente desde os primórdios da história. Está marcado pela ira como um dos pecados capitais e é responsável por crimes, rebeliões, revoluções etc. É inegável a premissa de que todos estão suscetíveis a lidar com a ira alheia e a própria em diversos momentos da vida. O reflexo deste ódio na sociedade se manifesta, por exemplo, na estruturação do sistema punitivo atual, o cárcere. Segundo Góes (2014, p. 24), “As prisões nada mais são do que diques de contenção de que se vale a sociedade (excessos autoritários à imagem) para proteger-se contra os modos mais intensos da violência [...]”.

Para iniciar o presente trabalho, o qual trata essencialmente dos discursos de ódio e as limitações à liberdade de expressão, faz-se necessário definir neste capítulo os principais conceitos de discurso de ódio. Segundo Brugger (2007, p.118), o discurso de ódio é conduta que visa insultar, intimidar, assediar, humilhar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião.

O fenômeno dos discursos de ódio é definido por Sarmiento (2006, p.54) como “manifestações de ódio, desprezo, ou intolerância contra determinado grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental ou orientação sexual, dentre outros fatores [...]”.

É relevante lembrar que as condutas têm a finalidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais destinatários das mensagens de ódio e não estão restritas as condições acima destacadas pelos autores. Isso porque, as formas de discriminação modificam-se a partir da transitoriedade dos indivíduos e das relações sociais.

Segundo Silva *et al.* (2011, p.447), os discursos de ódio possuem dois elementos

principais para a sua configuração: A externalidade e a discriminação. Primeiro, para que o discurso se manifeste, é necessária a existência de pelo menos dois atores, um com o papel de agressor e outro desempenhando o papel de agredido. Essa manifestação somente será observada ao ser externada, assim tornando-se conhecida por outrem.

É importante evidenciar que a existência de pensamentos não externados, ou seja, não existentes no plano fático (a inexistência da expressão discursiva) não causa dano algum a quem possa ser seu alvo, assim sendo inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar (SILVA *et al.*, 2011, p.447).

A perfectibilização ocorre quando o pensamento passa a existir no mundo dos fatos, estando à disposição do ofendido e dos potenciais instigadores de novos discursos de ódio. É neste momento que nasce o interesse jurídico e governamental de intervir de forma a reduzir os danos e tutelar direitos porventura violados.

O dano causado pelo discurso de ódio se manifesta na forma de discriminação. Este elemento diz respeito a conduta que revela desprezo por pessoas de um determinado grupo com característica específicas de seus membros (SILVA *et al.*, 2011, p.448). Esta atitude manifesta a vontade do emissor de inferiorizar o receptor, evidenciando que ele não deveria fazer parte do mesmo contexto social e/ou desvalorizar a sua existência como cidadão. Em complemento, o emitente tenta angariar adeptos ao seu discurso, mobilizando o sentimento de medo (os destinatários da mensagem vão subverter a ordem, reduzir empregos, atentar contra as instituições e a família, dentre outros argumentos) e de ódio contra seu alvo, que não deve pertencer ao mesmo lugar de quem difunde os ataques.

A discriminação é uma forma de abuso do direito à liberdade de expressão, pois incita à violência e gera um estado de conflito entre as pessoas em razão de suas diferenças e a pluralidade, que deveria ser algo natural na sociedade, passa a originar violações. É tratamento negativo dirigido a uma pessoa por esta pertencer a determinada classe ou núcleo de pertencimento, produzida com a intenção de rejeitar e excluir.

Ocorre que a discriminação pode se dar de forma direta ou indireta. A primeira é aquela em que há o *animus* de discriminar com base em critérios de classificação a que pertencem os integrantes do grupo vulnerável atingido. A segunda, menos difundida na literatura e jurisprudência, é uma conduta que apesar de aparentemente neutra, produz efeitos negativos a certos grupos.

Sobre a discriminação indireta, o Ministro relator do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, afirmou no julgamento da ADI nº 5.543/DF, que a Anvisa, ao proibir a doação

de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens pelo período de 12 meses, é conduta que mesmo desprovida de intenção de segregar, produz impactos desproporcionais a determinadas pessoas ou grupos sociais.

O Ministro versa que,

Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem, em princípio, nítido caráter discriminatório e violador da dignidade humana, em confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero (BRASIL, 2016, p.10-11).

Há uma cultura de discriminação que se mostra de diversas maneiras, até mesmo de forma sutil realizada por meio de órgãos ou agências estatais, como a atitude tomada pela Anvisa ao relacionar doenças transmissíveis pela doação de sangue a homens que mantivessem relações sexuais com outros homens.

Não obstante, apesar de a conduta objeto do julgado discriminar, não se pode dizer que se configura como discurso de ódio. Isso porque o discurso de ódio decorre de manifestações discriminantes associadas a um ambiente de incitação à violência, insulto ou ataque à dignidade humana de todo o grupo social.

Diferente da conduta discriminatória, o preconceito deriva de um juízo de valor pré-concebido em relação a pessoa ou grupo. Porém, esta opinião não possui qualquer embasamento na razão, ou seja, é mero deleite do emissor/agressor e está intimamente relacionada a criação de estereótipos.

Apesar de semelhantes, o preconceito reside no campo das ideias, da não consciência, em contrapartida, a discriminação é ação consciente que gera danos no mundo fático. Portanto, pode-se dizer que a discriminação nasce no inconsciente do indivíduo por meio de opiniões preconceituosas.

No contexto atual, os discursos, inclusive o de ódio, tiveram a sua propagação difundida com o advento da sociedade em rede globalmente conectada pela internet. A manifestação de ódio nas redes tem como reflexo “a tendência de certos grupos em tentar captar algumas das manifestações de violência das sociedades ocidentais hodiernas” (OLIVEIRA, 2014, p.171).

O caráter multicultural, desafiador, ousado e libertário da internet é perfeitamente compatível com o exercício de prerrogativas como a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento. Neste sentido, “essas ambivalências da sociedade informacional ficam bastante evidentes quando se lança o olhar sobre direitos fundamentais,

frequentemente atingidos pelo uso das tecnologias da informação e comunicação” (SILVA, 2013, p.25).

A comunicação mediada por computadores, como ambiente de relações interpessoais, impulsionou a necessidade dos indivíduos de criar uma identidade socialmente aceita dentro das comunidades virtuais. Para isso, disseminou-se a publicidade (e liberdade) de informações íntimas, instantâneas e anônimas, ou seja, qualquer sujeito pode ter acesso às informações de determinados usuários na internet como, por exemplo; as fotos publicadas, os amigos, os familiares e os discursos que são proferidos.

Acerca do processo de identidade, Castells (2011, p.26) disserta que, por identidade entende-se “o processo pelo qual o actor social se reconhece a si próprio e constrói significado, sobretudo, através de um dado atributo cultural da identidade como seu princípio organizador”.

Ocorre que, “a construção da identidade fica entregue por completo aos algoritmos”, capazes tanto de identificar características da personalidade dos internautas quanto de moldar comportamentos, reforçando o envio de conteúdos que podem reforçar os posicionamentos a partir dos “comportamentos de manada”. Ao ser constantemente defrontado com ideias segregacionistas, muitas pessoas começam a naturalizar os discursos de ódio, minimizando seus efeitos sob a falsa crença de que todos pensam da mesma maneira e que exercitam a liberdade de expressão. Nesse contexto, a violência que se manifesta sob a forma de discurso de ódio é real e, uma vez propagada na internet ali se mantém, perpetuando a dor dos grupos atingidos ao lhes lembrar constantemente que “ali não é o seu lugar”. Diante disso, se faz necessário discutir as conexões entre bancos de dados e a divulgação de informações no ambiente virtual (LIMBERGER, 2016, p.62), pois muitos conteúdos se mantêm armazenados, com potencial de ser replicado, em clara afronta aos direitos humanos.

É notória a premissa de que a tecnologia necessita de liberdade para seu avanço. Sobre isso, a atuação do Estado para interromper o desenvolvimento tecnológico demonstra a incapacidade deste de lidar com esses avanços. Essa incapacidade leva a infertilidade da autonomia criativa da ciência e pesquisa das tecnologias, em principal as de informação e comunicação (CASTELLS, 2011, p.12). De igual forma, o exercício das liberdades é um dos pilares da democracia e encontra na *internet* espaço propício para sua produção e divulgação além das fronteiras dos Estados, colocando-se em questionamento os limites e possibilidades da atuação estatal, especialmente diante de uma tecnologia de alcance global.

A capacidade de transpor fronteiras impõe grande dificuldade frente às tentativas de

controle dos conteúdos da internet por parte de legislações internacionais. Isso porque não poderá ser aplicada lei nacional a hospedagem de conteúdo de provedor localizado em um país que se vale de outras regras.

O advento da comunicação de massa resulta em um alarmante quadro de espetacularização da vida real, onde as novas tecnologias causaram a mitigação de proteções e garantias como a privacidade, originárias do estado liberal (LIMBERGER, 2016, p.49).

Essa externalização discursiva é oriunda de fato da garantia à liberdade de expressão que, em muitos casos, reforça a identidade dos usuários que expõem as suas ideologias na internet. Porém, quando este é um discurso de ódio, a ampla publicidade das informações digitais traz à tona o potencial de convencimento negativo e a capacidade de prejuízo decorrentes do exercício ilimitado e abusivo desta liberdade. Como destacado por Prates (2020, p. 285), o exercício da liberdade de expressão no ambiente digital não pode ser absoluto e sua análise demanda que se verifique o contexto no qual o direito é exercido, pois todo discurso está sempre “carregado de experiências e vivências, de heranças, algumas das quais levam a democracia ao seu limite funcional.” Isso significa dizer que esse exercício deve ser constantemente confrontado com as violências estruturais de uma sociedade que historicamente segregou e continua segregando, silenciando e matando parte daqueles que integram determinados grupos. A dominação, exclusão, silenciamento e morte também se revelam pela fala, a indicar que o discurso, em si, já é uma violência.

Quanto ao prejuízo, vale dizer que esta modalidade de discurso, somada a abrangência sem precedentes do ambiente virtual, ainda que tenha como alvo uma pessoa em específico, transcende o destinatário e acaba por atingir todos os membros do grupo ou classe a qual o sujeito pertence ou se identifica como parte (VALENTE; TEODORO, 2016).

Por suas características, o discurso de ódio atua como conduta que elimina ou minimiza o caráter comunicativo do ser, configurando cerceamento de direitos, a começar pelo mais básico ligado à própria existência do ser, que se expressa no direito de ser reconhecido e respeitado em sua natureza e individualidade. Vale-se de aspectos como raça, cor, identidade de gênero, orientação sexual, condição de enfermidade, dentre outros, para discriminar e excluir da sociedade. Vai além do silenciamento que produz na vítima, pois objetiva sua exclusão, o que permite afirmar, a partir de Brugger (2007, p. 18), que não poderá ser aplicado a este os argumentos que emolduram a liberdade de expressão, princípio basilar do estado democrático de direito (BRUGGER, 2007, p.118).

É relevante esclarecer que apesar de assumir o traje da liberdade de livre

manifestação do pensamento, os discursos de ódio são abusivos e deturpam o exercício da liberdade de expressão (ROTHENBURG; STROPPA, 2015 p.9). Isso porque se tratam de conteúdos discriminatórios e não protegidos pela égide das garantias da Constituição da República Brasileira (BRASIL, 1988), os quais incluem nos incisos I e IV do art.3º da CF, ao apontar que são objetivos do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária e, ainda, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O cerne da justificação destes discursos se encontra na amplitude interpretativa de princípios como a liberdade de expressão. Isso se dá em razão da existência de princípios implícitos ao direito, os quais constituem sua origem exterior ou acima do direito positivado ou explícito, muito porque é notória a necessidade de transformação e adaptação do direito face às evoluções sociais. Mudanças essas, que diplomas escritos são incapazes de acompanhar, de maneira que se faz necessário a margem de interpretação dos direitos (FARIAS, 2000, p.36).

Ainda assim, a liberdade de expressão não pode ser vista como negativa. Pelo contrário, esta prerrogativa exerce o papel de preservar o espaço de debate para o público que muitas vezes é silenciado pela dominância de determinados discursos.

Outro fator determinante para o esclarecimento sobre o tema está na classificação do discurso de ódio, rotineiramente confundido, tanto pela população em geral quanto em decisões judiciais, com a injúria. Todavia, há diferenças entre ambas as figuras, pois o discurso de ódio transcende a pessoa diretamente atingida e inferioriza o grupo de pertencimento, contra o qual se incita a violência. O potencial danoso é maior e o equívoco entre os conceitos contribui para a dificuldade de seu entendimento e sua correta aplicação por parte dos tribunais, resultando em decisões que, por não compreenderem seu alcance, acabam por homenagear a liberdade de expressão.

A concepção de liberdade de expressão como direito humano reveste esta garantia com o manto do princípio formador dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana. Tanto o conceito, quanto os efeitos, e o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana como uma norma jurídica de caráter fundamental são matérias de difícil delimitação, muito pela ambiguidade que este direito apresenta em seus contornos. Ao estudar a dignidade da pessoa humana, o autor Ingo Sarlet (2006, p.41) aduz que

[...] a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e

inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade [...] (SARLET, 2006, p.41).

O direito à liberdade de expressão é direito da personalidade fundamental para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. É garantia que protege a sociedade contra condutas arbitrárias ou que se valem de força. É de extrema valia observar que quando se restringe a liberdade de um indivíduo, o direito de toda a comunidade é ameaçado. No entanto, esse direito não é absoluto e deve ser restringido quando afetam outros direitos fundamentais e, notadamente, a dignidade da pessoa humana.

Assim, verifica-se não restar dúvidas quanto aos discursos de ódio serem violadores de direitos fundamentais e da própria dignidade humana. Esta é uma preocupação de caráter universal, sendo necessário analisar as medidas já adotadas, principalmente no campo internacional como demonstrará o capítulo seguinte, para prevenir a propagação dos discursos de ódio e preservar os direitos fundamentais.

3 O TRATAMENTO DISPENSADO AO TEMA PELOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A visão na atualidade sobre a liberdade de expressão é resultado de eventos históricos importantes no processo de democratização pois conforme Mendonça,

[...] a liberdade de expressão é resultado de um processo de cunho histórico e ideológico por conta da ascensão da burguesia e do desenvolvimento do sistema capitalista, e esta liberdade, a forma de um enfrentamento entre o indivíduo e as forças sociais hegemônicas, é uma preocupação da modernidade: na época antiga, o princípio da liberdade individual começava a se delimitar na medida em que a concepção política de Estado passou a ser autônomo em relação a religião” (MENDONÇA, 2017, p.52-53).

Ademais, é de grande valia notar também que a promulgação da Constituição de 1988 é resultado de um contexto social e histórico decorrente da luta por mais direitos, bem como da necessidade de lei que os garantisse. Além disso, como já explicado anteriormente, os princípios constituem subsídios importantes para fundamentação tanto de decisões jurídicas, como a criação de normas, não sendo diferente com a Constituição (FARIAS, 2000, p.24).

A Constituição Federal de 1988 abrigou em seu título II, os Direitos e Garantias

Fundamentais, em especial no artigo 5.º, incisos IV, V, VI e IX, a liberdade de expressão e a livre manifestação de pensamentos. O artigo 220, da CF, também segue esta vertente ao defender que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (BRASIL, 1988).

A redação do artigo 220 estabelece, “observado o disposto nesta Constituição”, a necessidade de interpretação e adaptação da norma (BRASIL, 1988). Assim, verifica-se que o texto constitucional possui caráter aberto e amplo e, conseqüentemente, faz surgir problemas no que tange à hermenêutica da lei (FARIAS, 2000, p.39).

O tema foi objeto de uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal em 2003, no caso *Ellwanger* (BRASIL, 2003). A Corte decidiu que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita e que estas práticas podem ser objeto de persecução penal qualificado como racismo. O caso foi qualificado como um dos julgados de maior relevância para os direitos humanos no Brasil e será abordado com mais afinco no próximo tópico deste trabalho.

Com o advento das novas tecnologias, a questão da liberdade de expressão como suposto justificador de discursos de ódio propagados na internet, passou a ser preocupação de caráter mundial (VALENTE; THEODORO, 2016). Desta forma, é importante a análise acerca dos tratados internacionais que disciplinam o tema num contexto global.

O Estado como ente soberano é regido por normas particulares. Assim, o Estado é vinculado a obrigações externas junto aos demais e o descumprimento de obrigações internacionais podem acarretar sanções. Logo, cada Estado assume compromissos internacionais definidos a partir de sua Constituição. Não obstante, apesar da natureza mercantil das relações internacionais, o Estado também é entidade garantidora de direitos. É imprescindível que as relações estabelecidas entre Estados, além de trazer vantagem financeira, também assegurem direitos.

Um processo de grande influência no comportamento dos Estados diz respeito ao processo de globalização. Este causa relevante impacto sobre a perda de autonomia do Estado, em especial para proteger os direitos dos cidadãos e regular agentes e dinâmicas sociais e econômicas que tendam a escapar das fronteiras nacionais.

Para Ferrajoli (2007, p.34-37), a questão da globalização deve focar o Direito Internacional como uma espécie de regra superior ao direito interno, deslocando o centro do Estado para o cenário Internacional. Porém, a problemática desta teoria se dá quanto à atuação

do Estado no que tange a soberania. Isso porque, para o autor a soberania deve ser superada ou sofrer drásticas adaptações, pois não pode servir de empecilho a construção da constituição internacional e avanço dos compromissos firmados na forma de tratados internacionais. Como contraponto teórico ao que defende Ferrajoli, o alemão Jürgen Habermas (2001) defende a integração como resposta à globalização, ao ponto de que os acordos regionais surgiriam como possíveis limitadores de um processo de globalização com tendências imperialistas. Assim, o autor preza pela supranacionalidade como forma de evolução do Estado-Nação e resistência ao poder de mercado.

Os tratados internacionais de direitos humanos são instrumentos que têm por finalidade proteger direitos e assegurar que a aplicabilidade destes seja sempre em favor do hipossuficiente nas relações entre os desiguais. Nada mais é do que um acordo formal realizado entre os Estados ou entre os sujeitos de direito internacional público, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos

A Carta da ONU em 1945 é instrumento de grande relevância para a fortificação dos direitos humanos. O artigo 2 do referido diploma traz o princípio da paz, o qual é princípio imperativo que limita a soberania dos Estados e será base para a criação de todos os tratados.

Segundo Ferrajoli (2002, p.43),

[...] os direitos fundamentais, depois da Declaração de 1948 e dos Pactos de 1966, não mais se encontram entre aqueles que o artigo 2, inciso 7, (carta da ONU) chama de “questões que pertencem à competência interna de cada Estado”, mas são direitos supra estatais, cuja tutela deveria ser garantia jurisdicionalmente em nível internacional justamente contra os Estados (FERRAJOLI, 2002, p. 43).

Além desta influência do princípio da paz mundial, os tratados são regidos pela Convenção de Viena sobre direitos dos tratados, a qual dispõe todas as regras e condições para a criação dos tratados internacionais. Apesar de a Convenção de Viena ter sido criada em 1969, foi ratificado pelo Brasil apenas em 2009, e o país formulou reservas com relação aos artigos 25 e 66, sendo expedido o decreto de promulgação n. 7.030 apenas em 14 de dezembro do mesmo ano (BRASIL, 2009).

Os tratados são expressão de consenso os quais podem criar obrigações legais tendo em vista que o Estado, ao aceitar determinado tratado, contrai obrigações jurídicas no plano internacional (PIOVESAN, 2013, p.108). Salienta-se que a proliferação de reservas incompatíveis com o objeto e propósito da Convenção de Viena não esmaece a importância do documento para a comunidade internacional, mas torna a adesão ato de conveniência e oportunidade (PIOVESAN, 2013, p.165).

A partir desta análise do contexto dos tratados internacionais, suas regras, condições e influências serão elencados os diplomas internacionais de maior expressão sobre liberdade de expressão e discursos de ódio. Destaque-se, dentre eles, o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), a qual tem o Brasil como signatário e disciplina em seu artigo 13, o direito à liberdade de expressão e a vedação à censura prévia. Porém, o mesmo artigo, no item 2, “a” prevê uma responsabilização do emissor do discurso pois,

2.O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
A - O respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Sobre a garantia à liberdade atrelada a possibilidade de censura, o Pacto Internacional de direitos civis e políticos em seu artigo 19 versa que ninguém poderá ser molestado em decorrência de suas opiniões (BRASIL, 1992). Além disso, no mesmo artigo é assegurado o direito de receber, difundir e procurar informações, ideias de qualquer natureza. Vale dizer que esta prerrogativa independe de limitações territoriais e do meio utilizado para tal.

O Brasil aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sem qualquer reserva. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

A Europa também demonstrou preocupação quanto ao tema e com isso firmou a Convenção Europeia de direitos humanos (UNIÃO EUROPÉIA, 1948). Em especial, o artigo 20 do referido diploma assegura que a liberdade possui deveres e responsabilidade, e que o exercício desta garantia pode ser submetido a restrições ou sanções e acrescenta, ainda, que estas possíveis limitações se tratam de medidas necessárias para preservação da sociedade democrática.

Ainda na Europa, foi criada a Convenção Sobre o Cibercrime no ano de 2001 e o Protocolo Adicional à Convenção Sobre o Cibercrime Relativo à Incriminação de Atos de Natureza Racista e Xenófoba praticados através de Sistemas Informáticos, os quais tem como finalidade tratar especificamente os crimes ocorridos no ambiente cibernético (UNIÃO EUROPÉIA, 2003).

No continente americano, a Convenção Interamericana Contra Toda Forma De Discriminação e Intolerância (2013) se posiciona para proteger as vítimas dessas condutas, em especial os imigrante e refugiados, além de outros grupos ou minorias sexuais, culturais, religiosas e linguísticas afetados por este tipo de conduta.

O presente diploma sugere uma restrição dos comportamentos abusivos por meio da criação de dispositivos legais,

[...] Os Estados Partes comprometem-se a adotar legislação que defina e proíba expressamente a discriminação e a intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas e a todos os indivíduos ou pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público como no privado, [...] bem como revogar ou reformar toda legislação que constitua ou produza discriminação e intolerância (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013).

Assim como a convenção europeia, o diploma americano denominado Convenção Internacional Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, diploma promulgado pelo Brasil, também sugere uma criação de leis com caráter punitivo a fim de controlar as condutas exercidas por organizações que possam vir a violar a liberdade de expressão (BRASIL, 1969).

A disposição se aplica a qualquer assistência prestada às atividades racistas, inclusive quanto ao seu financiamento. No artigo 4º, item “b” e “c” aduz que,

b) declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial. (BRASIL, 1969)

O referido diploma teve seu alcance e extensão seriamente comprometidos face à realização de inúmeras oposições de reservas substantivas a convenção. Segundo Piovesan (2013, p.268), estas reservas concentraram-se na cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres na família.

Acrescenta a autora que a Convenção objetiva não só erradicar a discriminação contra a mulher, como também estimular estratégias de promoção da igualdade. Isso porque “combina a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo” (PIOVESAN, 2013, p.270).

Os diversos documentos internacionais mencionados posicionam-se expressamente

contra a proteção ao exercício abusivo do direito à liberdade de expressão, especialmente quando esse exercício é voltado ao ataque contra minorias estigmatizadas.

Sarmento (2006, p.31) aduz que no contexto de sociedades plurais e divididas, a busca da verdade no campo ideológico é cenário para um possível colapso e que apenas o livre debate pode encontrar as melhores respostas para questões controversas na sociedade. Contudo acrescenta o autor que,

Este cenário propício para a tomada de decisões não é aquele em que pessoas ofendem-se livremente umas às outras pelas razões mais baixas, mas antes pressupõe alguma predisposição de cada participante do debate de ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados pelos outros, e até, eventualmente, de rever as suas próprias opiniões (SARMENTO, 2006, p.31).

Deve-se ter cautela ao tratar de possíveis limitações à liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideias manifestadas. Tal ação pode levar à submissão do exercício deste direito a questões de cunho moral ou vigentes em cada momento histórico (SARMENTO, 2006, p.3-4). No entanto, não se pode ignorar que determinados grupos, dadas às violências históricas a que foram submetidos, terão menores meios e oportunidades de se contrapor aos discursos de ódio proferidos contra si, o que exige do Estado um mínimo de ação em defesa desses grupos vulneráveis. E não poderia ser diferente, pois conforme ensina Prates (2020, p. 290), as noções de “falar e agir” estão interligadas, “pois todo o ato de fala sempre atua sobre o mundo, indo muito além de uma questão ‘semântica’”. Para este autor, expressar uma ofensa a algum grupo, como ocorre no *hate speech*, já é uma violência, pois visa a convencer a audiência, legitimando novos atos de violência.

Para observar como ocorre esta restrição à liberdade de expressão para proteger direitos fundamentais é necessário um olhar atento e crítico sobre a forma com que se verifica a consonância e compatibilidade dos tratados internacionais e legislação Brasileira. Este exame se dá por meio de controle de convencionalidade aplicado na sociedade e nas decisões judiciais.

4 O DISCURSO DE ÓDIO E AS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DE CASOS PARADIGMÁTICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

A valorização dos direitos humanos impulsionou a criação de tratados internacionais

os quais passaram a ter especial catalogação hierárquica. Tal preceito teve a finalidade de fortalecer a proteção aos direitos humanos no âmbito mundial e limitar a produção de normas internas dos Estados que pudessem vir a contrariar os referidos diplomas internacionais.

Tradicionalmente o Brasil possui como mecanismo de verificação de harmonia das normas o controle de constitucionalidade, o qual procura estabelecer a ordem e unidade das normas e aplicação destas no âmbito das decisões judiciais. Porém, apesar desta modalidade refinada e atualizada de análise a lesão dos direitos e garantias previstos na Constituição de um país não é imune a críticas quando ocorre a colisão de direitos humanos e valores inerentes à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, busca-se realizar uma análise de caso para verificar na prática como se resolve a colisão de direitos fundamentais e quais os mecanismos utilizados para a tomada de decisão.

Para realizar este trabalho foram selecionados casos julgados dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões em razão de sua competência para processar e julgar causas relacionadas a organismos e tratados internacionais, prevista no art. 109 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ao consultar o site destes tribunais utilizando as palavras chaves “discurso ódio internet” foram encontrados vinte e sete julgados ao total, sendo que destes apenas doze abordavam o discurso de ódio e a internet. Desse total de casos nove foram julgados a partir do ano 2020 e apenas dois mencionam tratados internacionais para fundamentar as decisões. Já os outros julgados que não abordam o discurso de ódio se limitam a tratar sobre temas como nulidade de provas, instruções criminais, direito ao protesto e responsabilidade do provedor e do site no fornecimento de dados.

Na análise de cada julgado foi observado o ensinamento de Eni P. Orlandi (2011, p.27):

Face ao dispositivo teórico da interpretação, há uma parte que é da responsabilidade do analista e uma parte que deriva da sua sustentação no rigor do método e no alcance teórico da Análise de Discurso. O que é de sua responsabilidade é a formulação da questão que desencadeia a análise.

Assim, toda a apuração dos julgados baseou-se na formulação inicialmente proposta de verificar o tratamento jurídico dispensado ao discurso de ódio nos tribunais brasileiros quando a mensagem de ódio é travestida de liberdade de expressão.

Feitas essas considerações preliminares quanto à delimitação do caso em estudo e

a metodologia de análise, observa-se inicialmente o entendimento quanto à colisão de direitos e a forma de solução desta problemática, pela última instância da jurisdição brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Este, que julgou em 2003 o emblemático caso *Ellwanger*, acerca da autoria de obras literárias com conteúdo antissemita, racista e discriminatório, caso que se tornou paradigmático ao enfrentar a colisão dos direitos fundamentais e impor determinados limitadores à liberdade de expressão.

Apesar de este julgado não tratar especificamente de discursos de ódio na internet, ele consta o entendimento da Corte Suprema do Brasil acerca da nocividade destes conteúdos aos direitos humanos e a metodologia de resolução de colisão de direitos fundamentais - a ponderação de interesses. Decidiu-se, naquele julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita e que podem, portanto, ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo.

O paciente do *Habeas Corpus* n. 82.424-2, *Siegfried Ellwanger*, foi acusado de racismo previsto no art. 20 da lei de Crimes Raciais, n.7.716/89, sendo absolvido em primeira instância e condenado em segunda em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A defesa impetrou Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça onde teve seu pedido denegado por decisão majoritária da 5ª Turma daquele tribunal. Um novo pedido de HC foi realizado em 2002 para o Supremo Tribunal Federal e foi indeferido pela Corte em 2003 (BRASIL, 2003).

A defesa arguiu a tese de que não era objeto do HC a condenação por crime de discriminação ou preconceito, entretanto, no presente caso não haveria sido cometido o crime de racismo. Isso porque o delito foi contra os judeus, os quais não se configuram como raça.

Segundo a defesa,

O legislador preocupou-se em estender a tipificação a outras condutas que não as relativas ao racismo. Entretanto, esta preocupação não se estendeu a imprescritibilidade que ficou restrita, por disposição constitucional, apenas à prática do racismo. Evidente que a disposição constitucional restritiva do direito não pode ser entendida extensivamente (BRASIL, 2003, p.534).

É determinante para o julgamento em estudo a análise feita pela Corte sobre o sentido e o alcance da expressão “racismo”, cuja prática constitui crime imprescritível e a forma como devem proceder os Tribunais frente a uma colisão entre normas e direitos como a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

O STF entendeu que a genética banuiu o conceito tradicional de raça e concluiu que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado pela

intolerância dos homens ao diferente. Desta forma, as raças são “construções socioculturais que remetem a grupos de pessoas que partilham de uma herança cultural, religião, tradições comuns, enfim, de uma mesma identidade étnica” (SILVA *et al.*, 2011, p. 457).

Quanto aos judeus como raça, o Ministro Relator descreve inúmeras práticas ocorridas durante o Nazismo contra o povo judeu e expressa que

Essas e outras práticas da mesma espécie, que aqui seria desnecessário relembrar, somadas ao que acima dito, deixam explícito que na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, sub-raça, raça inferior marcada pela hereditariedade, alicerce no qual se procurou justificar toda tragédia que gerou o holocausto. Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica (BRASIL, 2003, p.565).

O caso em julgamento discute também a colisão entre o direito à liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa. O STF posicionou-se a favor do entendimento de que a liberdade de expressão, apesar de direito individual assegurado a todo o cidadão, não é direito absoluto.

O recurso utilizado pelo tribunal para superar a colisão de direitos foi a da ponderação de interesses. Diante do embate entre princípios, é preciso que se pondere racionalmente sobre qual princípio deverá prevalecer sobre o outro, observando a máxima proporcionalidade, no qual um princípio só deve ser afetado de acordo com o grau de importância e satisfação de um princípio oposto.

A atuação deste método possui três premissas, conforme ensinamentos de Robert Alexy (2008): a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação, a ponderação de interesses exige a comprovação do prejuízo de um princípio em caso de não cumprimento, ou seja, devem-se identificar as normas que se encontram em conflito, observando quais condutas são adequadas para que se alcance um objetivo determinado (BRASIL, 2003, p. 889).

Na segunda etapa, sobre a necessidade, deve-se analisar todas as possíveis condutas que podem ser tomadas para a efetivação destas. A partir disso, deve-se escolher aquela que menos atinge e limite os direitos fundamentais objeto da ponderação.

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito, fará um sopesamento entre a restrição sofrida de um determinado direito em detrimento da importância da efetivação de outro direito que com ele colide. Segundo Sarmiento (2006, p.89-90), a proporcionalidade realiza uma relação de custo-benefício entre as normas objeto da ponderação.

Desta forma, utilizando-se da teoria de Robert Alexy (2008) decidiu-se

majoritariamente pela limitação da liberdade de expressão em favor do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, quanto a esta decisão, de limitar a liberdade de expressão, cabe ressalvas.

A metodologia empregada para solucionar as colisões de direitos pela ponderação de interesses deve ser realizada sobre alicerce de um sistema axiológico em cujo centro está o princípio da dignidade humana (SARMENTO, 2006, p.78). Além disso, este princípio é fundamental ao Estado Democrático de Direito, de maneira que é capaz de refletir a finalidade da disposição dos direitos fundamentais almejados pela Constituição Federal.

É notório que a liberdade de expressão é indispensável para a formação de opinião em uma sociedade democrática. A restrição imposta pelo STF delimita-se apenas quanto ao uso abusivo do direito⁴, desrespeitando a dignidade da pessoa humana.

Sob esta ótica, observa-se que há um duplo efeito quanto as restrições à liberdade de expressão. Isso porque o discurso de ódio exerce um efeito silenciador sobre a expressão de seus alvos e ao restringir práticas como estas, ao mesmo tempo em que as restringe, ela de alguma maneira também garante e promove o exercício do direito (SARMENTO, 2006, p. 90).

O caso *Ellwanger* demonstra como a Suprema Corte Federal supera a problemática da colisão de normas constitucionais e qual o tratamento adequado para discursos de intolerância. O julgado é importante precedente a ser utilizados pelos magistrados das demais instâncias ao depararem-se com casos relativos ao discurso de ódio e à liberdade de expressão, com frequente menção nas demais decisões que enfrentam essa colisão, como foi possível constatar no levantamento realizado nos sites dos Tribunais Regionais Federais. Da análise efetuada, destaca-se um caso, que tramitou no Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

A jurisprudência objeto de exame, a apelação criminal 5046863-67.2016.4.04.7000/PR, julgada pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, enfrenta a temática do discurso de ódio relacionada aos direitos humanos, invocando tratados internacionais.

A denúncia foi recebida em 19/09/2016 e segundo a descrição fática, os réus incorreram nos crimes de promoção de organização terrorista, art. 3º, da lei n.13.260/2016,

⁴ Por abuso entende-se, com base no art. 187 do Código Civil, todo aquele direito que, ao ser exercido, excede os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, afastando-se de sua legítima finalidade, em desatenção aos princípios, com destaque para a probidade, boa-fé e funcionalidade dos direitos. Fere a harmonização no exercício dos direitos, que devem ser funcionalizados, tendo como base a Constituição Federal de 1988.

recrutamento com o propósito de praticar atos de terrorismo, art. 5º, §1º, I, C/C §2º, da Lei n.13.260/2016, corrupção de menores, art. 244-b, §§ 1º e 2º, lei n.8.069/1990 e associação criminosa, art.288 do código penal.

Em período próximo aos jogos olímpicos sediados no Rio de Janeiro no ano de 2016, os réus uniram-se através das redes sociais onde realizaram intensa troca de informações sobre a organização terrorista Estado Islâmico. O conteúdo obtido a partir do afastamento judicial dos sigilos de dados, telemáticos e telefônicos diz respeito ao compartilhamento de material extremista com o cunho de exaltar e celebrar atos terroristas já realizados em todo mundo e discutir sobre possíveis alvos de ataques que eles poderiam realizar no Brasil. Intentavam aproveitar a oportunidade da reunião de atletas de delegações internacionais, profissionais e público em geral por ocasião da realização dos jogos olímpicos para produzir os ataques (BRASIL, 2018, p.4-5).

Com base nas publicações em redes abertas, o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) logrou identificar perfis de indivíduos brasileiros que promoviam o grupo de cunho radical. Com isso, o FBI enviou ao Departamento de Polícia Federal – Divisão Antiterrorismo, em Brasília/DF, memorando alertando sobre a possível ameaça à segurança nacional e aos Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro (BRASIL, 2018, p.5).

Os réus foram condenados em primeira instância pelo juízo de primeiro grau e inconformados com a sentença, recorreram ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em fase de recurso, o Ministério Público Federal pleiteou o aumento de pena a um dos réus. O juízo *a quo* acolheu o pedido de defesa constituída por dois dos réus e desconsiderou as razões de apelação apresentada pela Defensoria Pública da União (DPU) em relação aos demais réus.

O caso objeto de estudo chama a atenção pois se trata do primeiro processo penal em território brasileiro de pessoas acusadas de prática de atos de, ou equiparados a terrorismo. Apesar de a persecução penal se dar quanto à prática de terrorismo, o julgado analisa a relação do discurso de ódio com atos que violam os direitos humanos.

O voto do relator, desembargador federal Márcio Antônio Rocha, inicia com uma avaliação acerca do normativo mais adequado para ser utilizado no presente caso. Realiza um paralelo entre leis penais gerais, leis específicas e as orientações de organismos internacionais para a resolução de questões ligadas aos direitos humanos.

Promove uma crítica quanto ao uso de leis penais gerais para a punição de ações terroristas, pois

[...] a não existência de legislação especial pode gerar dificuldades de aplicação de leis não voltadas especificamente à problemática do terrorismo, podendo comprometer o entendimento dos tribunais, com riscos de punições desproporcionais, e ensejando dificuldades na obtenção de cooperação de agências internacionais voltadas à prevenção e punição de atos terroristas (BRASIL, 2018, p.30).

A Constituição Federal Brasileira demonstra atenção quanto às práticas terroristas e de violação de direitos humanos, estando, inclusive, previsto de modo expresso no art. 4º, VIII, o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Essa previsão do constituinte decorre da preocupação apontada por organismos internacionais, quando a comunidade internacional elaborou uma série de instrumentos legais para o enfrentamento do terrorismo e de violações de direitos humanos.

O relator, ao delimitar a finalidade da ação terrorista, esclarece que esta ofende os valores basilares de uma sociedade democrática e aduz que,

A ação terrorista em geral não visa a subjugar ou a vencer um inimigo, mas comunicar uma mensagem a todos que se mostrem contrários à ideologia defendida. Do estabelecimento do pavor coletivo advém o perigo de cerceamento de liberdades e direitos individuais e coletivos, e, por isso, é evidente a necessidade de um tipo penal autônomo, especial, tratando adequadamente essa especial motivação e os demais aspectos peculiares dessas ações (BRASIL, 2018, p.32).

Segundo entendimento exarado no julgado, é sabido que a motivação terrorista pode ser baseada em diversas questões. A xenofobia, a discriminação, o preconceito de raça, cor, etnia ou religião, são alguns exemplos. Essas insatisfações ideológicas alimentam desejos de assunção de poder e promoção de reformas políticas, religiosas, raciais etc., fundadas em pensamentos de supremacia de um grupo perante outro grupo. Nesse contexto, o uso da violência surge como a única saída para a obtenção de mudanças que não seriam possíveis por instrumentos políticos legítimos e ordinários, ou não seriam aceitáveis de acordo com princípios democráticos (BRASIL, 2018, p.35).

Com essa visão, o relator faz um apanhado vasto de tratados internacionais que discorrem sobre a proteção de direitos humanos e esclarece que é livre a manifestação de pensamento e expressão, mas que esta deverá sofrer interferências quando sacrifica direito de outras pessoas. Salienta ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos é o único instrumento que utiliza o verbo “proibir”, de modo expresso, quando prescreve limites à liberdade de expressão.

A restrição exercida pelo Estado neste caso, não se trata de proibição do exercício

de liberdade religiosa dos réus, visto que estes não são impedidos pelo poder Estatal de professarem a sua fé. A decisão limitou a expressão enquanto incitação à violência e ao terrorismo.

Observa-se aqui a íntima relação do discurso de ódio com práticas como o terrorismo, tendo em vista que partem do mesmo pressuposto de discriminação, incitação à violência e segregação de um grupo social. Assim “a propagação dessas ideias, concebidas como discurso de ódio, deve ser coibida, independentemente da comprovação de o autor estar pessoalmente disposto a cometer a violência que proclama direta ou indiretamente” (BRASIL, 2018, p.45). E não poderia ser diferente pois, com apoio na análise de discurso a própria linguagem, “posta em movimento”, já carrega a violência, que reside no percurso e na intenção da fala, independentemente da produção de outros atos de violência.

Ademais, estes discursos são potencialmente capazes de agregar admiradores e pessoas que poderão colocar em prática a violência que o autor do discurso de ódio incita. O efeito motivacional demonstra o risco à sociedade e seus “efeitos danosos não são controlados ou dimensionados sequer por quem se manifesta, e aí está um fundamento importante para ser contido pelos Estados” (BRASIL, 2018, p.48)

Observa-se, portanto, que o entendimento de ambas cortes se alinham ao posicionamento adotado neste trabalho quais sejam: o discurso de ódio é prática que não está protegida pela liberdade de expressão; a limitação a liberdade de expressão deve ocorrer quando violar a dignidade humana nos casos de discursos de ódio, ressalvados os cuidados no caso do uso da ponderação de interesses; a legislação Brasileira, seja constitucional ou geral, é insuficiente para um combate efetivo na propagação dos discursos de ódio na sociedade em rede, necessitando valer-se de diplomas legais mais preparados para a atuação neste campo; mesmo sendo os tratados internacionais instrumentos capazes de proteger a dignidade humana, estes não encontram-se preparados para as novas problemáticas trazidas pela sociedade em rede.

Dessa forma, verifica-se que o assunto já vem sendo tratado pela Corte Suprema, apesar de se dar de forma sutil, posto que não versa especificamente da temática do discurso de ódio. Já o tratamento dado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região foi feito quanto ao crime de terrorismo, entretanto, realizou também uma análise social de condutas que não configuram o crime, mas o permeiam, como o discurso de ódio.

Porém, ainda assim, observa-se o pouco uso da expressão discurso de ódio e do conteúdo dos tratados internacionais pelos Tribunais, posto que dos 27 julgados encontrados

na pesquisa jurisprudencial, apenas dois valeram-se dos diplomas internacionais para tratar do discurso de ódio quanto à necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana e de limitação à liberdade de expressão frente a estas práticas.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa desenvolvida para a elaboração deste artigo, verificou-se que há significativa dificuldade na compreensão quanto ao conceito de discurso de ódio e a sua forma de atuação, o que resulta em certo desconhecimento por parte da sociedade quanto ao tema.

Observou-se que o advento da internet e a facilidade de acesso aos meios de comunicação proporcionaram novos instrumentos para a perpetuação de ideologias intolerantes, pois a errônea crença de que a legislação não se aplica às posturas online estimulam muitos indivíduos a expressarem pensamentos preconceituosos. Desta forma, apesar de o ambiente virtual ser um símbolo de liberdade, este acaba por ser permeado por ideários racistas, misóginos, homofóbicos, os quais vão de encontro ao regime democrático e aos direitos humanos.

Verificou-se que a exigência atual exige que se tenha um ordenamento jurídico não só preocupado com a criminalização de condutas, como também com proteção de bens jurídicos indispensáveis à existência humana, tanto na perspectiva individual como supraindividual, em homenagem aos princípios da igualdade, da liberdade, da proibição ao retrocesso e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, constata-se que a necessidade de efetivação de proteção aos direitos humanos superou a mera previsão legislativa demonstrando a necessidade de mobilização da comunidade internacional na adoção de mecanismos e tratados para a promoção da evolução do homem no âmbito social e econômico, no intuito ainda de impedir violações aos direitos fundamentais.

Não obstante, mesmo sendo os tratados internacionais instrumentos capazes de proteger a dignidade humana e terem força legal no Brasil, estes não se mostram suficientes e adequadamente aplicados para o enfrentamento das novas problemáticas trazidas pela transitoriedade das relações na sociedade em rede.

Pode-se perceber que o discurso de ódio está atrelado a uma problemática de colisão entre a liberdade de expressão do emissor e a dignidade humana das minorias atingidas, sendo

que tal tema atinge dimensões globais em razão da configuração da sociedade em rede, trazendo a voga a necessidade de limitação de um dos direitos, em favor da eficácia do outro. Baseando-se nas apurações dos estudiosos do tema, observou-se que doutrina não é unânime quanto à forma como este conflito deve ser resolvido.

É neste contexto que se defende que a propagação de ideias, concebidas como discurso de ódio, deve ser coibida e que mesmo não havendo consenso quanto ao tema, os tribunais devem enfrentar a temática sob pena de uma insegurança jurídica e redução de direitos. Defende-se, nesse caso, a limitação da liberdade de expressão em proveito da dignidade da pessoa humana, observando a limitação quanto a atividade lesiva ao direito humano, não quanto ao exercício geral da liberdade de expressão.

Uma vez demonstrado o posicionamento da doutrina acerca do tema em questão, verificou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando à superação da colisão de direitos pela ponderação de interesses. Ademais, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial nos Tribunais Regionais Federais sobre a temática aliada aos tratados internacionais. Neste sentido, selecionou-se o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo em vista que este aborda de maneira ampla, mas não como objeto central, o discurso de ódio.

Observou-se que ambas as cortes decidiram pela limitação à liberdade de expressão, confirmando que o tratamento jurídico ao discurso de ódio deve ser o da responsabilização do emissor mesmo diante da alegada liberdade de expressão. Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal não referiu expressamente o discurso de ódio, sendo feita a ponderação entre a liberdade de expressão e a dignidade humana como direitos humanos prejudicados pela conduta discriminatória objeto do julgado.

O julgado colhido pela pesquisa nos Tribunais Regionais Federais tem como tema central o terrorismo, entretanto, realiza uma ampla análise do discurso de ódio como conduta relacionada ou precursora de atos de violência. Porém, da pesquisa jurisprudencial este julgado por justificar a decisão mencionando tratados internacionais de direitos humanos pode ser tratado como um caso paradigmático sobre o tema discurso de ódio.

A conclusão é de que o discurso de ódio como violador da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana deve ter um tratamento especial no ordenamento jurídico brasileiro a fim de contribuir para a eficaz proteção dos direitos humanos. Neste sentido, aqueles que decidem os casos concretos – juízes, desembargadores, ministros – devem, de forma expressa, tratar do discurso de ódio e da colisão de direitos causado pela mensagem de ódio, assumindo-se posição mais contundente e defensora da dignidade humana. A adoção

de tal entendimento pode auxiliar na propagação e discernimento dos perigos do discurso de ódio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

BRASIL. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n.592 para promulgação de Atos Internacionais: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 7030*. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n.65.810 que promulga a convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*, Brasília, 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Emenda constitucional n. 45*. Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta e inconstitucionalidade n. 5.543*. Relator Edson Fachin, Brasília, Distrito Federal, 6 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310324588&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. *Habeas Corpus n.82.424*. Relator Maurício Corrêa. Brasília, 19 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeorpesquisarInteiroTeor.asp#resultado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. *Apelação criminal n. 5046863-67.2016.4.04.7000/PR*. Relator Márcio Antônio Rocha, Porto Alegre, 19 de junho de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9219747&termosPesquisados=ZGlzY3Vyc28gZGUgb2RpbYBpbmRlcm5ldA==. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Brasília: *Revista de Direito Público*, 2007.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 4.ed. Lisboa: Fundação Carlouste Gulbenk, 2011.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2.ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: Nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Editora Fontes, 2002.

GÓES, Joaci. *A anatomia do ódio*. Rio de Janeiro: Editora topbooks, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: Informação pública em rede. Virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. *Direito à liberdade de expressão e sua proteção no sistema interamericano de direitos humanos*. Curitiba: Editora prisms, 2017.

OLIVEIRA, Marcos De Jesus. Notas de reflexão sobre direitos humanos, liberdade de expressão, discurso de ódio e exigência de justiça. *Revista direito, estado e sociedade*. Brasília: p.169-187, set./out. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Department of International Law. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma De Discriminação E Intolerância*, 2013. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

ORLANDI, Eni P. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 9. ed. Campinas: Pontes, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRATES, Francisco de Castilho. Constituir pela fala: notas sobre liberdade de expressão, performatividade e discurso de ódio. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 7, mai./ago., 202º, p. 277-301. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45246/28880>. Acesso em: 8 maio 2022

UNIÃO EUROPÉIA. Relatoria Especial Para La Libertad de Expresión. *Convenção Europeia De Direitos Humanos*, 1948. Disponível em:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 14 jan. 2022.

UNIÃO EUROPÉIA. Conselho da Europa. *Convenção sobre o cibercrime relativo à discriminação de atos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistema performáticos*, 2003. Disponível em

<https://www.cicdr.pt/documents/57891/128776/Protocolo+Adicional+%C3%A0+Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+o+Cibercrime.pdf/272c55f9-8fd5-4a4a-849f-c728304b55f2>.

Acesso em: 14 jan. 2022.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso de ódio: O conflito discursivo nas redes sociais. *Revista eletrônica do curso de direito UFSM*. Santa Maria, p. 450-468, out/nov. 2015. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf> Acesso em: 14 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 53 – 106.

SILVA, Rosane Leal da. O sistema de proteção integral desafiado pela sociedade informacional: desvelando o problema. In: SILVA, Rosane Leal da; FLAIN, Valdirene Silveira (Org.). *O Direito da Criança e do Adolescente em tempos de Internet: do bullying ao cyberbullying*. Santa Maria: Centro Universitário Franciscano, 2013, p. 15-35.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista direito GV*. São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, jul./dez. 2011.

VALENTE, Thayra Azevedo Peters; TEODORO, Frediano José Momesso. Discurso de ódio e sua repressão penal: limites à liberdade de manifestação do pensamento. In: Congresso internacional de direito da UBM. *Anais eletrônicos*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em:

<http://intranet.ubm.br/conidir/anais/2016/ANAIS/19-DISCURSO-DE-ODIO-E-SUA-REPRESSAO-PENAL.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.