

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Isabel Schimitt Vieira Machado

**O CONTORNO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO
BRASIL:
Caso Ellwanger à luz dos paradigmas de John Stuart Mill e Jeremy
Waldron**

Porto Alegre

2023

Isabel Schimitt Vieira Machado

**O CONTORNO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO
BRASIL:
Caso Ellwanger à luz dos paradigmas de John Stuart Mill e Jeremy
Waldron**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharela em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Macdonald

Porto Alegre

2023

Isabel Schimitt Vieira Machado

**O CONTORNO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO
BRASIL:
Caso Ellwanger à luz dos paradigmas de John Stuart Mill e Jeremy
Waldron**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharela em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Aprovada em 13 de setembro de 2023

Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso Macdonald
Orientador

Prof. Bruno Cardoni Ruffier

Prof. Edison Consiglio Filho

AGRADECIMENTOS

A Deus, cuja bondade e graça se revelam a mim todos os dias. A meus pais, Silvio e Gladis, que, esforçando-se, sempre proveram um ambiente de paz e segurança, onde pude errar, acertar e crescer. A meus irmãos, Rebecah e Thiago, e a meus cunhados, Bruno e Paola, com cuja amizade posso contar em qualquer momento, a qual dá cor a meus dias.

À minha avó Maria, cujas orações diárias me sustentam há muitos anos. A meus tios Humberto e Ana, cujos exemplos de perseverança me inspiram a jamais retroceder. A meu tio Enos, exímio e amoroso professor, que muito me ajudou na jornada escolar e acadêmica. A meus tios Cristina e James, pelos constantes incentivos e por trazerem ao mundo as pessoas mais graciosas, Ruth e Micaele.

A meu querido Natan, por todo auxílio prestado nestes últimos meses e por tornar os momentos amargos mais doces. À querida Isadora, cuja companhia nos intervalos de dias tão corridos me é de acalento.

A minhas companheiras de jornada, Letícia, Karolainy e Sophia, que encheram o velho Castelinho de boas recordações. À minha querida turma, com quem tanto convivi e aprendi nos últimos cinco anos, e àquelas amizades tão especiais feitas nessas arcadas.

A meu orientador, professor Paulo, por tamanha atenção e generosidade ao compartilhar seu conhecimento e seu tempo. Sua contribuição foi essencial para a elaboração deste trabalho.

“Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade.”
(Mill, 1859)

RESUMO

Este trabalho se propõe a compreender qual é o contorno da liberdade de expressão no Brasil. Por “contorno” se quer dizer os limites ou “até onde” uma exteriorização do pensamento está amparada pelo direito à liberdade de expressão previsto no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, mais especificamente no inciso IV. O enfoque desta pesquisa é a limitação da liberdade de expressão ante a propagação de notícias falsas que embasam discursos de ódio. Para tanto, inicialmente, aborda-se a visão de dois autores acerca do tema, que são John Stuart Mill e Jeremy Waldron. Dessa análise, são extraídos argumentos que facilitam o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se incumbe da interpretação das normas constitucionais, no julgamento do Caso Ellwanger. Por fim, conclui-se que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e que a decisão da Suprema Corte no Caso Ellwanger indica uma aproximação da ordem jurídica brasileira à visão do autor neozelandês Jeremy Waldron.

Palavras-chave: liberdade de expressão; discurso de ódio; caso Ellwanger.

ABSTRACT

The present work aims to understand the contours of freedom of expression in Brazil. By “contour” we mean the limits or “to what extent” an externalization of thought is supported by the right to freedom of expression provided for in the list of fundamental rights in art. 5º of the Federal Constitution, more specifically in section IV. The focus of this research is the limitation of freedom of expression in the face of the spread of fake news that supports hate speech. To this end, initially, the vision of two authors on the topic is addressed, John Stuart Mill and Jeremy Waldron. From this analysis, arguments are extracted that facilitate the understanding of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, which is responsible for interpreting constitutional norms, in the judgment of the Ellwanger Case. Finally, it is concluded that the right to freedom of expression is not absolute and that the Supreme Court's decision in the Ellwanger Case indicates an approximation of the Brazilian legal order to the vision of New Zealand author Jeremy Waldron.

Keywords: freedom of expression; hate speech; Ellwanger case.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP	Código Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	<i>Habeas Corpus</i>
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO JOHN STUART MILL	12
2.1 ARGUMENTOS DE JOHN STUART MILL A FAVOR DA LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO OU LIVRE EXPRESSÃO DA OPINIÃO	16
2.1.1 Opiniões Verdadeiras	16
2.1.2 Opiniões Parcialmente Verdadeiras	17
2.1.3 Opiniões Falsas	18
2.2 OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO DO DANO	20
3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO JEREMY WALDRON	24
4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DO STF	28
4.1 UM MARCO DELIMITATÓRIO: HC 82.424-2	28
4.1.1 O Caso Ellwanger	28
4.1.2 A decisão do STF	31
4.1.3 Importância e Impactos da Decisão	46
5 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Debates acerca da liberdade de expressão têm sido soerguidos, nos últimos tempos, acima de outras discussões. As redes sociais catapultaram a possível reverberação das palavras e, nesses ambientes virtuais, o que foi dito no ocidente pode, instantaneamente, alcançar o oriente, a uma quantidade incontável de indivíduos. O falatório que anteriormente se fazia de casa em casa e que alvoraçava uma vizinhança, hoje é feito num espaço contemplado pelo mundo todo. A internet e as redes sociais, pois, apontam a uma realidade em que a simples expressão do pensamento pode implicar consequências inimagináveis, haja vista seu largo alcance.

Se em pequenas rodas é possível se chegar a discussões acaloradas; se desde as sociedades antigas lida-se com a disseminação de mentiras; se mesmo sem a internet a expressão de pensamentos antissemitas se alastrou pelo mundo, é difícil imaginar o que poderia acontecer se não houvesse restrições à manifestação do pensamento, principalmente nos ambientes digitais, como, de fato, existem na maioria dos Estados modernos.

Nesse sentido, este trabalho trata do exercício da liberdade de expressão, e tem como objetivo geral compreender qual seja o contorno desse direito na experiência brasileira. Dentre os objetivos específicos, está a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) atinente ao tema sob a luz de referenciais teóricos para se alcançar a compreensão do posicionamento dessa Corte com relação a qual parâmetro teórico se aproxima. Assim, o trabalho utiliza-se do método dedutivo para, a partir dos referenciais teóricos e da análise jurisprudencial, compreender o entendimento prevalente no Brasil.

Ora, o direito à livre manifestação do pensamento consiste em um direito fundamental, preconizado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), no seu art. 5º, IV, que dispõe: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”¹. É a expressão da personalidade, da vontade, da opinião, da livre circulação de ideias. É incompatível com ditaduras, mas essencial ao Estado Democrático de Direito, que promove e assegura os direitos fundamentais sob a égide

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2023.

de um ordenamento jurídico estabelecido por um livre e democrático processo legislativo².

Veja-se como, a exemplo da experiência brasileira, a liberdade de expressão é aviltada num regime autoritário: o Regime Militar, de 1964 a 1985, no zelo pela manutenção da revolução, instituiu a censura prévia, suspendeu direitos políticos, cassou seus opositores.³

Mas embora esse direito seja tão valorizado nas democracias, ele não é absoluto. Havendo, assim, limitações ao seu exercício. Inclusive, há, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de incorrência em crime aquele que, por mau uso das palavras, tem sua conduta tipificada no Código Penal (CP) como calúnia, difamação ou injúria.⁴ Com tal tratamento, fica claro que, à ordem jurídica, todo indivíduo é livre para expressar o que bem entender, desde que responsabilizado por aquilo que falar, e por isso se justifica a vedação ao anonimato, como previsto na CRFB.

Ocorre que, diante de tamanhas discussões, este trabalho se propará a responder às seguintes questões: a) quais os limites da liberdade de expressão e b) qual a extensão do dano causado por discursos de ódio.

É possível encontrar em John Stuart Mill e Jeremy Waldron perspectivas divergentes a respeito do tema, como se verá a seguir. Para perscrutar a visão do primeiro autor com relação ao ponto aqui discutido, será explorada a sua obra “Sobre a Liberdade”, publicada em 1859; com relação ao segundo autor, será explorada a sua obra “The Harm in Hate Speech”, publicada em 2012. A partir da compreensão de suas ideias antagônicas, é possível compreender qual visão é mais coerente com a experiência brasileira e qual são as respostas dadas pelo STF a essas questões supramencionadas. Nesse sentido, no âmbito jurisprudencial, buscar-se-á esclarecimento a partir do julgamento do “Caso Ellwanger”, apreciado pela Suprema Corte em 2003, atinente ao *habeas corpus* nº 82.424/RS⁵, o qual aborda a temática

² RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2018. *E-book*. ISBN 9788520455791. Disponível em:

<<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/>>. Acesso em: 04 set. 2023. p. 332.

³ INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Memórias da Ditadura**, 2023. Disponível em:

<<https://memoriasdaditadura.org.br/repressao/>>. Acesso em: 04 set. 2023.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 04 set. 2023.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 82.424/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

dos limites do exercício do direito constitucional à livre manifestação do pensamento em face de discriminação racial por meio da escrita.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO JOHN STUART MILL

John Stuart Mill nasceu em Londres, no dia 10 de maio de 1806⁶. Seu pai, James Stuart Mill, foi uma influência definitiva para a sua formação, uma vez que, como um liberal crítico ao sistema político e religioso da época, deu ao filho uma educação rigorosa com o fim de lhe encaminhar para a vida intelectual⁷.

James Stuart Mill foi um adepto da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham e conduziu o filho em consonância a essa concepção, de modo que John Mill, em 1863, produziu um livro intitulado “Utilitarismo”⁸. Nessa obra, Mill propaga essa teoria, que apresenta também sob o nome de “Princípio da Maior Felicidade”, caracterizando-a como fundamento moral baseado na ideia de que “as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade”⁹. Por felicidade, entende o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação de prazer.

Em sua obra, John Mill classificou os prazeres em duas categorias: prazeres superiores e os prazeres inferiores. São superiores aqueles que são preferidos, independentemente de obrigação moral, pela maioria das pessoas que tenha experienciado a ambos. Aqueles preteridos em razão de prazeres superiores são os prazeres inferiores. Mill destaca que, inquestionavelmente, os prazeres mais preferíveis se relacionam com as faculdades superiores, que distinguem os seres humanos dos animais e lhes proporcionam sensações mais aprazíveis¹⁰.

É preciso destacar que a moralidade do utilitarismo busca não a felicidade imediata, mas aquela que trará benefícios a longo prazo para a coletividade e para o indivíduo. Em que pese exista um aparente conflito entre a esfera do indivíduo e da coletividade, Mill entende que a felicidade geral se ampara no cultivo da

⁶ MILL, John S. **Autobiografia**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2018. *E-book*. ISBN 9789724422527. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422527/>. Acesso em: 22 ago. 2023. p 22.

⁷ MILL, John S. **Sobre a liberdade**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2016. *E-book*. ISBN 9789724422398. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422398/>. Acesso em: 22 ago. 2023. p. 7.

⁸ MILL, John S. **Utilitarismo**. São Paulo: Editora Blucher, 2020. *E-book*. ISBN 9788521219491. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521219491/>. Acesso em: 08 ago. 2023. n.p

⁹ *Ibidem*, Cap.2. n.p

¹⁰ MILL, John S. **Utilitarismo**. São Paulo: Editora Blucher, 2020. *E-book*. ISBN 9788521219491. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521219491/>. Acesso em: 08 ago. 2023. n.p

individualidade e do autoaprimoramento. Isso porque o gosto dos homens pelos prazeres superiores, que os conduzirão à felicidade, depende de seu gosto pela intelectualidade. Para ele, os vícios nos prazeres inferiores se dão na medida em que há falta de oportunidade de se manter em exercício as capacidades superiores, que, não alimentadas, acabam por perderem-se. O filósofo chega a dizer que “a deplorável educação atual [da sua época] e as deploráveis estruturas sociais são o único verdadeiro obstáculo que impede que esta [felicidade] esteja ao alcance de quase todos”¹¹.

É na mesma lógica que John Stuart Mill explora a ideia da liberdade em sua obra “Sobre a Liberdade”, publicada em 1859, dando destaque às liberdades individuais e, em especial, à liberdade de expressão¹². Com seu texto, Mill objetiva propor um princípio capaz de controlar as relações entre a sociedade e os indivíduos plenamente maduros em suas faculdades, de modo a assegurar a liberdade não apenas frente às interferências do Estado, mas da própria coletividade sobre a esfera individual. Nesse sentido, ele projeta o *princípio do dano*:

Esse princípio é o de que a única finalidade para a qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. Que o único propósito para o qual o poder pode ser exercido com justiça sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra sua vontade, é o de evitar dano a outros. A finalidade de seu próprio bem, físico ou moral, não é suficiente para conferir essa autorização.¹³

A preocupação do filósofo se revela maior com a opressão social do que com a opressão política. Para ele, o grande inimigo da liberdade a ser enfrentado era a própria sociedade; a dominação do indivíduo por meio das opiniões públicas, regras e convenções sociais¹⁴. Isso porque, quanto às evidentes violações advindas de

¹¹ Ibidem, n.p

¹² MILL, John S. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 16.

¹³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2016. E-book. ISBN 9789724422398. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422398/>. Acesso em: 22 ago. 2023. p. 39-40.

¹⁴ BIAGIOLI, Carlos Murilo. **Liberdade de expressão e direitos humanos**: uma análise de casos brasileiros sob a perspectiva do STF e à luz do pensamento de J. S. Mill. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Aplicadas, Universidade Estadual de Campinas. Limeira, 2020. p. 22

“tiranos, ditadores, monarcas autoexaltados e aristocratas”¹⁵, a sociedade aprendera a se autoprotger com a própria democracia. Desse modo, os governantes estariam eles mesmos sujeitos à nação. Entretanto, Mill diagnosticou que tal concepção se revelava falível.

Uma das razões pelas quais a sociedade põe em risco a liberdade é que a vontade do “povo”, mesmo nos regimes democráticos, não é, de fato, a vontade de todos, mas a de uma parte mais numerosa ou mais ativa dele. Nesse sentido, Mill aponta que o povo “pode desejar oprimir uma parte de si mesmo”¹⁶. É a tirania da maioria, a qual pode ocorrer por meio das autoridades públicas - pelo poder que se tem sobre elas - ou a próprio mando, de maneira mais sutil, num controle perpetrado mais profundamente na sociedade. Nesse contexto, são impostas regras de comportamento que buscam evitar a formação de um caráter dissonante, de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com o padrão estabelecido, de modo que todos os indivíduos são coagidos a segui-lo¹⁷.

Eis, pois, o confronto da liberdade do indivíduo com a opinião coletiva. Qual é o limite para a interferência na independência no indivíduo? Proteger essa independência, segundo Stuart Mill, é tão vital quanto se proteger contra o despotismo político.

Ora, ainda na sua obra “Sobre a Liberdade”, Stuart Mill expressa que os fundamentos da liberdade de expressão são os mesmos aplicáveis às demais liberdades fundamentais aos seres humanos, preservando a lógica utilitarista. Nesse sentido, Fitzpatrick afirma que “o ponto importante é que Mill defende a importância para o nosso bem-estar de permitir uma busca irrestrita pela verdade”¹⁸. Sobreleva-se, ainda, a preservação da liberdade individual, uma vez que Mill entende que a individualidade do indivíduo se aprimora a partir da argumentação e discussão com outros indivíduos. Desse modo, conclui que:

Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais

¹⁵ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 26.

¹⁶ Ibidem, p. 57.

¹⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2016. E-book. ISBN 9789724422398. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422398/>. Acesso em: 22 ago. 2023. p. 39-40.

¹⁸ FITZPATRICK, John R. **John Stuart Mill's political philosophy: balancing freedom and the collective good**. London; New York: Continuum, 2006. p. 70.

legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade.¹⁹

Mill contesta que, mesmo em governos constitucionais, o governo ou o próprio povo exerça qualquer poder de coerção a opiniões, determinando quais doutrinas são autorizadas a circular na sociedade. Ele avança em seu posicionamento, alegando que mesmo se em conjunto, com a ação do governo autorizada pela opinião pública, o exercício desse poder é ilegítimo. Para o autor de “Sobre a Liberdade”, silenciar a expressão de uma opinião lesa toda a humanidade – a geração atual e as futuras; os que daquela opinião divergem ainda mais do que os que com ela concordam.

Em suma, são quatro os fundamentos que Mill propõe em defesa à liberdade de opinião e de expressar a opinião²⁰:

- I. Uma opinião supostamente errônea que se pretende censurar com base naquilo que já se sabe pode ser verdadeira, uma vez que o ser humano é falível, e mesmo suas teorias mais amplamente aceitas podem conter falhas.
- II. Mesmo que uma opinião que se pretende censurar esteja errada, é possível, e até mesmo muito provável, que ela contenha parte da verdade; considerando que é muito provável que a opinião majoritária não contenha toda a verdade, é proveitosa para a humanidade o debate de tais opiniões para o fim de desvelar o que não tenha sido compreendido.
- III. Ainda que a opinião aceita seja verdadeira e que a opinião que se pretende suprimir seja completamente errada, é essa última que, contestando a primeira, dará a ela clareza de sentido e proporcionará a percepção de seus fundamentos racionais, de todo modo fortalecendo-a.
- IV. Se as opiniões dissonantes são suprimidas, a verdade é estabelecida por dogmas, sustentados pela formalidade e despidos de convicções reais e sinceras alcançadas pela experiência pessoal, de modo que ela – a verdade – perde seu efeito vital no caráter e no comportamento.

¹⁹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 68.

²⁰ Ibidem, p. 104.

2.1 ARGUMENTOS DE JOHN STUART MILL A FAVOR DA LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO OU LIVRE EXPRESSÃO DA OPINIÃO

2.1.1 Opiniões Verdadeiras

Não se pode suprimir uma opinião porque, ainda que dela discordem, ela pode ser verdadeira. Evidentemente que a supressão pode ser motivada pela ideia de que é falsa; entretanto, para afirmar isso, é preciso ter certeza, e tal certeza tem de ser absoluta. Ocorre que, para Mill, os homens são falíveis, pelo que impossibilitados de estabelecerem verdades absolutas. Não deveriam, pois, sentir confiança total em suas próprias opiniões de modo a recusar-se a ouvir opinião diferente.

A certeza dos homens em suas próprias ideias, pondera Mill, tende a se ancorar nas certezas que tem o mundo à sua volta, isto é, o seu ciclo social ou, como hodiernamente se diz, a sua bolha – aquilo que conhece, que lhe cerca. Nesse cenário, o indivíduo encontra comodidade na medida em que delega a seu mundo a responsabilidade de estar do lado certo contra os mundos dissidentes de outras pessoas. Entretanto, Mill destaca que épocas não são menos infalíveis do que indivíduos – opiniões hoje generalizadas podem ser rejeitadas em épocas futuras, como o que já ocorreu com ideias e costumes passados em relação ao presente.

Nesse ponto, Mill suscita uma objeção a seu próprio argumento no sentido de que, se aos homens é dado juízo, ele deve ser utilizado, e as coisas, portanto, devem ser julgadas por eles; não é porque o juízo por vezes é falho que não deve ser utilizado, abdicando de apontar o certo ou o errado. A tal arguição, o filósofo responde que é correto afirmar que não há certezas *absolutas*, de forma que o juízo é, de fato, falho; contudo, afirma que existe um grau de certeza suficiente para os propósitos da vida humana. Certeza suficiente para orientar a conduta do indivíduo, e não a dos outros.

Nesse sentido, é legítimo considerar uma ideia como certa e agir de acordo com ela. Porém, para que se verifique a veracidade de tal opinião, é necessário que seja provada, uma vez que existe uma grande diferença entre presumir que uma opinião é verdadeira porque não foi rechaçada quando contraposta a ideias antagônicas e supor sua veracidade apenas com o fim de não permitir sua refutação. Mill pontua que permitir que as ideias sejam contraditas e desaprovadas é o que legitima sua veracidade para fins de ação.

Ainda, se a opinião a ser suprimida está certa, os que divergem ficam privados da oportunidade de trocar o errado pelo certo. As opiniões errôneas são corrigíveis justamente pelo debate e pela experiência – isto é, a teoria alinhada com a prática. Assim, o julgamento valorizado provém de quem manteve a mente aberta a críticas de suas opiniões e de sua conduta e, a partir disso, adquiriu sabedoria para corrigir e complementar sua opinião. Nesse sentido, o autor conclui que:

É estranho que possam imaginar que não estejam supondo sua infalibilidade quando admitem que deveria haver debate livre de todas as questões que possam ser duvidosas, mas acham que deveria ser proibido questionar alguns princípios ou doutrinas específicas porque são certos — ou seja, porque eles estão certos de que são certos.²¹

2.1.2 Opiniões Parcialmente Verdadeiras

Outra situação é aquela em que o conflito se dá não entre uma opinião verdadeira e outra falsa, mas entre opiniões parcialmente verdadeiras – “a verdade é dividida entre as duas”²². Nesses casos, uma é necessária à outra para conduzir à verdade que lhe falta. Mill entende que a maioria das opiniões populares são parcialmente verdadeiras, possuindo diferentes níveis da verdade. No entanto, reconhece que a tendência humana seja a de reconhecer as opiniões ou como falsas ou como verdadeiras. Disso decorre que, “mesmo em casos de mudanças revolucionárias de opinião, uma parte da verdade declina enquanto outra ascende”²³.

Nesse sentido, Mill defende que cada opinião que corresponde à parte da verdade deve ser valorizada, ainda que, de acordo com os interesses de cada época, uma parte tenda a se destacar mais do que outra. Como expressa: “*a balança certamente penderá mais para um lado, em detrimento do outro*”²⁴. Embora haja esta prevalência de uma opinião em detrimento de outra, o filósofo frisa que, nesse contexto, a que mais deve ser respeitada é a opinião menos prevalente, uma vez que esta é a parte da verdade que, por ora, encontra-se negligenciada.

²¹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 73.

²² Ibidem, p. 97.

²³ MILL, *loc. cit.*

²⁴ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 99.

Em qualquer das grandes questões em aberto que acabaram de ser mencionadas, se alguma das duas opiniões deve ter um apelo maior que o da outra, não só para ser tolerada, mas para ser estimulada e sustentada, será aquela que, num determinado tempo e lugar, aconteça estar em minoria. Essa é a opinião que, por enquanto, representa os interesses negligenciados, o lado do bem-estar humano que está em perigo de obter menos do que deveria.²⁵

Stuart Mill entende que a única forma de tornar o mundo equânime, com oportunidade para todos os lados, seja a maioria ou a minoria, é permitindo a diversidade de opiniões. Nesse viés, esta pretensão que se tem de assumir parte da verdade como total verdade tem de ser contraposta, ainda que surjam opiniões dissidentes que roguem para si o patamar de verdade absoluta. O resultado dessa contraposição pode até não ser eficaz ao oponente da discussão, mas é útil àquele que, à parte dela, pondera acerca de ambos os argumentos. O resultado para os oponentes pode ser de simplesmente reforçarem seus vieses, o que para Mill não é um mal; o mal é suprimir parte da verdade, porque “sempre há esperança quando pessoas são obrigadas a ouvir os dois lados”²⁶. Com isso, o filósofo conclui que:

É quando elas [as pessoas] só prestam atenção a um deles [lados] que os erros se cristalizam em preconceitos, e a própria verdade deixa de ter o efeito da verdade, por ter sido exagerada até se tornar uma falsidade.²⁷

2.1.3 Opiniões Falsas

Será que as opiniões, quando falsas, podem ou devem ser suprimidas? Mill considera que o fato de a opinião aceita ser verdadeira não justifica a censura às demais opiniões. Isso porque considera o valor da opinião dissidente, ainda que falsa, em impedir que a verdade se torne um dogma morto. Uma vez que as demais opiniões sejam suprimidas, a verdade não é sustentada como deveria ser por um ente racional; com o passar do tempo, ela se torna um preconceito, superstição, algo semelhante a isso. Nesse âmbito:

[...] mesmo que a opinião aceita não seja somente a verdade, mas toda a verdade, a menos que tenha sido alvo, e ainda seja, de vigorosa e séria contestação ela será mantida, pela maioria dos que a aceitam, na forma de

²⁵ Ibidem, p. 99.

²⁶ Ibidem, p. 103.

²⁷ MILL, *loc. cit.*

um preconceito, com pouca compreensão ou percepção de seus fundamentos racionais.²⁸

É claro que o fato de uma opinião não ter sido contestada não implica automaticamente que seja uma repetição irrefletida. No entanto, Mill visualiza que, em se tratando de assuntos complexos, como a moral, a religião, a política, as relações sociais e as tratativas da vida, a verdade depende do equilíbrio entre os conjuntos e argumentos conflitantes. Assim, defende que é essencial não somente se ter bons argumentos para sustentar uma opinião, como conhecer e estudar os argumentos contrários e saber refutá-los.

Para além desse, que seria um mal intelectual, a moral também é afetada com a ausência do livre debate, haja vista que assim é esquecido o próprio significado da opinião. A tendência, então, é que se atenha o conhecimento às suas razões formais; cria-se um credo que permanece externo à mente. Dessa forma, as palavras expressas não reforçam um raciocínio, mas são mera repetição isenta de reflexão. Assim, as pessoas, em vez de seguirem concepções por adesão, por terem sido convencidas, herdaram ideias que sequer são capazes de produzir algum verdadeiro efeito sobre seu caráter ou conduta. Isto é, esse fenômeno enfraquece a opinião aceita – mesmo sendo ela verdadeira. Nesse sentido:

Há muitas razões, sem dúvida, por que doutrinas que são as insígnias de uma seita conservam mais de sua vitalidade do que aquelas comuns a todas as seitas reconhecidas, e por que mais esforços se exigem de seus mestres para mantê-las vivas; mas uma razão certamente é que doutrinas peculiares são mais questionadas, e têm de ser mais defendidas com mais frequência contra contestadores. Tanto os pregadores quanto seus discípulos tendem a relaxar assim que não há inimigo à vista.²⁹

Não significa dizer que, à medida que a sociedade se desenvolve, não haverá verdades assentadas. Isso apenas implica dizer que a cessação de controvérsias é uma consolidação tanto salutar, quando se trata de opiniões verdadeiras, quanto perigosa e nociva quando essas opiniões são errôneas. Com isso, Mill reforça seu argumento a favor do livre debate de ideias, uma vez que as opiniões errôneas são

²⁸ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 104.

²⁹ Ibidem, p. 93.

essenciais para estabelecer um conflito com a opinião aceita e verdadeira, para que, contrapondo-lhe, torne a sua compreensão clara e profunda.

2.2 OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO DO DANO

Há aqueles que concordarão, afinal, que o livre debate de ideias deve ser preservado; que as ideias antagônicas devem coexistir, bem como que deve ser possibilitado o seu confronto. Entretanto, desde que a expressão de todas as opiniões seja feita com moderação, de maneira respeitável. Ora, questiona Mill, como se estabelecerão os limites de uma discussão respeitosa? Nesse sentido, o filósofo alerta para a dificuldade de limitar o exercício desse direito, apontando que se o critério para a caracterização do abuso do direito for a ofensa a quem cuja opinião é atacada, de tal forma a questão não será resolvida satisfatoriamente. Isso porque entende que, quando a opinião é forte e em relação a qual não se tem resposta, facilmente o oponente cuja opinião é atacada declara ter sido ofendido.

Além dessa objeção, John Mill alega que há outro argumento mais fundamental a ser considerado nesse contexto. Ele destaca que a maneira mais gravosa de subverter a discussão é se utilizar de sofismas, suprimindo fatos ou argumentos, expondo de maneira falsa os elementos do caso ou apresentando de forma equivocada a opinião oposta. A tais manifestações, hodiernamente, chamar-se-iam de *fake news*. Não obstante, para Mill, esses ardis não eram consideráveis e nem moralmente culpáveis. Ele entendia, ainda, o descabimento da edição de leis que interviessem nesse tipo de controvérsia ou má conduta. Nesse âmbito:

Mas tudo isso, mesmo nos mais agravados níveis, é tão continuamente feito de boa-fé, por pessoas que não são consideradas, e em muitos outros aspectos não merecem ser consideradas, ignorantes ou incompetentes, que quase nunca é possível, com consciência e sobre fundamentos razoáveis, tachar essa maneira errada de apresentação como moralmente culposa; e ainda menos poderia a lei presumir intervir nesse tipo de controvertida má conduta.³⁰

Mill dá a entender que sua aversão à denúncia de manifestações reprováveis se dava pelo fato de que era feita somente quando a suposta afronta atacava a opinião prevalente. Já se os ataques eram dirigidos à opinião não prevalente, não existiria

³⁰MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 105.

desaprovação geral, pelo contrário: é possível que fossem vistos como ataques bem justificáveis. O pior ataque apontado pelo autor é o de estigmatizar os que possuem opinião contrária como pessoas imorais. Na sua visão, essa arma é muito mais utilizada por aqueles que defendem a opinião prevalente contra aqueles que a criticam. Esses últimos, porque “são poucos e não são influentes”, não conseguem praticar essa ofensa sem que eles mesmos sejam prejudicados.

Ante o mencionado, Mill declara que os limites impostos ao exercício da liberdade de expressão geralmente implicam a contenção apenas das opiniões contrárias àquelas comumente aceitas. Desse modo, as opiniões não prevalentes são obrigadas a uma maior moderação na linguagem e vigilância, enquanto são expostas ao vitupério pelo lado oposto. Assim, o autor estabelece que, no interesse da verdade e da justiça, seria muito mais vantajoso restringir o uso de linguagem ofensiva àqueles que proclamam a opinião prevalente; no entanto, entende que, ainda assim, seria inconcebível que de fato houvesse uma lei ou ação de autoridade para restringir a liberdade de quem quer que seja de expressar sua opinião. Nesse viés, discorre Mill:

Em geral, opiniões contrárias àquelas comumente aceitas só se fazem ouvir mediante uma estudada moderação da linguagem e a mais cuidadosa vigilância contra agressões desnecessárias, das quais dificilmente se desviam, mesmo na menor das medidas, sem perder terreno; por outro lado uma desmedida vituperação empregada no lado da opinião prevalente consegue conter as pessoas de professarem opiniões contrárias, e de escutar aqueles que as professam. Portanto, no interesse da verdade e da justiça, é muito mais importante restringir o uso dessa linguagem ofensiva do que o da outra.³¹

Isso não significa dizer o que o exercício da liberdade de expressão seja ilimitado e irrestrito. Como mencionado anteriormente, Stuart Mill delimita o exercício da liberdade ao princípio do dano, formulado da seguinte forma:

Esse princípio é o de que a única finalidade para a qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. Que o único propósito para o qual o poder pode ser exercido com justiça sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra sua vontade, é o de evitar dano a outros. A finalidade de seu próprio bem, físico ou moral, não é suficiente para conferir essa autorização.³²

³¹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 105

³² MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2016. E-book. ISBN 9789724422398. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9789724422398/>. Acesso em: 22 ago. 2023.p. 39-40.

Dessa forma, o filósofo protege a individualidade ante as possíveis interferências do Estado e da sociedade, excluindo a sua atuação sobre o âmbito da conduta do indivíduo que se restrinja a seu próprio respeito. Isto é, ações que sejam expressões únicas do ser, como “pensamentos, preferências, aspirações e agregações voluntárias” não devem sofrer “estorvo, físico ou moral, por parte de seus semelhantes”³³. Para Mill, a única restrição legítima à ação do indivíduo é aquela que visa a evitar danos a outros.

No que se refere à liberdade de expressão, o autor frisa que mesmo as opiniões perdem sua imunidade quando são expressas em circunstâncias que as tornam instigação para alguma ação nociva. Mill exemplifica a situação da seguinte forma:

Uma opinião de que os comerciantes de milho são os responsáveis pela fome do povo, ou de que a propriedade privada é um roubo não deve ser molestada quando simplesmente circular pela imprensa, **mas pode incorrer com justiça em punição** quando transmitida oralmente para uma multidão agitada reunida em frente à casa de um comerciante de milho, ou quando brandida no meio da mesma multidão na forma de um cartaz.³⁴ (grifo nosso)

Mill reforça que a liberdade e a individualidade são sim essenciais para o bem-estar e felicidade, contanto que, no seu exercício, o indivíduo não se torne um aborrecimento para outras pessoas. Em suma, a individualidade é afirmada naquilo que primariamente não diz respeito a outros, sendo “privilégio e condição própria da natureza do ser humano, uma vez atingida a maturidade de suas faculdades, usar e interpretar a experiência a sua própria maneira”³⁵. Deve-se considerar que o dano, para o filósofo, é algo mensurável, diferente da ofensa, cuja alegação é muitas vezes injusta, como retrocitado. Destarte, ações que causem danos a outros podem e – as mais gravosas – devem ser controladas até mesmo com a intervenção ativa da humanidade.

Nesse âmbito, ele entende que, embora a sociedade não tenha um contrato do qual se extraiam obrigações sociais, seus integrantes devem ter condutas baseadas no princípio de não prejudicar os interesses dos outros. Interesses esses reconhecidos por dispositivos legais ou mesmo tacitamente e que, por isso,

³³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 108.

³⁴ Ibidem, p. 108.

³⁵ Ibidem, p. 110.

correspondem a direitos. Assim que, se há um desvio de conduta, de modo que uma pessoa cause mal a outras, “a sociedade tem jurisdição sobre ela, e abre-se à discussão sobre se o bem-estar geral será ou não beneficiado com uma intervenção em tal conduta”³⁶. Isso significa que à ocorrência de dano não corresponde necessariamente uma intervenção da sociedade, vez que é preciso avaliar se essa atuação resultará em seu benefício, em prol da felicidade geral.

³⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017. p. 129.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO JEREMY WALDRON

Jeremy Waldron, em sua obra *“The Harm in Hate Speech”*, baseia suas considerações na contraposição entre o direito à liberdade de expressão e o chamado discurso de ódio. Nesse sentido, declara sua discordância à ideia de que as manifestações de opinião não devem ser de preocupação da lei, o que muitas vezes é explicitado na expressão “eu odeio o que você fala, mas vou defender até a morte seu direito de dizê-lo”. Ele fundamenta seu posicionamento em dois argumentos.

Em primeiro lugar, entende que a inclusão é um bem público com o qual a sociedade deve estar comprometida; que, apesar das diversas etnias, raças, aparências e religiões, cada grupo deve aceitar um ao outro, de modo que cada indivíduo tenha a segurança de não enfrentar hostilidade. Jeremy reconhece que o discurso de ódio inviabiliza essa atmosfera, inserindo discriminação e violência ou ressuscitando experiências pregressas desastrosas. Em segundo lugar, em razão de que toda a sociedade, em especial os membros de minorias, há de se beneficiar com tal segurança que é posta em risco pelo discurso de ódio. Desse modo, é garantida a integração social de todos, o que, para Waldron, é uma questão de *dignidade*.

A dignidade de uma pessoa não é apenas uma aura kantiana. É a sua posição social, os fundamentos da reputação básica que lhes conferem o direito de serem tratadas como iguais nas situações ordinárias da sociedade. Sua dignidade é algo em que podem confiar - na melhor das hipóteses, implicitamente e sem complicações, enquanto vivem suas vidas, cuidam de seus negócios e aumentam suas famílias.³⁷

Mas o que vem a ser o discurso de ódio referido por Jeremy Waldron? O autor caracteriza-o como um discurso voltado a uma minoria vulnerável com o intuito de discriminá-la, apartando-a da sociedade. Manifesta-se com um direcionamento para a minoria a que desafia e ao restante da sociedade.

Para a minoria a que desafia, ele salienta:

Não se iluda pensando que você é bem-vindo aqui. A sociedade ao seu redor pode parecer hospitaleira e não discriminatória, mas a verdade é que você não é desejado, e que você e sua família serão excluídos, espancados e

³⁷ "A person's dignity is not just a Kantian aura. It is their social position, the foundations of their basic reputation, that entitle them to be treated as equals in the ordinary situations of society. Their dignity is something they can rely on - at best, implicitly and uncomplicated, as they live their lives, go about their business and raise their families." WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 16. (tradução nossa)

expulsos para fora, sempre que podemos escapar impunes. Talvez tenhamos que manter um perfil discreto agora. Mas não fique muito confortável. Lembre-se do que aconteceu com você e sua espécie no passado. Tenha medo.³⁸

Já para o restante da sociedade, ele diz:

Sabemos que alguns de vocês concordam que essas pessoas não são desejadas aqui. Sabemos que alguns de vocês sentem que eles são sujos (ou perigosos, criminosos ou terroristas). Saiba agora que você não está sozinho. O que quer que o governo diga, há um número suficiente de nós por perto para garantir que essas pessoas não sejam bem-vindas. Há um número suficiente de nós por aí para chamar a atenção para como essas pessoas realmente são. Converse com seus vizinhos, converse com seus clientes. E acima de tudo, não deixe mais eles dentro.³⁹

Ademais, Waldron correlaciona o discurso de ódio à chamada “difamação de grupo”⁴⁰, expressão presente em diversos ordenamentos jurídicos, tais como o da Alemanha, da Dinamarca, da Noruega, da França, e mencionada pela doutrina de outros diversos países europeus. O autor se mostra favorável à utilização do termo, considerando que “discurso de ódio” poderia levar a uma confusão, primeiro porque o termo “ódio” leva a pensar que se trata apenas da motivação, quando se quer, na verdade, referir ao seu efeito. Em segundo lugar, porque, para o autor, existe uma diferença entre a difamação exprimida pela fala e aquela expressa pela escrita. O termo “discurso”, derivado da palavra “speech”, dá a ideia de fala, o que poderia levar à compreensão de que o seu argumento é a favor de censurar a fala.

Não obstante, na visão do autor, os ataques escritos são os mais gravosos, apesar da palavra falada também poder ser prejudicial. Isso porque os discursos escritos incluem textos impressos, publicados, afixados na Internet, de modo a tornar as expressões utilizadas permanentes ou semipermanentes. Dessa forma, os ataques desferidos contra essas minorias vulneráveis perduram muito depois de “a palavra

³⁸ “Don’t be fooled into thinking you are welcome here. The society around you may seem hospitable and nondiscriminatory, but the truth is that you are not wanted, and you and your families will be shunned, excluded, beaten, and driven out, whenever we can get away with it. We may have to keep a low profile right now. But don’t get too comfortable. Remember what has happened to you and your kind in the past. Be afraid”. WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 2. (tradução nossa).

³⁹ “We know some of you agree that these people are not wanted here. We know that some of you feel that they are dirty (or dangerous or criminal or terrorist). Know now that you are not alone. Whatever the government says, there are enough of us around to make sure these people are not welcome. There are enough of us around to draw attention to what these people are really like. Talk to your neighbors, talk to your customers. And above all, don’t let any more of them”. Ibid. p. 13 (tradução nossa).

⁴⁰ “group libel/group defamation.” Ibidem. cap. 3 (tradução nossa).

falada ter morrido”⁴¹. Nesse contexto, entende-se a difamação coletiva como um discurso escrito contra minorias vulneráveis, a despertar-lhes insegurança e ódio em espaços públicos. É justamente a isso que, segundo Jeremy, as leis a respeito de difamação em grupo buscam combater. Nesse diapasão:

[...] isto é com que eu acho que as leis a respeito da difamação de grupo estão preocupadas. São criadas para reivindicar a ordem pública, não apenas prevenindo a violência, mas defendendo contra-ataques um sentido partilhado dos elementos básicos do status, da dignidade e da reputação de cada pessoa como cidadão ou membro da sociedade em boa situação - especialmente contra-ataques baseados nas características de algum grupo social específico.⁴²

Nesses termos, o autor é favorável à restrição da liberdade de expressão por meio da edição de leis que inibam a propagação de ataques a minorias vulneráveis. Ele entende que tais manifestações, ainda que aparentemente sejam só discursos ou opiniões, são como venenos de ação lenta, que, acumulando-se, formam um ambiente ameaçador à paz social. A sociedade pode tornar-se tão abastecida de tais informações que mesmo as melhores consciências podem ser cauterizadas a ponto de se deixarem levar pela situação não fazendo óbice ao dano causado. Por essa razão, expõe que as leis devem não apenas proteger as pessoas ofendidas, mas assegurar a ordem, zelando pela dignidade de seus membros indistintamente.

As leis, pois, devem proteger a dignidade, que, segundo Waldron, estabelece-se com o direito básico de uma pessoa de fazer parte da sociedade em situação regular, como alguém que, ainda que pertença a um grupo minoritário, não está desqualificado para a interação social. As leis, então, não devem dizer respeito ao sentimento das pessoas, mas a critérios objetivos para que estejam inseridas socialmente.

⁴¹ "I think this creates a misleading impression. Speech, in the sense of the spoken word, can certainly be wound ing.⁸ But the sort of attacks on vulnerable minorities that elicit attempts to regulate and suppress "hate speech" include attacks that are printed, published, pasted up, or posted on the Internet —expressions that become a permanent or semipermanent part of the visible environment in which our lives, and the lives of members of vulnerable minorities, have to be lived. No doubt a speech can resonate long after the spoken word has died away". Ibid. p. 37 (tradução nossa).

⁴² "that is what I think laws regarding group defamation are concerned with. They are set up to vindicate public order, not just by preempting violence, but by upholding against attack a shared sense of the basic elements of each person's status, dignity, and reputation as a citizen or member of society in good standing—particularly against attacks predicated upon the characteristics of some particular social group." Ibid. p. 47 (tradução nossa).

Ante o exposto, vê-se que o conceito de dano proposto por Jeremy Waldron se atém a questões mais minuciosas que a versão de dano proposta por Stuart Mill. Ainda, Jeremy entende que existem questões que não precisam mais ser discutidas, a exemplo do racismo, conforme leia-se:

Mais uma vez, há um ou dois indivíduos atípicos que acreditam, ou fingem acreditar, que os membros de certas minorias raciais são de uma espécie de primata diferente da espécie a que eles (os racistas) dizem pertencer. Mas, novamente, podemos afirmar que, em geral, a verdade que eles pretendem negar já não é seriamente contestada na nossa civilização. Não há mais qualquer contestação inteligente sobre esta questão, e a contestação sobre esta questão não é mais necessária para apurar a verdade.⁴³

⁴³ "Again, there are one or two outliers who believe, or pretend to believe, that the members of certain racial minorities are of a different species of primate from the species that they (the racists) say they belong to. But again, we can assert that, by and large, the truth which they pretend to deny is no longer seriously contested in our civilization. There is no longer any intelligent contestation on this issue, and contestation on this issue is no longer necessary in order to ascertain the truth." Ibid. p. 193 (tradução nossa).

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DO STF

No âmbito nacional, cabe ao Supremo Tribunal Federal a salvaguarda da Constituição, em que estão arrolados os direitos fundamentais, dentre os quais o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CRFB88). Com efeito, é a partir da interpretação dada pela Suprema Corte a esse dispositivo que se reconhece a delimitação do direito à liberdade de expressão. Considerando a temática do estudo, será apreciado um julgado emblemático concernente à hipótese em que a Suprema Corte limitou a liberdade de expressão ante ao discurso de ódio. Trata-se do “Caso Ellwanger”, de cuja análise será extraído o entendimento da Corte a respeito da limitação do direito à liberdade de expressão, de modo que se possa traçar um paralelo com as teorias ante mencionadas.

4.1 UM MARCO DELIMITATÓRIO: HC 82.424-2

4.1.1 O Caso Ellwanger

Ellwanger foi um dos casos acerca do limite à liberdade de expressão julgados pelo STF de maior repercussão no país. Seu julgamento, no *Habeas Corpus* nº 82.424-2, teve início em 12 de dezembro de 2002, com a leitura do relatório e do voto do Min. Moreira Alves, e fim em 17 de setembro de 2003, após uma série de debates e pedidos de vista. Menciona-se que a decisão prolatada impactou a sociedade como um todo e, em especial, a comunidade jurídica, suscitando inúmeras discussões tanto entre a opinião pública quanto na doutrina⁴⁴.

Eis um panorama do julgado. Siegfried Ellwanger Castan, nascido em 1928, foi proprietário da Editora Revisão, a qual publicava diversas obras de conteúdo antissemita. Algumas dessas obras foram escritas pelo próprio Ellwanger, sendo uma delas intitulada “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do Século”. Seu lançamento se deu em 1989 e, como o título sugere, o conteúdo negava

⁴⁴ FILHO, João Trindade C. **Série IDP: O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. *E-book*. ISBN 9788547229665. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>>. Acesso em: 04 set. 2023. p. 152.

a ocorrência do Holocausto e sustentava que as verdadeiras vítimas dos episódios em torno da Segunda Guerra Mundial haviam sido os alemães⁴⁵.

Por essa razão, a partir da atuação do Movimento Popular Antirracismo, que noticiou o conteúdo racista das obras da Editora Revisão, o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) denunciou Siegfried Ellwanger Castan, dando-o como incurso no crime de racismo, descrito no art. 20, *caput*, da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 8.081, que assim dispunha: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa”. A denúncia assim narrou os fatos:

Segundo o incluso Inquérito Policial, o denunciado, Siegfried, na qualidade de escritor e sócio-dirigente da Revisão Editora Ltda., situada na Rua Voltaire Pires, nº 300, conj. 02/11, nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros que abordam e sustentam mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias e com isso procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.⁴⁶

Instruído o feito, foi prolatada sentença, em 1996, julgando improcedente o pedido do MPRS para condenar o réu pela prática do crime de racismo, sob o argumento de que ele estaria protegido pelo direito constitucional à liberdade de expressão. O Juízo exarou entendimento de que os textos escritos e publicados não induziam ou incitavam ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu, mas consistiam em uma perspectiva histórica diversa; quanto às demais opiniões concernentes aos judeus expostas nas obras, entendeu que não passavam de opiniões⁴⁷.

Diante disso, o MPRS apelou da decisão da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, pugnando pela reforma da sentença para o fim de condenar Ellwanger pelo crime de racismo. Ainda em 1996, por ocasião do julgamento em segunda instância, a 3ª

⁴⁵ CHAVES, Denisson Goncalves; ANDRADE, Jose Rogerio de Pinho. **Anatomia argumentativa do Caso Ellwanger**: análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a partir do *layout* de Stephen Toulmin. Revista Eletrônica Direito e Sociedade (REDES), vol. 10, nº. 3, 2022, pp. 67-86. HeinOnline. DOI: 10.18316. Disponível em:

<<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/redes10&i=608>>. Acesso em 04 set. 2023.

⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Denúncia do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul na Ação Criminal nº 01391013255/5947 – 8ª Vara Criminal de Porto Alegre. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004. p. 37.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Sentença do Processo-Crime Comum nº 01391013255/5947 – 8ª Vara Criminal de Porto Alegre. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004. p. 46.

Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), por unanimidade, condenou o réu à pena de 2 (dois) anos de reclusão, por considerar que esse havia atuado dolosamente na elaboração de obras evidentemente discriminatórias. O relator do julgamento, o Desembargador Fernando Mottola, no seu voto, proferiu o seguinte parecer:

Como se vê, quem distribui, vendendo-os ao público, livros que defendem ideias (próprias ou alheias, pouco importa) preconceituosas e discriminatórias, com a evidente intenção de gerar discriminação e preconceito, realiza os verbos nucleares do tipo penal do art. 20. E foi isso que o apelado fez, em plena vigência da Lei nº 8.081.⁴⁸

Nesse seguimento, a defesa de Ellwanger impetrou *habeas corpus* (HC) perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, por maioria de votos, indeferiu o pedido. O relator do julgamento, o Ministro Gilson Dipp, assim proferiu:

[...] a condenação do paciente se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento – o qual restou claramente apontado na parte dispositiva e nos fundamentos da condenação ora impugnada.⁴⁹

Novo *habeas corpus* foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, tratando-se do HC 82.424-2/RS, de relatoria do Min. Moreira Alves. Alegou a defesa que, embora as publicações tivessem caráter discriminatório, os judeus não constituíam uma raça, senão um povo, de modo que não cabia a tipificação do crime de racismo, tampouco a incidência do art. 5º, XLII, da CRFB, para constituir a imprescritibilidade e inafiançabilidade da conduta. Sob esse argumento, pugnavam o reconhecimento da extinção da punibilidade em vista da prescrição da pretensão punitiva estatal. Nesse sentido:

Todas estas práticas, a partir da lei 8.081, passaram a receber a reprimenda penal. Entretanto, apenas a prática do racismo está abrigada no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, como imprescritível. Este o texto da norma: - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação-Crime nº 695130484 – 3ª Câmara Criminal – Porto Alegre. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004. p. 79.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. Habeas Corpus nº 15.155. Siegfried Ellwanger e 5ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 18/03/2002.

Não se está discutindo, aqui o mérito da condenação. Apenas, neste pedido, está se afirmando que o paciente não foi condenado por crime de racismo. A condenação nos lindes do art. 20, parágrafo 10, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela lei 8.081/90, não significa necessariamente que a condenação seja pela prática de racismo. (...)

A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que sendo imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. Repete-se: não se está afirmando que as práticas discriminatórias não são crimes. Apenas se está dizendo que a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo.⁵⁰

A Procuradoria da República, oficiando no feito por intermédio do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, manifestou-se pelo indeferimento do pedido. Alegou ser “injurídico o argumento que, pelo texto constitucional, reduz a prática de racismo ‘à raça’”, de modo que o art. 5º, XLII, da CRFB, “não define prática de racismo, mas à legislação infraconstitucional transferiu tal propósito, fazendo-o esta – a Lei 7716/90 – por uma gama de condutas, todas imprescritíveis”.

4.1.2 A decisão do STF

Em 17 de setembro de 2003, em sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal julgou pelo indeferimento do recurso de *habeas corpus* numa votação que resultou em 8 votos a 3. Posicionaram-se pela procedência da ação os Ministros Moreira Alves (relator), Marco Aurélio Mello e Carlos Ayres Britto, os quais foram vencidos pelos votos dos Ministros Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, que se posicionaram pela denegação do recurso. Passa-se à análise dos votos individuais a fim de extrair os argumentos preponderantes na discussão.

O ministro **Moreira Alves** iniciou o voto pontuando que a impetração não se insurgia contra a condenação por crime de discriminação ou preconceito, mas sustentava que não fora cometido crime de racismo, porque o delito fora contra os judeus, e não são os judeus uma raça. Assim, o relator esclarece que a questão a ser

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023.

discutida no *habeas corpus* é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão “racismo”. Nesse sentido, faz um apanhado histórico da construção do texto constitucional do art. 5º, XLII, cujo texto diz: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Segundo ele, historicamente, dava-se ao termo “racismo”, utilizado na Constituição, o significado de preconceito ou de discriminação racial, especificamente contra a raça negra.

Nesses termos, referenciou a justificativa dada pelo Constituinte Carlos Alberto de Oliveira, CAÓ, para a elaboração de emenda, apresentada em 1988, a qual deu origem ao art. 5º, XLII, da CRFB de 1988. Carlos Alberto afirmava que, passados cem anos da data da abolição da escravatura no país, ainda imperavam diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, contra mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros. Nesse contexto, o relator trouxe à baila o conceito de raça sugerido por Nicola Abbagnano, segundo o qual “a palavra [raça] deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança”, tais como “a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo”⁵¹.

Diante disso e com base em autores judeus que trataram da questão, o Ministro acatou a tese da defesa, concluindo que os judeus não são uma raça. Desse modo, dispôs que, não sendo os judeus uma raça, não seria possível qualificar o crime por discriminação pelo qual fora condenado o paciente do HC, Ellwanger, como crime de racismo, configurando-se, assim, no caso, a imprescritibilidade à pretensão punitiva do Estado. Nesses termos, em dezembro de 2002, Moreira Alves deferiu o HC para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência de prescrição da pretensão punitiva.

Na mesma data, o Ministro **Maurício Corrêa** pediu vistas do processo, de modo que o julgamento ficou suspenso até a retomada em 09/04/2003, quando proferiu voto divergente. Na ocasião, o Ministro iniciou o voto com a retomada dos fatos descritos na denúncia, mencionando que as publicações feitas por Ellwanger não somente negavam os fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023

especial o Holocausto, como, por meio disso, incentivavam a discriminação racial e imputavam-lhes os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, a sua inferiorização e segregação. Ademais, pontuou que a questão a ser discutida se situava em torno da interpretação do termo racismo, que fora inscrito na Constituição como crime inafiançável e imprescritível.

O argumento principal do Ministro se baseia em que não é cabível atrelar ao termo “raça” um significado apenas biológico, de modo que as subdivisões da raça humana não são aferíveis a partir de características físicas, como a cor da pele. Assim, fundamentou seu posicionamento em estudos do genoma humano, referindo que “apenas 0,1% (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano”, afirmando, com isso, que os seres humanos, como um todo, são muito parecidos, não se podendo distinguir uma raça apenas por condições genéticas. Por outro lado, referiu que a divisão dos seres humanos em raça diz mais respeito à correlação de determinadas características a um determinado lugar da geografia mundial, divisão essa que decorreu de um processo político-social originado da intolerância dos homens.

Nesse sentido, expôs o conceito etnológico da palavra raça, nos termos descritos no Dicionário Eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa, a saber: “coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como, por exemplo, a raça judia”⁵². Com efeito, salientou o Ministro que as condutas imputadas ao paciente caracterizavam evidente prática de racismo tanto porque o conceito de raça não se resume à semelhança de características físicas quanto porque a própria doutrina nazista defendida e incentivada nas publicações não só reputavam os judeus como raça, como baseavam todo o seu segregacionismo nessa convicção.

Destacam-se as considerações de Maurício Corrêa a respeito de direitos fundamentais envolvidos na questão. Ressaltou, em seu voto, que, no direito comparado, o termo raça assume ampla conotação com o objetivo de assegurar respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana. Portanto, reforçou que, igualmente, não se poderia perder de vista a visualização do dispositivo do art. 5º, XLII, da CRFB, em harmonia aos dogmas fundamentais do

⁵² INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versão monousuário, 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

verdadeiro Estado Democrático de Direito, quais sejam, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, asseguradas no art. 1º, II e III, da CRFB. Nesse sentido, a interpretação harmônica da Constituição implicaria uma ponderação com relação à liberdade de expressão, de modo que sua limitação não configuraria hipótese qualquer de violação. É expressa a ideia de que tal direito não é incondicional. Leia-se trecho crucial do voto:

A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. **A previsão de liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação ao racismo”, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas**, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra⁵³. (grifo nosso)

Diante disso, o Ministro afirmou que restringir a imprescritibilidade à discriminação apenas aos negros e não aos judeus seria aceitar como desiguais os que, na essência, são iguais. Assim, considerou que o deputado Carlos Alberto de Oliveira, ao referir “discriminações raciais”, utilizando o termo no plural, reconheceu que, em que pese a segregação aos negros tenha sido a justificativa principal para a edição da norma constitucional do art. 5º, XLII, não foram afastadas outras formas de racismo. Ante o exposto, concluiu seu voto reforçando que a norma do art. 5º, XLII, da CRFB, aplicava-se ao caso concreto, dado que, a seu ver, defender e divulgar ideias desfavoráveis a determinados grupos correspondem a ato racista. À vista disso, manteve a decisão do TJRS, que fora confirmada pelo STJ, e indeferiu o pedido de *habeas corpus*.

O Ministro **Celso de Mello** principiou o voto delimitando a questão a ser discutida, qual seja, estabelecer se a prática do antissemitismo subsume-se ou não à noção de racismo, para efeito da incidência da cláusula de imprescritibilidade prevista na Constituição. Veja-se que o argumento principal do Ministro para fundamentar seu posicionamento é o da indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Ele referiu ser o papel da Corte extrair, na ocasião, a máxima eficácia das declarações internacionais e dos direitos constitucionais para a proteção desse princípio. Com efeito, o Ministro resgatou diversos tratados, convenções e estatutos internacionais

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. p. 61/488, parágrafo 77

aderidos pelo Brasil, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reforçam o compromisso de concretizar os direitos fundamentais a todos.

No caso concreto, essa noção implicaria uma reação contra tal situação de discriminação e opressão aos judeus, ato que o Ministro considerou como racismo. Para ele, “somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência”⁵⁴, pelo que reputar a um grupo distinções e ainda com o intento de fomentar o ódio se caracteriza como racismo num sentido não estritamente antropológico ou biológico, mas numa dimensão cultural e sociológica.

Ademais, o Ministro ponderou acerca dos limites à liberdade de expressão. Nessa seara, expressou enfaticamente que a incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pelo direito constitucional à liberdade de expressão. Nesse sentido:

É que publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.⁵⁵

Com isso, Mello reforçou que, em que pese o campo de incidência do direito à liberdade de expressão deva ser abrangente, não é apto a legitimar a exteriorização de expressões de ódio racial, veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica. Agindo assim, transgridem-se, inclusive, valores da própria ordem constitucional. Nesse diapasão, Celso de Mello retomou entendimento exarado em outra oportunidade de que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. Esclareceu ser a própria Constituição que permite que incidam limitações sobre as liberdades públicas para o fim de proteger a integridade social e assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades. Nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, ressaltou o Ministro.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. P. 102/488, parágrafo 1

⁵⁵ Ibidem, p. 105/488, último parágrafo.

Isso não implica dizer que o direito à liberdade de expressão não resistirá a situações de tensão dialética, invocando para si a primazia quando da colisão com outros direitos. Entretanto, em seu voto, Celso de Mello expressou que, no caso concreto, não se traduzia a ocorrência de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos, mas uma afronta à incolumidade ao princípio essencial da dignidade da pessoa humana, configurando-se um comportamento abusivo. Nessa medida, ele pôs os postulados da igualdade e da dignidade como limitações à liberdade de expressão, que não deve ser exercida com “o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público”⁵⁶.

Ante o exposto, o Ministro Celso de Mello concluiu o voto para indeferir o pedido de *habeas corpus*, mantendo a condenação imposta pelo TJRS. No seguimento, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista ao processo.

Em 26 de junho de 2003, o Ministro **Gilmar Mendes** proferiu seu voto. Iniciou-o com a exposição do seu entendimento acerca do conceito de racismo com o intuito de conceber qual seja o alcance desse termo no art. 5º, XLII, da CRFB. Nesse diapasão, expôs que, tal qual os Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, o conceito de raça não corresponde a características físicas, mesmo porque só existe uma raça – a raça humana. O Ministro se apoia em Norberto Bobbio⁵⁷ para apontar que o racismo, erroneamente, se baseia na ideia de que i) a humanidade está dividida em raças, cuja diversidade é dada por elementos biopsicológicos e, em última instância, culturais; ii) não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores; iii) não só existem raças diversas, não só existem raças superiores e inferiores, mas raças superiores têm o direito de dominar raças inferiores. É à luz disso que Mendes buscou demonstrar que o preconceito é difícil de ser vencido, porque o erro que ele provoca advém de uma crença falsa, e não de um raciocínio errado passível de ser falseado.

Ressaltou o Ministro que foi precisamente por essas três crenças que passaram os nazistas para o fim de amparar as práticas antissemitas. Nesse viés, cita novamente trecho de Noberto Bobbio:

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. P. 108/488, parágrafo 2

⁵⁷ BOBBIO, Noberto. **Elogio da Serenidade**. São Paulo: Unesp, 2002. p. 127-128

Entre estas aberrações, a historicamente mais destrutiva foi a “solução final” concebida pelos nazistas para resolver o problema judaico no mundo: o extermínio sistemático de todos os judeus existentes em todos os países em que o nazismo estendera seu domínio. Para chegar a esta conclusão, os doutrinadores do nazismo tiveram de passar por estas três diversas fases: a) os judeus são diferentes dos arianos; b) os arianos são uma raça superior; c) as raças superiores devem dominar as inferiores, e até mesmo eliminá-las quando isto for necessário para a própria conservação.⁵⁸

À visto disso, apontou que, da perspectiva histórica, é evidente o caráter racista da ideologia antissemítica, razão pela qual não se excluem as manifestações de Ellwanger da abrangência do termo racismo.

Adiante, Gilmar Mendes se ateve à análise dos limites da liberdade de expressão e de opinião ante a manifestação de discurso racista, considerando que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui “pedra angular do próprio sistema democrático”⁵⁹. Leia-se o trecho que reflete a importância dada pelo Ministro a esse direito:

Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais eficazes instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular.⁶⁰

Entretanto, em seu argumento, contrapôs a consideração acerca da importância da liberdade de expressão com a preocupação relativa ao exercício da liberdade na incitação à discriminação racial. Isso, segundo o Ministro, levava ao desenvolvimento da doutrina do *hate speech*, aqui traduzido como “discurso de ódio”, o qual tem abrangência maior que a questão racial. Com efeito, na sua visão, a discriminação racial levada a efeito por meio do exercício da liberdade de expressão põe em xeque a própria ideia de igualdade, traz à baila conflito de direitos constitucionais. Eis o porquê do seu entendimento de que, nesse caso, deve haver uma ponderação acerca da medida da liberdade de expressão a ser permitida de

⁵⁸ Bobbio, Norberto. **Elogio da Serenidade**, cit., p. 109-110

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. P. 126/488, último parágrafo.

⁶⁰ Ibidem, p. 126/488, último parágrafo.

modo a impedir a intolerância, o racismo, o prejuízo à dignidade da pessoa humana, do regime democrático e dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.

Essa ponderação a que se referiu o Ministro, se dá, conforme ele reforçou em seguida, porque não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão. A liberdade de expressão não se afigura como direito absoluto. Ademais, nesse sentido, o Ministro, se dedicou a explicar como essa ponderação se opera. Nessa perspectiva, ensinou que o princípio da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de um direito fundamental. Para tanto, ampara-se em três pilares: i) o da adequação, ii) o da necessidade e iii) o da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, na existência de conflito de direitos, deve-se questionar se o ato impugnado se mostra apto para produzir o resultado desejado (adequação); se é insubstituível por outro meio menos gravoso (necessidade) e se é proporcional a limitação de um direito com a realização do direito contraposto (proporcionalidade em sentido estrito).

Ora, no caso concreto, a avaliação do Ministro foi de que a adequação da condenação do paciente era evidente, uma vez que o revisionismo histórico e a discriminação do povo judeu atentam contra uma sociedade pluralista, onde haja tolerância. Ainda, acertada a decisão no que tange ao critério da necessidade, sob entendimento de que não haveria outro meio menos gravoso mesmo à luz da Constituição, uma vez que foi o próprio poder constituinte que instituiu a imprescritibilidade do crime de racismo. Por fim, reconheceu a proporcionalidade em sentido estrito, aferindo que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, de modo que era devido o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Nesses termos, o ministro Gilmar Mendes indeferiu a ordem de *habeas corpus*.

Na mesma ocasião, apresentou seu voto o Ministro **Carlos Velloso**. Destacou, inicialmente, que a necessidade de serem tutelados os direitos humanos é inerente ao constitucionalismo, razão pela qual a Constituição surgiu como limitadora do poder estatal, visando à proteção dos direitos da pessoa humana. Disse que os movimentos de internacionalização dos direitos humanos demonstram que esses interessam a todos, que o período pós Segunda Guerra Mundial deve ser um momento de reconstrução desses direitos. É nesse contexto, segundo ele, que se insere a Constituição brasileira de 1988, que demonstrou zelo em estabelecer os princípios fundamentais, dentro os quais, a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, o

Ministro salienta que uma das maneiras mais agressivas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquele que se embasa no preconceito em relação a minorias, manifestando-se com a prática ou a incitação à prática de atos hostis em relação a elas.

Também para Velloso, não há se falar em raça em termos biológicos, afinal só existe uma raça – a raça humana –, em que pese possam existir diferenciações culturais e sociológicas entre grupos. É justamente o tratamento discriminatório e hostil em relação a tais diferenciações que caracteriza o racismo, segundo o Ministro, de modo que, em suas palavras: “o racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características raciais para instaurar a desigualdade e a discriminação”⁶¹. Nesse contexto, com relação ao caso concreto, vê-se que os livros escritos ou publicados pelo paciente se destinavam exatamente a hostilizar os judeus, sendo que, em diversas passagens, referia “raça judaica”, “inclinação racial dos judeus”, “inclinação parasitária”, entre outras expressões discriminatórias. Evidente, pois, considerou o Ministro, que tal conduta implicava a prática de racismo.

Com relação ao direito constitucional que assegura a liberdade de expressão, fez algumas considerações. A incitação ao ódio praticada pelo paciente não está protegida por essa cláusula constitucional. Primeiro, porque as obras têm caráter panfletário, estimulando a intolerância e não contribuindo em nada para o aperfeiçoamento do conhecimento humano; pelo contrário, degradariam esse conhecimento. Segundo, porque, havendo conflito de direitos fundamentais, deve prevalecer o direito que melhor realiza o sistema de proteção da Constituição. Nesse diapasão, a liberdade de expressão não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana. Esse direito não é absoluto. Nesses termos, Velloso acompanhou o voto do Ministro Maurício Corrêa, indeferindo o pedido de *habeas corpus*.

Na ocasião, também se manifestou o Ministro **Nelson Jobim**. Iniciou seu voto estabelecendo ser a raiz da controvérsia o reconhecimento ou não da condição de imprescritibilidade para o delito de discriminação contra os judeus. Para dirimi-la, fez uma incursão histórica, de modo a definir se os judeus são ou não uma raça. Após um apanhado histórico baseado no voto do Ministro Maurício Corrêa e de outros autores,

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. p. 163/488 – penúltimo parágrafo.

concluiu que são eles um povo. Nesse sentido, passou-se ao questionamento se, sendo um povo, seriam abrangidos pelo art. 5º, XLII, da CRFB. A resposta apresentada pelo Ministro foi afirmativa, pelo que, na sua visão, a discriminação com o povo judeu constitui crime imprescritível. Isso por entender que a norma constitucional não se refere apenas a negros. Nesses termos, o Ministro acompanhou o voto divergente de Maurício Corrêa, indeferindo o *habeas corpus*.

Votou também a Ministra **Ellen Gracie**. Principiou a sua manifestação renegando o valor biológico da ideia das raças humanas, invocando os argumentos já mencionados de que haveria apenas uma raça, concepção reafirmada pela decodificação do genoma humano. Amparada nessa premissa, a Ministra passou a investigar se o comportamento imputado a Ellwanger poderia se subsumir como racismo. Nesse sentido, ao falar em preconceito de raça, expressou que se trata da “percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação”⁶². Nesse seguimento, a Ministra retomou o pensamento de Roberto Bobbio acerca do que seja um preconceito, o qual também fora mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes. Salientou a Ministra que o preconceito se atém a uma grande irracionalidade, invocando ideias inconcebíveis, sendo que tal perspectiva se enquadra à do caso analisado. Nessa medida, Gracie denegou a ordem de *habeas corpus*.

Na sequência, votou o Ministro **Cezar Peluso**. Sua exposição partiu do pressuposto de que a Constituição elaborou seu próprio conceito normativo de “racismo”, o qual deveria ser interpretado com base no próprio texto constitucional, mediante interpretação teleológica. Nesse viés, de acordo com os valores jurídicos pela Constituição tutelados, buscou pesquisar a racionalidade da norma, de forma que concluiu que o termo racismo não é enunciado em sentido estrito, porque se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas. Do contrário, os fundamentos da República, os quais são salvaguardados no texto constitucional, a saber, a integridade e dignidade das pessoas, vide art. 1º, II e III, da CF, não estariam sendo preservados.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. p. 230/488, primeiro parágrafo.

Com relação à liberdade de expressão, afirmou o Ministro Peluso que o paciente apresentava reprovável comportamento sistemático, tendo se tornado especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica. Nessa seara, destacou que isso evidenciava prática contrária à tutela constitucional, transbordando o direito à liberdade de expressão. Nesses termos, o Ministro denegou o *habeas corpus*.

Posteriormente, o Ministro **Carlos Ayres Britto** proferiu seu voto. Em primeira instância, alegou a ausência de justa causa apta a deflagrar a ação penal haja vista não ter ficado comprovada nos autos a data da edição ou publicação dos materiais da Editora Revisão, de modo que não se esclareceu se tais condutas eram prévias à vigência da Lei federal nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. Nesse diapasão, expressou que “o direito de não ser racialmente discriminado é tão direito humano quanto à garantia da licitude da conduta não previamente incriminada por lei”⁶³.

De outra sorte, com relação ao mérito da questão, o Ministro chamou a atenção para o fato de que a única forma de preconceito criminalizada na Constituição é o racismo. Aliás, não se trata apenas de contravenção, mas, de fato, um crime. Com relação a tal crime, exprimiu que a sua tipificação pode ocorrer tanto por palavra – escrita ou falada - quanto por ação, escapando da sua incidência apenas aquilo que se adstringe ao pensamento. Ocorre que, após mencioná-lo, o Ministro objetou esse modo abrangente de conceber a prática do crime, isso porque esbarraria na liberdade de manifestar o pensamento e na liberdade de expressar a atividade intelectual, ambas as espécies asseguradas na Constituição. A respeito disso, seguir-se-ão algumas explicações.

Ayres Britto diferenciou o uso do abuso da liberdade de expressão. Para ele, a Lei garante que todos façam uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (sendo vedado o anonimato), da atividade artística, estética, científica e de comunicação. Desse modo, o uso da liberdade de expressão é uma expressão da autonomia da vontade. Por outro lado, o abuso e o agravo da liberdade de expressão são questões que se põem *a posteriori* do seu efetivo uso. Para o seu combate, Britto mencionou a previsão de dois dispositivos constitucionais,

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. p. 275/488, parágrafo 26

quais sejam, i) o inciso V do art. 5º – “é assegurado o **direito de resposta**, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (grifo nosso) – e ii) o inciso X do mesmo art. 5º – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o **direito à indenização** pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (grifo nosso).

Aperfeiçoando a exposição, o Ministro reforçou que, diante disso, tem-se que tanto o agravo quanto o abuso se configuram já no plano de reação de outrem. Segundo ele, ante ao agravo cabe o exercício de um direito de resposta que independe de processo de apuração de excesso no exercício da autonomia de vontade originária; para a configuração de abuso, por sua vez, é necessária a constatação do transbordamento da autonomia de vontade. Por excesso ou transbordamento do exercício da liberdade de expressão, entende-se a violação da autonomia de vontade, juridicamente protegida, de outrem.

Ainda nesse contexto, explicou seu entendimento de que é quando alguém fala, escreve, gesticula, ou ainda quando produz alguma obra de natureza artística, intelectual, científica ou de comunicação, manifestando a autonomia da vontade, que seu direito subjetivo se materializa, é exercido. Diante disso, justifica o porquê de não poder existir impedimento ou censura prévia ao ato de expressão, mesmo quando se dirige a terceiros. Se isso acontecesse, o direito subjetivo não se realizaria, e a Constituição restaria plenamente desrespeitada.

Da perspectiva do Ministro, após o exercício da autonomia de vontade originária, se alguém se sente lesado, tem primeiro o direito de resposta e segundo o direito de deflagrar um processo de apuração de abusividade, com o fim de responsabilização civil ou penal (se cabível) do agente abusivo. Isso não implica dizer que o sujeito que tiver cometido abusividade perderá, então, o direito de se expressar. Ayres Britto defendia que a abusividade deve ser aferida caso a caso, a cada nova manifestação de autonomia do primeiro tipo de vontade. Isso “porque somente assim é que se conciliam o direito de uso, de uma banda, e o direito de não sofrer abuso, de outra”⁶⁴. Dessa forma, segundo ele, “as coisas se encaixam”. Leia-se:

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. p. 287/488, primeiro parágrafo, segunda frase do parágrafo.

As coisas se encaixam. Se o titular da primeira autonomia de vontade pode bater às portas do Judiciário para não sofrer constrangimento apriorístico ou de antemão, valendo-se do lapidar princípio constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do art. 5º), não tem, entretanto, o poder de impedir que terceiros também se valham do mesmo dispositivo maior para reclamar da violação da autonomia de vontade deles, ofendida, precisamente, por efeito da excessiva manifestação da primeira⁶⁵.

Ademais, Ayres Britto fez a ressalva de três comportamentos ditados por imperativos da consciência em relação aos quais se caracterizariam excludentes de ilicitude. São eles: crença religiosa, convicção filosófica e convicção política, como expresso no art. 5º, inciso VIII – “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Destacou o Ministro que, não sendo pela exceção prevista no final do dispositivo, nesses casos atinentes a esferas de íntima subjetividade, a liberdade de expressão ainda recebe um reforço constitucional.

Adiante, passou a analisar se o paciente Siegfried Ellwanger teria abusado da sua liberdade de expressão, extravasando os limites jurídicos da sua autonomia de vontade, discriminando todo o povo judeu. Primeiramente, observou o conteúdo do livro escrito por Ellwanger, concluindo que a obra não merece ser desqualificada apesar de seu caráter revisionista, isso porque o autor a teria fundamentado objetivamente em fatos materiais de pesquisa, sem apelar a “baixos sentimentos”. Ainda, o Ministro defendeu que o trabalho se insere nos domínios da liberdade de manifestação do pensamento e da produção intelectual, científica e de comunicação, situando-se no campo da convicção política. Além disso, Britto expressou que, mesmo a parcialidade das manifestações do autor, cujo cunho ideológico se evidencia no intento de revisar a História, encontram respaldo na Constituição Federal, dados os fundamentos da República de se manter o pluralismo jurídico (art. 1º, V), bem como de impedir a restrição de direitos por motivo de convicção política ou filosófica.

Nesses termos, o Ministro Ayres Britto entendeu que o paciente não incorrera em conduta penalmente típica, razão pela qual deferiu o *habeas corpus*.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023.

Manifestou-se o Ministro **Marco Aurélio**. De início, apresentou repúdio à censura, em qualquer de suas formas – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial, demonstrando, a partir de uma digressão histórica, que a proclamação do direito à livre expressão, liberdade de informação e de imprensa são expressões dos Estados modernos que alcançaram regimes democráticos. Nesse sentido, para Aurélio, os direitos fundamentais se localizam na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Segundo ele, nesse cenário, o direito fundamental à liberdade de expressão assume papel de extrema relevância, manifestando-se em variadas facetas. Citou alguns direitos dele decorrentes: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição à censura. Segue-se trecho do voto do Ministro em que fica clara a tamanha importância que atribuiu à liberdade de expressão:

É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de ideias, ideologias, pensamentos e opiniões públicas.⁶⁶

Segundo ele, a democracia se baseia na tolerância; e a tolerância, no respeito aos demais, na igualdade de todas as crenças e opiniões, na convicção de que a verdade e a razão não são absolutas. Nesse viés, sustentou a necessidade de se proteger o direito individual de livremente exprimir ideias, mesmo que pareçam absurdas ou radicais. Dentre os benefícios que isso poderia causar, está a possibilidade de haver críticas que sirvam como instrumento decisivo de controle da atividade governamental. A respeito disso:

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.⁶⁷

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. p. 350 e 351/488. Último e primeiro parágrafo.

⁶⁷ Ibidem, p. 353/488, parágrafo do meio

Após mencionar diversas outras contribuições da liberdade de expressão à democracia, o Ministro frisou que não se pode reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual, uma vez que é do interesse da autonomia social a proteção desse direito fundamental em contrapartida às tendências dominadoras das políticas estatais. Não obstante, também a autonomia do pensamento individual é importante para a proteção contra a tirania imposta pela necessidade de se adotar sempre o pensamento politicamente correto, o que é necessário até mesmo para o melhor desenvolvimento da intelectualidade. O Ministro expôs que esta – preservar a liberdade de expressão e a coexistência de opiniões divergentes – seria a forma de evitar a tirania da maioria, referida na obra “Sobre a Liberdade”, de Stuart Mill. O grande risco de se restringir a liberdade de expressão é que isso sempre ocorre a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante.

Em que pese tais ponderações, aparentemente resolutivas, o Ministro da Suprema Corte ressaltou que não é por ser tão relevante que a liberdade de expressão é um direito absoluto, livre de restrições. Ao contrário, encontra limites nos demais direitos fundamentais, quando é necessário que, analisando-se o caso concreto, estabeleça-se uma ponderação acerca de qual direito deve prevalecer. Assim, Marco Aurélio trouxe à baila as peculiaridades do caso concreto. Referiu não ser possível afirmar que, por meio do livro, o autor tenha de fato instigado ou incitado a prática do racismo no Brasil, porque aqui inexitem pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à sua dignidade.

Além disso, apontou que sequer pôde encontrar qualquer afirmação categórica relativamente à superioridade da raça alemã sobre a raça judaica na obra. Com isso, concluiu que a limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida com caráter de máxima excepcionalidade. Nesse âmbito, pontuou que a única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento seria aquela não dirigida ao seu conteúdo, mas à maneira como esse pensamento é difundido. Assim, o Ministro explanou que, no caso concreto, teria se configurado o crime de racismo se Ellwanger tivesse distribuído panfletos pela cidade com mensagens de incitação à violência contra judeus, a exemplo de “morte aos judeus”. Por outro lado, tendo o paciente do *habeas corpus* se restringido a escrever e a difundir sua visão acerca da história, tendo baseado suas considerações com materiais de pesquisa e tendo abrangido temática

atinente à convicção política, nesse caso, concluiu não haver óbice ao livre exercício da liberdade de expressão.

Diante disso, o Ministro Marco Aurélio concedeu a ordem de *habeas corpus*, reconhecendo a inexistência da prática de racismo e a incidência da prescrição da pretensão punitiva.

Quanto ao Ministro Sepúlveda Pertence expôs que o livro pode ser meio para a prática de racismo, razão pela qual não concedeu o pedido de *habeas corpus*.

4.1.3 Importância e Impactos da Decisão

Apesar de a argumentação inicial da defesa não dizer respeito à delimitação do direito à liberdade de expressão, o tema foi amplamente discutido pelos Ministros da Corte. Vê-se que das duas soluções possíveis, deferir ou indeferir a ordem de *habeas corpus*, decorreram diversos fundamentos aptos a esclarecer tanto a questão principal – se a conduta se configuraria racismo – quanto a própria compreensão mais abrangente do exercício da liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos fundamentais, especificamente o da dignidade da pessoa humana, quando ameaçado por discurso de ódio. Assim, pode-se afirmar que o debate em torno da questão foi tão importante quanto a própria decisão e o precedente formado.

Cavalcante⁶⁸ aponta que a multiplicidade de fundamentações torna difícil emitir juízo sobre a posição da Corte, uma vez que o que se tem é um somatório de decisões individuais. Entretanto, pode-se concluir que o relevante entendimento por ela exarado denota a impossibilidade de se admitir o discurso de ódio dirigido a uma coletividade, com o fim de vulnerabilizar direitos da personalidade⁶⁹. Nesse sentido, Silva⁷⁰ destaca que essa decisão destoou de muitos outros casos envolvendo a liberdade de expressão, em que, majoritariamente, esse direito era colocado em primazia.

⁶⁸ FILHO, João Trindade C. **Série IDP: O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788547229665. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>>. Acesso em: 04 set. 2023. p. 156.

⁶⁹ BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. São Paulo: Editora Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>. Acesso em: 08 set. 2023.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021

Sobre esse ponto, destaca-se a tese firmada no sentido de que a liberdade de expressão não é uma garantia constitucional absoluta, pois possui limites morais e jurídicos previstos na própria Constituição⁷¹. Nos exatos termos proferido na decisão, “o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”⁷².

Além disso, há que se destacar que a tese vencedora desvinculou a noção de raça do crime de racismo. Pelo contrário, consagrou-se o entendimento de que só há uma raça – a raça humana, o que fora confirmado pelo mapeamento do genoma humano, que demonstrou que a genética de seres humanos de características físicas diversas é muito semelhante. Disso se concluiu que, na essência, são todos iguais. Ainda, chegou-se à compreensão de que o termo “racismo”, a que se refere a Constituição, no art. 5º, XLII, da CRFB, protege grupos cuja caracterização independe de aspectos biológicos contra ataques atentatórios à dignidade de seus integrantes⁷³.

O Caso Ellwanger se tornou paradigma de decisões acerca da liberdade de expressão. No RHC 146.303/RJ⁷⁴, cujo julgamento se deu em 6 de março de 2018 (cerca de quinze anos após o julgamento do caso Ellwanger), o Ministro Gilmar Mendes expôs que o caso Ellwanger ainda é o *Leading case* sobre a liberdade e a discriminação de índole cultural e religiosa. Na mesma ocasião, o Ministro Roberto Barroso, com base no mesmo caso, declarou que o único limite à liberdade de expressão está no discurso de ódio, em manifestações de ódio, sobretudo, dirigidas contra grupos vulneráveis.

Por fim, algumas críticas são feitas ao julgamento. Cavalcante menciona que, embora o caso Ellwanger tenha se tornado um paradigma, trata-se de uma jurisprudência vacilante, uma vez que houve uma pluralidade de pontos de vista e que se trata de um caso isolado envolvendo *hate speech*, ou discurso de ódio. Nesse

⁷¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 8ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597021097. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>>. Acesso em: 08 ago. 2023. p. 434-435.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023. Ementa

⁷³ MARMELSTEIN, op. cit., loc. cit.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 146.303/RJ. Relator: Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, 06 de março de 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em 30 ago. 2023.

sentido, refere também um ponto frágil pela ausência de profundidade na discussão em torno da diferenciação entre a defesa de ideias e a incitação⁷⁵.

⁷⁵ FILHO, João Trindade C. **Série IDP: O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. *E-book*. ISBN 9788547229665. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>. Acesso em: 08 set. 2023. p. 178-180.

5 CONCLUSÃO

A temática atinente à liberdade de manifestação do pensamento suscita inúmeras dúvidas. A cada novo caso em que ocorre um aparente, ou real, abuso no exercício desse direito, o debate ressurgue e, com ele, inúmeras divergências. Mas, afinal, qual é a compreensão acerca do tema que, de fato, está amparada no sistema jurídico brasileiro? Sabe-se que esse direito está resguardado pelo texto normativo mais importante do ordenamento jurídico pátrio, que é a Constituição Federal. Ademais, cabe ao Supremo Tribunal Federal a interpretação desse texto, com o fim de oferecer soluções a controvérsias para que se chegue ao sentido exato da norma e à justa aplicação do direito.

E não é apenas no âmbito da sociedade civil, mas também no mundo jurídico que o exercício do direito de expressar o pensamento inspira debates. No ano de 2003, o STF julgou um dos casos mais emblemáticos com relação a essa temática. O caso Ellwanger foi um dos mais relevantes julgamentos do STF no que tange à liberdade de expressão. Não só quanto à liberdade de expressão, como também quanto aos direitos fundamentais. O julgamento de 2003 abordou temas como o conceito de raça, a abrangência do termo “racismo” na Constituição, o discurso de ódio, os limites da liberdade de expressão, tudo isso aplicável à realidade brasileira e sob à luz de um caso concreto.

Ora, este trabalho não se propôs a analisar a cada uma das facetas do direito à manifestação do pensamento ou a explorar todas as ramificações oriundas de um debate amplo a esse respeito. De outra sorte, propôs a reunir embasamento para esclarecer duas questões, as quais foram referenciadas logo na introdução, a saber, a) quais os limites da liberdade de expressão e b) qual a extensão do dano causado por discursos de ódio.

Neste ponto, a seguinte tabela elucidará o posicionamento dos teóricos e do STF ante a essas perguntas.

	Pergunta 1: Quais os limites da liberdade de expressão?	Pergunta 2: Qual a extensão do dano causado por discursos de ódio?
--	---	--

<p>STUART MILL</p>	<p>Limite da liberdade é aquele que possa causar dano a outrem. Entretanto, esse dano deve ser auferível.</p>	<p>Não entende que um discurso deva ser excluído por seu conteúdo, uma vez que, mesmo falso, corrobora a verdade estabelecida.</p>
<p>JEREMY WALDRON</p>	<p>O autor é favorável à restrição da liberdade de expressão, por meio da edição de leis, a partir da existência e propagação de ataques a minorias vulneráveis, ao que ele chama de discurso de ódio ou difamação de grupo. As leis, pois, devem proteger a dignidade, que, segundo Waldron, estabelece-se com o direito básico de uma pessoa de fazer parte da sociedade</p>	<p>Manifestações, ainda que aparentemente sejam só discursos ou opiniões, são como venenos de ação lenta, que, acumulando-se, formam um ambiente ameaçador à paz social.</p>
<p>MIN. MOREIRA ALVES</p>	<p>Não entende a liberdade de expressão como direito absoluto. Entretanto, no voto, dá uma interpretação restritiva à discriminação racial, isto é, ao ataque a minorias; no caso, não entende que o ataque a judeus seja passível de ser considerado racismo.</p>	<p>Não entende o discurso de ódio como uma ofensa por si só, ou que haja um dano extenso, pelo que expôs que a discriminação racial não alcança os judeus.</p>
<p>MIN. MAURÍCIO CORRÊA</p>	<p>A interpretação harmônica da Constituição implicaria uma ponderação com relação à liberdade de expressão, de modo que sua limitação não configuraria hipótese qualquer de violação. É expressa a ideia de que tal direito não é incondicional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal</p>	<p>Entende que um discurso contra uma minoria pode atingir a sua dignidade, de tal modo que deve ser suprimido.</p>

	como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra	
MIN. CELSO DE MELLO	Expressou enfaticamente que a incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pelo direito constitucional à liberdade de expressão. Apesar do campo de incidência do direito à liberdade de expressão deva ser abrangente, não é apto a legitimar a exteriorização de expressões de ódio racial	É crime – racismo – proferir discurso de ódio contra minorias. Ex.: discriminação racial. Dano à dignidade da pessoa humana.
MIN. GILMAR MENDES	Deve haver uma ponderação acerca da medida da liberdade de expressão a ser permitida de modo a impedir a intolerância, o racismo, o prejuízo à dignidade da pessoa humana, do regime democrático e dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.	O preconceito é difícil de ser vencido, porque o erro que ele provoca advém de uma crença falsa, e não de um raciocínio errado passível de ser falseado. a discriminação racial levada a efeito por meio do exercício da liberdade de expressão põe em xeque a própria ideia de igualdade, traz à baila conflito de direitos constitucionais.
MIN. NELSON JOBIM	Restrição da liberdade de expressão diante da discriminação racial.	Entende a difamação de grupo de maneira abrangente – e não de modo restritivo a um grupo. Considera racismo a afronta a minorias, como os judeus.
MIN. CARLOS AYRES BRITTO	Para ele, a Lei garante que todos façam uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (sendo vedado o anonimato). A limitação não ocorre, apenas após o exercício da autonomia de vontade originária, se alguém se sente lesado, tem primeiro o direito de resposta e segundo o	Danos reparáveis pelo direitos de resposta ou direito à indenização. fez a ressalva de três comportamentos ditados por imperativos da consciência em relação aos quais se caracterizariam excludentes de ilicitude. São eles: crença religiosa, convicção filosófica e convicção política, como expresso no art. 5º,

	<p>direito de deflagrar um processo de apuração de abusividade, com o fim de responsabilização civil ou penal (se cabível) do agente abusivo</p>	<p>inciso VIII – “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.</p>
<p>MIN. MARCO AURÉLIO MELLO</p>	<p>Apresentou repúdio à censura, em qualquer de suas formas – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial. o direito fundamental à liberdade de expressão assume papel de extrema relevância. Sustenta a necessidade de se proteger o direito individual de livremente exprimir ideias, mesmo que pareçam absurdas ou radicais. Entretanto, entende que encontra limites nos demais direitos fundamentais, quando é necessário que, analisando-se o caso concreto, estabeleça-se uma ponderação acerca de qual direito deve prevalecer.</p>	<p>Entende que a restrição a um discurso deve se dar mais pela forma com que expresso do que pelo conteúdo, de modo que seu entendimento acerca do alcance do dano é restritivo.</p>
<p>MIN. ELLEN GRACIE</p>	<p>Não é um direito absoluto, deve ser barrado o exercício ante preconceito contra iguais, devendo ser excluídas as desigualdades..</p>	<p>Ao falar em preconceito de raça, expressou que se trata da “percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação”.</p>
<p>MIN. CARLOS VELLOSO</p>	<p>A incitação ao ódio praticada pelo paciente não está protegida por essa cláusula constitucional. Havendo conflito de direitos fundamentais, deve prevalecer o direito que melhor</p>	<p>Maneiras mais agressivas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquele que se embasa no preconceito em relação a minorias, manifestando-se com a prática ou a</p>

	realiza o sistema de proteção da Constituição. Nesse diapasão, a liberdade de expressão não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana.	incitação à prática de atos hostis em relação a elas.
MIN. CESAR PELUSO	Prática contrária à tutela constitucional, transbordando o direito à liberdade de expressão	Ofensa à integridade e à dignidade.
MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE	Entende que a liberdade deve ser restringida ante discursos discriminatórios.	Discurso de ódio pode ser reputado como crime, discriminação racial, como no caso dos judeus.

Ante o exposto, conclui-se da análise deste trabalho que a compreensão do STF, diante do atual ordenamento jurídico brasileiro, aproxima-se à abordagem de Jeremy Waldron. Nesse sentido, o entendimento da extensão do dano é mais abrangente, levando à compreensão de que as palavras, as opiniões, os discursos podem implicar dano, principalmente às minorias vulneráveis. Nesse sentido, são afetados principalmente os direitos fundamentais, tais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BIAGIOLI, Carlos Murilo. **Liberdade de expressão e direitos humanos: uma análise de casos brasileiros sob a perspectiva do STF e à luz do pensamento de J. S. Mill**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Aplicadas, Universidade Estadual de Campinas. Limeira, 2020.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. Barueri: Editora Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>. Acesso em: 04 set. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade**. São Paulo: Unesp, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 04 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. Habeas Corpus nº 15.155. Siegfried Ellwanger e 5ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 18/03/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em 30 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 146.303/RJ. Relator: Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, 06 de março de 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em 30 ago. 2023.

CHAVES, Denisson Goncalves; ANDRADE, Jose Rogerio de Pinho. **Anatomia argumentativa do Caso Ellwanger**: análise dos votos dos Ministros do Supremo

Tribunal Federal a partir do layout de Stephen Toulmin. Revista Eletrônica Direito e Sociedade (REDES), vol. 10, nº. 3, 2022, pp. 67-86. HeinOnline. DOI: 10.18316. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/redes10&i=608>>. Acesso em 04 set. 2023.

DUQUE, Marcelo Schenk. [Comentário ao inciso IV]. In: Sarlet, Ingo Wolfgang et al. (org.). **Direitos fundamentais**: comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Londrina: Thoth, 2022.

FILHO, João Trindade C. **Série IDP: O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. *E-book*. ISBN 9788547229665. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>>. Acesso em: 04 set. 2023.

FITZPATRICK, John R. **John Stuart Mill's political philosophy**: balancing freedom and the collective good. London; New York: Continuum, 2006.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Versão monousuário, 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Memórias da Ditadura**, 2023. Disponível em: <<https://memoriasdaditadura.org.br/repressao/>>. Acesso em: 04 set. 2023.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 8ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788597021097. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>>. Acesso em: 08 ago. 2023.

MILL, John Stuart. **Autobiografia**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2018. *E-book*. ISBN 9789724422527. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422527/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2016. *E-book*. ISBN 9789724422398. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422398/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. São Paulo: Editora Blucher, 2020. *E-book*. ISBN 9788521219491. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521219491/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2018. *E-book*. ISBN 9788520455791. Disponível em:

<<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/>>. Acesso em: 04 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Denúncia do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul na Ação Criminal nº 01391013255/5947 – 8ª Vara Criminal de Porto Alegre. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Sentença do Processo-Crime Comum nº 01391013255/5947 – 8ª Vara Criminal de Porto Alegre. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.