

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2022.19.12508>

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, RACISMO E INJÚRIA RACIAL

Stéphanie Havir

Autora correspondente: Programa de Pós-Graduação *Stricto-Sensu* em Direito Constitucional – Faculdade Autônoma de Direito – Fadisp. Rua João Moura, 313 – Pinheiros, CEP 05412-001. São Paulo/SP, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/7868640971059666>. <https://orcid.org/0000-0003-3297-4574>. stehavir@hotmail.com

Carolina Noura de Moraes Rêgo

Programa de Pós-Graduação *Stricto-Sensu* em Direito Constitucional – Faculdade Autônoma de Direito – Fadisp. São Paulo/SP, Brasil.

RESUMO

O presente trabalho é fruto de estudo bibliográfico e jurisprudencial acerca da ponderação entre princípios e direitos constitucionalmente consagrados no Brasil, sobretudo os atinentes à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à liberdade de expressão, perpassando pelas três primeiras dimensões de direitos reconhecidas pela doutrina clássica. Por meio da análise teórica em cotejo com situações recentes no cenário nacional, que foram levadas à julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, busca-se colocar em debate os limites e as garantias aos direitos fundamentais mediante a atuação negativa e positiva do Estado, culminando na identificação do discurso de ódio como pedra de toque a balizar o ponto de equilíbrio de tais relações, sem pretender, contudo, esgotar o tema.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; dignidade da pessoa humana; discurso de ódio; direitos fundamentais.

FREEDOM OF SPEECH, RACISM AND RACIAL DEFAMATION

ABSTRACT

This work is the result of a bibliographical and jurisprudential study about the balance between principles and rights constitutionally recognized in Brazil, especially those relating to human dignity, equality and freedom of speech, passing through the first three dimensions of rights recognized by classical doctrine. Through the theoretical analysis in comparison with recent situations in the national scenario brought to judgment by the Supreme Court, it seeks to put light on the debate about the limits and guarantees of fundamental rights through the negative and positive action of the State, culminating in the identification of hate speech as the point of balance of such relationships, with no intent, however, to exhaust the subject.

Keywords: Freedom of speech; human dignity; hate speech; fundamental rights.

Submetido em: 8/4/2021

Aceito em: 13/05/2022

1 GARANTIA E LIMITES DA LIBERDADE COMO EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE

Liberdade e dignidade são conceitos que caminham de mãos dadas desde quando se possa imaginar a existência humana, sendo velhos conhecidos dos pesquisadores e estudantes das áreas do Direito, História, Antropologia, Sociologia, Economia e tantas outras ciências correlatas, sobretudo das humanidades.

Não é preciso grande esforço para encontrar menções a estes conceitos nos textos mais primitivos, inclusive nos livros sagrados, mas, para este trabalho, é suficiente partir do evento que é considerado o grande marco no desenvolvimento do estudo dos Direitos Humanos e na consolidação do que se conhece no mundo ocidental por Estado Moderno, qual seja, a Revolução Francesa de 1789, da qual adveio a inestimável Declaração Universal dos Direitos do Homem de do Cidadão (DDHC).

Edward Hallet Carr, citando John Dalberg-Acton, ressalta a importância deste evento ao afirmar que “nunca, até então, os homens haviam procurado liberdade sabendo o que procuravam” (CARR, 1982, p. 140).

Com efeito, a partir de então foi consolidada a tese da universalização dos direitos naturais do ser humano, com a preocupação em garanti-los por meio da formalização normativa pela DDHC (WOLKMER; LEITE, 2016, p. 18).

Em face da riqueza e da ampliação desses “novos” direitos, objetivando precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, um certo grupo de doutrinadores tem consagrado uma evolução linear e cumulativa de “gerações” sucessivas de direitos (WOLKMER, 2016, p. 21).¹

Atualmente opta-se por denominá-las “dimensões” de direitos, uma vez que a palavra “gerações” pode criar a falsa impressão de que uma geração suplanta e supera a anterior, descartando-a, enquanto que a palavra “dimensões” traz a noção de coexistência e inter-relação.

Sob pena de adentrar discussões que nos distanciariam do real objeto deste trabalho, nos contentamos em lembrar brevemente que a primeira dimensão de direitos diz respeito àqueles individuais relacionados à liberdade, à igualdade, à propriedade, demandando, em um primeiro momento, a atuação negativa do Estado, ou seja, que o Estado se abstenha de práticas violadoras de tais direitos, garantindo, assim, a liberdade humana para gozá-los plenamente. A segunda dimensão, de outro turno, estaria relacionada à atuação positiva do Estado na garantia de direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos, à medida que a terceira dimensão diz respeito a direitos metaindividuais, direitos difusos e coletivos de titularidade ampliada, portanto, característica que os diferencia essencialmente dos direitos das duas primeiras dimensões (WOLKMER, 2016, p. 24-26).

Em nossa visão, a liberdade de expressão e os crimes de racismo e injúria racial perpassam, essencialmente, estas três dimensões, uma vez que, (i) a garantia da liberdade de expressão é essencial à efetivação da dignidade da pessoa humana, ambas previstas nos artigos iniciais da Constituição Cidadã de 1988 (1º, III; 3º, I; 5º, IV-VI, VIII, IX); e (ii) a tipificação de ambos os

¹ Em referência a T.H. Marshall, Norberto Bobbio, C. B. Macpherson, Maria de Lourdes M. Covre, Celso Lafer, Paulo Bonavides, dentre outros.

crimes revelam atuação positiva do Estado na limitação a tal liberdade individual, com o fim de garantir, especialmente, a liberdade e a dignidade individual e coletiva das potenciais vítimas.

Afirma Pinto Ferreira (2002) que

O Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura (p. 72).

A manifestação da liberdade, portanto, é garantida pelas atitudes negativa e positiva do Estado que viabilizam a exteriorização de expressões individuais e, igualmente, coletivas, porquanto intrinsecamente relacionada às três gerações de direitos antes elencadas.

Essa relação fica ainda mais evidente quando salientada por Natália Ramos Nabuco de Araujo (2018), que, em sentido amplo, traz que a liberdade de expressão “compreende um aglomerado de direitos fundamentais” (p. 28), sendo entendida pela DDHC, pela Convenção Americana sobre direitos humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como

(i) o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões; (ii) o direito de investigar; (iii) o direito de receber informações e opiniões; e (iv) o direito de difundir, sem consideração de fronteiras, tais informações e opiniões (ou ideias) (ARAUJO, 2018, p. 28).

Daí se pode extrair a importância da liberdade de expressão para a dignidade do indivíduo, que se expressa e, sobretudo, *existe* por meio da exteriorização de seus pensamentos, ideias e opiniões, numa atitude contínua e ininterrupta de posicionamento enquanto ser vivente em determinada comunidade. Ela é o instrumento de construção da personalidade que garante a concretização da dignidade, entendida por Ingo W. Sarlet (1988) como “[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.” (p. 67).

A liberdade de expressão é igualmente importante para a construção e manutenção do Estado Democrático, porque propicia a pluralidade de ideias, de opiniões, o debate. Sua hipertrofia, entretanto, é alvo de críticas, dado o potencial violador de direitos que alguns discursos detêm.

Não obstante, lembra Araujo que, “no âmbito dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão é a regra e a restrição é a exceção” (p. 35). Ponderam, também, em sentido complementar, Riva Sobrado de Freitas e Matheus Felipe de Castro (2013), que a liberdade, enquanto um poder de autodeterminação reconhecido pelo Estado, deve respeitar os limites traçados pelo ordenamento jurídico, de forma a conviver harmonicamente com os demais preceitos constitucionais (p. 333).

Assim, enquanto de um lado a liberdade é utilizada como instrumento de edificação da dignidade humana, porque efetivo meio de autodeterminação do indivíduo, por outro sua hipertrofia permite que sirva também de instrumento de opressão da dignidade de outros. Aqui há um encontro da atuação positiva e negativa do Estado que deve garantir e limitar na medida certa, de forma a resguardar a harmonia social, o que vai ao encontro do que sustenta Karl R. Popper ao explicar o “paradoxo da tolerância” de Platão, afirmando que “tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles [*sic*] que são intolerantes” (POPPER, 1974, p. 289).

A grande questão que se põe é, pois, sobre quais parâmetros devem ser estabelecidos para impor limites à liberdade de expressão, de modo a não configurar censura e, assim, tolher, de forma ilegítima, a dignidade, e, de outro turno, coibir atos que, por meio da liberdade, tolham a dignidade alheia. A exemplo do paradoxo explicitado por Popper, não nos parece haver resposta simples e estanque se observarmos brevemente o cenário internacional e as diferentes soluções propostas.

Veja-se, por exemplo, os Estados Unidos, que têm por construção histórica o paradigma liberal, com práticas bastante permissivas em relação à liberdade de expressão, a exemplo das manifestações do grupo supremacista branco *KuKluxKlan*; de outro lado, o artigo da lei penal alemã comumente utilizado para criminalizar discursos neonazistas ou negacionistas do holocausto:

Seção 130

(1) Quem, de maneira propícia a causar distúrbio à paz pública: 1. incitar ódio contra grupo nacional, racial, religioso, ou a grupo definido por sua origem étnica, contra setores da população ou indivíduos pela condição de pertencerem a um dos mencionados grupos ou setores da população, ou incitar atos violentos ou arbitrários contra estes, ou 2. violar a dignidade humana de outros através de insulto, calúnia maliciosa ou difamação direcionada a um dos mencionados grupos, setores da população ou indivíduos pela condição de pertencerem a um dos mencionados grupos ou setores da população. Incorre na pena de prisão por período entre três meses a cinco anos.²

Como se vê, a norma alemã utiliza-se de termos abrangentes e comina pena mínima e máxima bastante elástica, o que nos permite inferir ter sido criada de forma a permitir ao julgador real adequação às peculiaridades de cada caso concreto. Em sentido diametralmente oposto, é a redação da Emenda I ao Artigo VII da Seção 4 da Constituição dos Estados Unidos, utilizada como fundamentação para coibir eventuais limites impostos à liberdade de expressão: “O Congresso não deve fazer nenhuma lei [...] limitando a liberdade de expressão ou de imprensa [...]”.³

Muito provável que manifestações como as do referido grupo estadunidense fossem frontalmente punidas se ocorressem em território alemão hoje, tamanha a discrepância entre os posicionamentos jurídicos. Afinal, como já bem sumarizou Jorge Rubem Folena de Oliveira (1997), o direito é construto social e decorre da necessidade de autorregulação da sociedade (p. 377)⁴; assim, é natural que diversas sociedades, com formação, cultura e história diferentes, produzam ordenamentos jurídicos absolutamente distintos e, quiçá, antagônicos.

² Tradução livre do inglês: “Section 130” Incitement of masses (1) Whoever, in a manner which is suitable for causing a disturbance of the public peace, 1. incites hatred against a national, racial, religious group or a group defined by their ethnic origin, against sections of the population or individuals on account of their belonging to one of the aforementioned groups or sections of the population, or calls for violent or arbitrary measures against them or 2. violates the human dignity of others by insulting, maliciously maligning or defaming one of the aforementioned groups, sections of the population or individuals on account of their belonging to one of the aforementioned groups or sections of the population incurs a penalty of imprisonment for a term of between three months and five years.” In: *Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844)*. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1241 Acesso em: 22 jun. 2021.

³ Tradução livre do inglês: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” In: *Constitution of the United States*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm Acesso em: 22/06/2021.

⁴ Em referência às ideias de Hermes Lima, Paulo Nader e Karl Engish. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/324/odireitocomomeio.pdf?sequence=6&isAllowed=y>. Acesos em: 1º abr. 2021.

Dessa forma, interessa voltarmos-nos ao contexto nacional, de forma a tratar, com os parâmetros da nossa sociedade, das possíveis relações entre liberdade de expressão e os crimes de injúria racial e racismo, tipificados, respectivamente, no § 3º do artigo 140 do Código Penal (CP) e nas condutas descritas na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

2 CRIMES DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL

Dentre as condutas tipificadas como crime de injúria, punidas com pena de detenção de um a seis meses ou multa, ou três meses a um ano e multa, está a figura qualificada da injúria racial, punida, por sua vez, com pena mais gravosa consistente em reclusão de um a três anos e multa.

A redação atual do parágrafo 3º do artigo 140 do CP foi dada pela Lei nº 10.741, Estatuto do Idoso, em 2003, nos seguintes termos: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Anteriormente, pela Lei nº 9.459/1997, a redação não contemplava as pessoas idosas e portadoras de deficiência. Esta Lei dedicou-se a definir os crimes decorrentes de “preconceito de raça ou de cor”, mas é certo que a luta jurídica pelo fim da discriminação racial teve início significativo com a promulgação da Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/1951), que, embora com penas reduzidas e quicá simbólicas, inseriu no rol das contravenções penais a “prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. Já era um início.

Nesta toada, veio a Constituição Federal (CF) de 1988 declarar que o Brasil é regido pelo *princípio* de repúdio ao racismo nas relações internacionais (artigo 4º, VIII) e elevar a gravidade da prática de racismo como “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (artigo 5º, XLII). É fato que, até então, não havia crime de racismo punido com pena de reclusão pela lei, sendo certo que o racismo ainda era considerado simples contravenção penal. O dispositivo legal que deu eficácia ao inciso XLII do artigo 5º da CF foi a Lei 7.716, promulgada em 5 de janeiro de 1989, com vigência até os dias atuais, após alteração pela já mencionada Lei de 1997.

Como observou Leon Frejda Szklarowsky (1997, p. 24), a Lei nº 9.459/97

(...) corrigiu a Lei nº 7.716, de 15 de janeiro de 1989, modificando os artigos 1º e 20, e revogou o artigo 1º da Lei nº 8.081 e a Lei nº 8.882, de 3-6-94. Todavia, sem qualquer razão plausível, minorou as penas de alguns delitos e não aproveitou a oportunidade de aprimorar o § 1º do artigo 20, para agasalhar não só os símbolos, insígnias, emblemas e distintivos nazistas, como também os de outras seitas, que apregoam a discriminação e o racismo. A redação do texto legal, contudo, continua obscura e duvidosa em alguns pontos (...)

A “Lei do Racismo”, como é conhecida a Lei nº 7.716/89, de conteúdo eminentemente penal, revogou toda a legislação infraconstitucional anterior e contrária acerca do tema e definiu diversas condutas, cominando-lhes penas de reclusão em atenção ao mandamento constitucional.

É importante destacar que o uso da expressão “crime de racismo” é equivocado, pois são diversas as condutas que podem configurar crime baseado na Lei nº 7.716/89, sendo cer-

to que a discriminação não se restringe ao que se pode entender socialmente como “raça”. A lei criminaliza condutas praticadas com base em “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, em clara identificação de grupos sociais.

Em um trabalho que se propõe a estudar crimes relacionados à discriminação de “raça”, não se pode deixar de consignar que já está consolidado pela ciência que tal conceito inexistente em termos biológicos, sendo um construto histórico-social, conforme bem sintetizado pela professora de antropologia física da Universidade de Pontificia Comillas, na Espanha, Lorenza Coppola Bove (2021), e como bem mencionado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, Maurício Corrêa, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, em seus votos no histórico *Habeas Corpus* (HC) nº 82.424, julgado em 17 de setembro de 2003.

Naquele julgado discutiu-se a possibilidade de imputar ao senhor Siegfried Ellwanger Castan crime de racismo perpetrado por meio da publicação de livros de conteúdo antissemita e negacionista do holocausto. Ellwanger foi fundador da Editora Revisão, que supostamente publicava livros com conteúdo histórico revisionista, mas que, em realidade, e conforme ficou firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tratava-se de publicações de conteúdos racistas direcionados à discriminação do povo judeu. Por maioria, firmaram os votos vencedores, dentre outros pontos, que “a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens.” (Notícias do STF, 23/8/17).

O então ministro Carlos Velloso fez interessante apontamento no sentido de que, nas obras publicadas por Ellwanger, os judeus são percebidos como uma raça e, portanto, seria certa a adequação típica às condutas que configuram racismo. Ademais, a recente alteração da redação da qualificadora de injúria racial demonstra que a preocupação do legislador não é a de coibir atos atentatórios à dignidade de negros, amarelos ou qualquer outro grupo socialmente identificado como “raça”, mas, sim, proteger todo e qualquer grupo de pessoas que seja historicamente marginalizado, como é o caso dos idosos e das pessoas com deficiência, dos negros, dos indígenas, dos asiáticos e de tantos outros.

Nesse ponto, vale a digressão ao que Gregory H. Stanton (2016) chamou de “Os dez estágios do genocídio”, sobretudo aos três primeiros: classificação, simbolização e discriminação. Estes são os três primeiros passos comuns à formação de todos os processos genocídios, e todos eles estão relacionados à identificação de grupos de indivíduos que compartilhem características comuns, sejam elas quais forem. Tal referência justifica-se porque “o crime dentre os crimes”, como designou William A. Schabas (2009) o genocídio, distingue-se dos demais crimes contra a humanidade exatamente pelo aspecto de identificação de um grupo que estabelece o paralelo entre “nós” e “eles”, e, para Stanton (2016), tal separação se inicia com a classificação, seguida da simbolização e da discriminação, evoluindo, a partir daí, o lamentável processo de genocídio de um grupo.

Em que pese possa ocorrer de forma inconsciente, é certo que a distinção entre grupos de pessoas pode ser percebida, em um estudo mais atento, como a base das condutas tipificadas pela Lei 7.716/89, assim como da injúria racial. É preciso mencionar, porém, que existe grande diferença entre tais crimes, que, em nossa visão, não podem ser equiparados em gravidade e reprovabilidade social.

É que, no crime de injúria, visa-se a atingir a honra subjetiva da vítima (NUCCI, 2017, p. 216) e apenas dela, pouco importando ao ofensor se os comentários injuriosos irão ofender a uma coletividade de indivíduos que compartilhem de certa característica. É assim igualmente com a injúria racial. Esta figura qualificada, no entanto, diferencia-se e é mais gravosa do que a injúria comum, justamente porque ofende a dignidade da vítima pelas características que a identificam como pertencente a um dos grupos oprimidos, de forma que não se pode confundir o dolo de injuriar, direcionado à vítima individualmente considerada, com o dolo das condutas tipificadas pela Lei do Racismo, uma vez que, nestas, se toma a parte pelo todo, ou seja, considera-se a vítima não enquanto indivíduo, mas enquanto pertencente a um determinado grupo. Em outras palavras, a prática do racismo, nas suas mais variadas formas, busca vulnerar toda uma coletividade de indivíduos que compartilham entre si qualquer característica que permita identificá-los como semelhantes, e não apenas a honra subjetiva do indivíduo que foi a vítima direta da ação. E aí reside a gravidade de tais atos.

Assim bem pontuou o ministro Celso de Mello no já mencionado julgado: “Aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”⁵, sendo certo que na base da motivação discriminatória de tais crimes está a negação da dignidade do outro.

Nota-se, portanto, do referido julgado e da própria definição legal dos crimes de cunho racista, que o intuito do legislador não é coibir atos discriminatórios em relação à “raça”, entendida, grosso modo, como cor de pele, como a palavra “racismo” sugere, mas, sim, atos discriminatórios em relação a grupos, sejam eles quais forem.

Neste sentido também se deu a tese⁶ firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, em 13 de junho de 2019, que incluiu os atos de homofobia e transfobia na proteção conferida pela Lei do Racismo. Argumentou a Suprema Corte que é inconstitucional a omissão legislativa no sentido da ausência de tipificação penal de tais condutas, com infração aos mandados de criminalização dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, ficando consignado que

(...) O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e dife-

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Tribunal Pleno. “O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas-corpus, vencidos os senhores ministros Moreira Alves, relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o senhor ministro Carlos Britto, que a concedia, ex-officio, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. redigirá o acórdão o presidente, o senhor ministro Maurício Corrêa. não votou o senhor ministro Joaquim Barbosa por suceder ao senhor ministro Moreira Alves que proferira voto anteriormente.” Julgado em 17/9/2003.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tese firmada na ADO 26/DF e no MI 4.733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

rentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

À parte das necessárias discussões acerca da avocação (legal ou ilegal) pelo STF da competência para legislar, com efeito, percebe-se que a Constituição Federal elegeu a dignidade da pessoa humana, nos ensinamentos de Flávia Piovesan (2011), à condição de “superprincípio”, pois “[é] no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa” (p. 92). Deve a dignidade da pessoa humana ser considerada, portanto, o norte a guiar a interpretação normativa, ocupando lugar privilegiado na ponderação de princípios. Foi exatamente como interpretou a Suprema Corte ao julgar ambos os casos mencionados.

A liberdade de expressão e a dignidade foram pontos centrais tanto no HC julgado em 2003 quanto na ADO e MI julgados em 2019. Naquele caso, considerou o ministro Gilmar Mendes que a dignidade humana, assim como a igualdade, não pode ser mitigada ante a liberdade de expressão, pois são aqueles valores de maior peso e magnitude, merecendo, portanto, proteção superior àquela dispensada à liberdade de expressão.

No caso mais recente, em que pese não tenha partido de um caso concreto específico como o anterior, a liberdade de expressão foi analisada, dentre outros pontos, pelo viés da liberdade religiosa, constando expressamente na Tese que a repressão penal à prática do que se chamou *homotransfobia* “não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa” no seu sentido mais amplo, assegurando-se a liberdade aos praticantes para pregar e divulgar seus pensamentos e convicções livremente por meio da palavra, imagem ou qualquer outro meio “desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio”.

É exatamente no conceito do que se pode entender por discurso de ódio que nos parece residir um importante parâmetro para a limitação da liberdade de expressão por intermédio da repressão penal.

3 O DISCURSO DE ÓDIO COMO FATOR LIMITANTE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como já mencionamos, o relacionamento entre a liberdade de expressão e os crimes de racismo e injúria racial é espelho do relacionamento necessário entre as três primeiras dimensões de direitos, devendo ser guiado pelo superprincípio que é a dignidade, uma vez que a liberdade e a igualdade são garantidas pela atuação negativa e positiva do Estado ao abster-se da censura e ao criar mecanismos para efetivar os direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos considerados isolada e coletivamente. Neste sentido, afirmam Gilberto Giacoia e João Ricardo dos Santos (2020) que “[...] direitos fundamentais são totalmente desrespeitados, justamente pelo uso arbitrário e desmedido de outros direitos fundamentais [...]” (p. 165).

Como reafirmou o julgamento da ADO e do MI, deve ser garantida a expressão da liberdade por meio de todas as formas de manifestação desde que estas não configurem discurso de ódio, sendo este entendido como a manifestação de ideias intolerantes e discriminatórias

com a intenção de ofender a dignidade de indivíduos ou grupos vulneráveis e incitar o ódio em razão das características que os distinguem (GIACOIA; SANTOS, 2020, p. 164). Nesse sentido,

(...) em um Estado democrático de direito que pressupõe o direito à liberdade de expressão e à igualdade entre todos, seria ideologicamente incompatível a proteção do discurso de ódio, pois implicaria em negar o princípio fundamental da igualdade entre as pessoas, [bem como o da dignidade humana] propagando a inferioridade de alguns e legitimando a discriminação (ARAUJO, 2018, p. 24-25).

Por óbvio não se busca, neste singelo estudo, o esgotamento do assunto, tampouco sugerir a criação de mecanismos de censura, mas, sim, colocar em pauta questões importantes atinentes ao exercício da dignidade humana e da cidadania de forma responsável, fomentando o debate acerca das condutas opressoras de grupos historicamente vulneráveis e marginalizados⁷ que merecem especial atenção do direito para que se emancipem.

Com efeito, parece-nos que a coibição à propagação de discursos de ódio, nas suas mais variadas formas, é exatamente a medida que reafirma e assegura a liberdade de expressão, a dignidade e a igualdade de todos em um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, N. R. N. *Liberdade de expressão e o discurso de ódio*. Curitiba: Juruá, 2018.
- BOVE, L. C. *Como los huesos acabaron con las razas humanas*. Disponível em: <https://theconversation.com/como-los-huesos-acabaron-con-las-razas-humanas-141222> Acesso em: 28 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.424*. Tribunal Pleno. “O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas-corpus, vencidos os senhores ministros Moreira Alves, relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o senhor ministro Carlos Britto, que a concedia, ex-officio, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. Redigirá o acórdão o presidente, o senhor ministro Maurício Corrêa. Não votou o senhor ministro Joaquim Barbosa por suceder ao senhor ministro Moreira Alves que proferira voto anteriormente.” Julgado em 17/9/2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese firmada na ADO 26/DF e no MI 4.733*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf> Acesso em: 23 jun. 2021.
- CARDIN, V. S. G.; SANTOS, A. C. G. G. *Liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana: considerações sobre o discurso de ódio contra a mulher na internet e seus efeitos*. Artigo eletrônico. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e353194f3b7cd1b7>. Acesso em: 27 maio 2021.
- CARR, E. H. *O que é história?* Conferências George Macaulay Trevelyan proferidas por E. H. Carr na Universidade de Cambridge, janeiro-março de 1961. Tradução Lúcia Maurício de Alverga. Revisão técnica Maria Yedda Linhares. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- CONSTITUTION OF THE UNITED STATES. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.
- GERMAN Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844). Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1241. Acesso em: 22 jun. 2021.
- FREITAS, R. S.; CASTRO, M. F. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Seqüência*, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/jMNNxJYnJb94hXQNXbzTgMx/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 22 jun. 2021.

⁷ Propositadamente não se usa a expressão “grupos minoritários”, pois se sabe que muitos destes grupos são formados por maioria da população brasileira, sendo tecnicamente equivocado designá-los de tal forma, sob pena de reduzir ainda mais sua já diminuta representatividade no campo social.

- GIACOIA, G.; SANTOS, J. R. Discurso de ódio e psicologia das massas: o poder destrutivo das palavras. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n. 2: 153-171, jul./dez. 2020.
- MORAES, A. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUCCI, G. de S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 216. Vol. 2.
- OLIVEIRA, J. R. F. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social? *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 136, out./dez. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/324/odireitocomomeio.pdf?sequence=6&isAllowed=y>. Acesso em: 1º abr. 2021.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- POPPER, K. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974. Disponível em: <http://dagobah.com.br/wp-content/uploads/2017/07/popper-a-sociedade-aberta-vol-1-alt.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHABAS, W. A. *Genocide in international law: The Crime of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- STANTON, G. H. *The Ten stages of Genocide*. Washington: Genocide Watch, 2016. Disponível em: <http://genocidewatch.net/genocide-2/8-stages-of-genocide/>. Acesso em: 28 maio 2021.
- STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. Notícias STF. Publicada em 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Acesso em: 23 ago. 2017.
- SZKLAROWSKY, L. F. Crimes de racismo: crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 135, jul./set. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/249/r135-03.pdf?sequence=4>. Acesso em: 27 maio 2021.
- WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.