

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

CIRO CÂMARA DE CARVALHO RÊGO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO: limites e ponderações
adotadas pelo Poder Judiciário na análise da venda e acesso ao livro “Minha luta”, de
Adolf Hitler**

São Luís
2017

CIRO CÂMARA DE CARVALHO RÊGO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO: limites e ponderações
adotadas pelo Poder Judiciário na análise da venda e acesso ao livro “Minha luta”, de
Adolf Hitler**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Mônica Teresa Costa Sousa

São Luís

2017

**Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA**

Rêgo, Ciro Câmara de Carvalho

Liberdade de expressão e discurso do ódio: limites e ponderações adotadas pelo Poder Judiciário na análise da venda e acesso ao livro "Minha luta", de Adolf Hitler / Ciro Câmara de Carvalho Rêgo. -2017.

69 f.

Orientador(a): Mônica Teresa Costa Sousa
Monografia (Graduação) - Curso de Direito,
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Liberdade de expressão. 2. Discurso do ódio. 3. Racismo. 4. Discriminação. 5. Tolerância. I. Sousa, Mônica Teresa Costa, II. Título

CIRO CÂMARA DE CARVALHO RÊGO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO: limites e ponderações
adotadas pelo Poder Judiciário na análise da venda e acesso ao livro “Minha luta”, de
Adolf Hitler**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr^a. Mônica Teresa Costa Sousa (Orientadora)

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Ao meu avô, Jairo, exemplo de integridade, carisma e bondade por quem nutro imensurável admiração.

Ao meu pai, Adelino, por todo o suporte prestado e valores repassados. Obrigado por nunca ter poupado esforços para ver o seu filho feliz.

À minha mãe, Rizza, meu maior exemplo de determinação, amor e confiança. O meu porto seguro para todos os momentos.

À minha irmã, Lara, que muito me inspira e orgulha através de sua perseverança na conquista de seus sonhos e interesse pelo conhecimento.

À minha amiga e namorada, Camila, por todos os momentos felizes, compreensão e apoio em minha jornada.

Aos meus amigos de longa data, em especial o Joaquim, André, Nordman, Zeca e Arthur, por todas as madrugadas de discussões plurais que muito contribuíram para a minha formação intelectual.

Aos meus amigos de graduação, cuja companhia e prestatividade muito me ajudaram e motivaram durante esta jornada.

À professora Mônica Sousa, pela exemplar orientação, disponibilidade, comprometimento e suporte ao longo do último ano.

Ao amigo e professor João Carlos, por todos os seus posicionamentos e orientações referentes a questões jurídicas e sociais, que muito me ajudaram ao longo da minha formação acadêmica.

A todo o corpo docente da Universidade Federal do Maranhão, em especial os professores Mário Macieira, Cláudia Gonçalves e Lígia Cavalcanti, que muito me motivaram, através de seus ensinamentos, a seguir perseverante nesta jornada.

Aos servidores e estagiários da 1ª Relatoria da 1ª Turma Recursal da Justiça Federal no Maranhão, em especial o Rubem e o Jadson, por quem tenho profunda gratidão pelo suporte, tratamento e aprendizado.

Por fim, a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a minha formação intelectual e profissional.

“Grande é a verdade, mas ainda maior, do ponto de vista prático, é o silêncio em torno da verdade”.

Aldous Huxley

RESUMO

A entrada em domínio público do livro “*Mein kampf*”, de Adolf Hitler, em 2016, trouxe novamente à tona o debate a respeito do conflito entre a liberdade de expressão e informação e a dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais e constitucionalmente garantidos. O conteúdo do livro, notadamente antissemita, preconceituoso e discriminatório, é visto pela maioria da doutrina e jurisprudência brasileira como uma verdadeira afronta aos direitos humanos, motivo pelo qual, a princípio, a sua publicação foi judicialmente proibida. Importa analisar se a censura de um conteúdo através da cominação de sanções penais é, de fato, uma maneira eficaz e razoável de busca por uma sociedade democrática e tolerante. Tendo por base o entendimento firmado nos Estados Unidos da América e nas cortes interamericanas a respeito do tema, propõe-se uma abordagem mais liberal por parte do Estado brasileiro, a fim de garantir uma maior efetividade e respeito a princípios constitucionalmente garantidos, priorizando o debate. A limitação à liberdade de expressão, opinião e informação em relação ao discurso do ódio só é legítima em casos de claro e iminente risco de as ideias refletirem, de forma concreta, em ações e comportamentos violentos ou discriminatórios. Emprega-se o método dedutivo de abordagem, através de revisão bibliográfica, determinada pelo procedimento de documentação indireta.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso do ódio. Racismo. Discriminação. Tolerância.

ABSTRACT

The entry into the public domain of Adolf Hitler's book "Mein Kampf" in 2016 brought back to the forefront the debate about the conflict between freedom of expression and information and the dignity of the human being, fundamentally and constitutionally guaranteed principles. The content of the book, which is notably anti-Semitic, prejudiced and discriminatory, is seen by most Brazilian doctrine and jurisprudence as a real affront to human rights, which is why, in principle, its publication was legally prohibited. It is necessary to analyze whether censorship of content through the commencement of criminal sanctions is, in fact, an effective and reasonable way of searching for a democratic and tolerant society. Based on the understanding reached in the United States and the Inter-American courts on the subject, a more liberal approach is proposed by the Brazilian State, in order to guarantee greater effectiveness and respect for constitutionally guaranteed principles, prioritizing the debate. The limitation on freedom of expression, opinion and information regarding hate speech is only legitimate in cases of clear and imminent risk of ideas reflecting, in a concrete way, violent or discriminatory actions and behaviors. The deductive method of approach is used, through a bibliographic review, determined by the indirect documentation procedure.

Keywords: Freedom of expression. Speech of hate. Racism. Discrimination. Tolerance.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURA

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CIDH	Convenção Americana Sobre Direitos Humanos
CODI	Centro de Operações de Defesa Interna
DIP	Departamento de Imprensa e Propaganda
DOI	Destacamento de Operações de Informação
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
PCB	Partido Comunista Brasileiro
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO	13
2.1	Conceitos	13
2.2	Limites à liberdade de expressão	21
3	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	29
3.1	A evolução da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro	29
3.1.1	Constituição de 1824.....	29
3.1.2	Constituição de 1891.....	30
3.1.3	Constituição de 1934.....	30
3.1.4	Constituição de 1937.....	31
3.1.5	Constituição de 1946.....	32
3.1.6	Constituição de 1967.....	33
3.1.7	Constituição de 1988.....	35
3.2	A liberdade de expressão e consciência na Constituição de 1988	37
3.3	A liberdade de expressão e consciência na jurisprudência do STF	41
3.3.1	Caso Siegfried Ellwanger.....	41
3.3.2	Caso marcha da maconha.....	44
4	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	48
4.1	A posição do sistema norte-americano em relação ao discurso do ódio	53
5	A PROIBIÇÃO DA VENDA E EXPOSIÇÃO DO LIVRO “MINHA LUTA”, DE ADOLF HITLER, NO BRASIL	56
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
	REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

A liberdade é um ideal que sempre foi almejado pelo ser humano. Entretanto, no que concerne à liberdade civil, percebe-se a existência de uma ampla aceitação da sociedade em, tendo o Estado como mediador, ou até mesmo como interventor, estabelecer limites às liberdades individuais. Tal aceitação se baseia na ideia que este tipo de controle é necessário para a segurança e o bem-estar social, garantindo-se, desta forma, a eficácia de outros direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Não se nega a necessidade da imposição de limites às ações humanas, entretanto, a delimitação de sua extensão ainda é tema controverso, sendo de suma importância a sua discussão em ambientes acadêmicos, jurídicos, políticos e sociais.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 se baseia, principalmente, na garantia dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Portanto, problemas que, alegadamente, coloquem tais princípios em conflito, devem ser solucionados, preservando a integralidade de seus respectivos significados. O princípio da proporcionalidade é usualmente empregado pelos tribunais na busca desta solução.

No entanto, no início do ano de 2016, o embate entre normas principiológicas ganhou mais uma via de problematização. O episódio responsável por tal evento é a entrada em domínio público do livro “Minha luta” (“*Mein Kampf*”), de Adolf Hitler. Significa dizer que, após mais de setenta anos do fim da Segunda Guerra Mundial, o livro, que até então se encontrava “inacessível” sob a proteção do estado regional da Baviera, na Alemanha, torna-se propriedade de toda a humanidade.

Acontece que, neste caso, o próprio conceito de “domínio público” parece não mais se adequar ao vocabulário de quem possui poderes decisórios frente à sociedade brasileira. A partir do momento que o livro entrou em domínio público, inúmeras fontes ao redor do mundo noticiaram, seja com alarde, preocupação ou com intuito meramente informativo, sobre as consequências que este evento poderia trazer à humanidade. Em meio ao fervor, vários países passaram, desde já, a regular ou, como é o caso do Brasil, a proibir a publicação da referida obra.

O livro é bastante controverso e possui forte carga de racismo, discriminação, ódio e intolerância. Afinal, trata-se do popularmente nominado “Bíblia do Nazismo”, de leitura obrigatória na Alemanha contemporânea da Segunda Guerra Mundial, responsável por, apesar de não exclusivamente, induzir e instigar o ódio pelo povo judeu e outros grupos minoritários considerados “impuros” entre os alemães e tornar possível as barbaridades

cometidas pelo regime nazista. Entretanto, teria o livro, no tempo e contexto atual, a mesma eficácia que supostamente teve à época de seu lançamento? Seria correto tolher a liberdade da coletividade em prol de possíveis e imprevisíveis consequências? Qual o limite da extensão do controle do Estado sobre a individualidade dos cidadãos? A limitação da liberdade de expressão e informação é, de fato, a solução mais adequada e eficaz no combate ao racismo e à intolerância? Há sentido em combater a intolerância com mais intolerância?

Acredita-se que o acesso à obra de Adolf Hitler não é importante apenas do ponto de vista histórico, mas também do ponto de vista político, social e psicológico, podendo contribuir sobremaneira para diversas ciências e áreas do conhecimento, além de, por estar disponível no mercado de ideias, conceito este popularizado por Stuart Mill, poder ser frequentemente confrontada com posicionamentos humanistas e igualitários, desconstruindo-se o tabu e misticismo em volta da obra, tornando-a ordinária e vulnerável à crítica de uma sociedade autodeterminada.

A proposta desta investigação é tentar definir a extensão do controle que a sociedade e o Estado podem exercer sobre a liberdade do indivíduo, mais especificamente sobre a liberdade de expressão e informação. Dito isto, tal problemática será analisada tendo em vista o advento da entrada em domínio público do livro “Minha luta”, e a posterior proibição de sua edição e publicação no Brasil em decisão proferida em sede de liminar pela 33ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Tendo em vista que a supracitada decisão se fundamenta no art. 20 da Lei nº 7.716/89, questionar-se-á, também, a pretensa constitucionalidade deste dispositivo de lei.

No primeiro capítulo, abordar-se-á o conceito, a importância e a amplitude destinada à proteção da liberdade de expressão, assim como a sua relação com o discurso do ódio, constantemente encarado como um limite ao exercício desta liberdade. Analisar-se-á, também, a maneira como a liberdade de expressão é tratada em ordenamentos internacionais.

Para isso, ter-se-á como base os ensinamentos de John Stuart Mill, Owen M. Fiss e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Tais autores, no geral, defendem a destinação de uma maior proteção à liberdade de expressão, apesar de reconhecerem a necessidade de intervenções e imposição de limites em determinados contextos por parte do Estado.

No segundo capítulo, analisar-se-á o tratamento destinado pelo ordenamento jurídico e jurisprudência brasileira à liberdade de expressão e ao discurso do ódio. Questão nuclear a ser abordada se refere à pretensa constitucionalidade do art. 20 da Lei nº 7.716/89, que limita sobremaneira a liberdade de expressão, que é garantida pela Constituição, independentemente de censura.

No terceiro capítulo, ter-se-á como base o estudo do tratamento destinado à garantia da liberdade de expressão e repressão ao discurso do ódio nos Estados Unidos da América, a partir dos estudos desenvolvidos por Anthony Lewis e Owen M. Fiss, a fim de estabelecer comparativos e indicar adequações na forma como o Brasil lida com o aparente conflito entre a liberdade de expressão, a emissão de discursos do ódio e a dignidade da pessoa humana.

Por fim, no quarto e último capítulo, realizar-se-á uma análise dos argumentos expostos em decisão proferida em sede de liminar pela 33ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que ordenou a retirada dos exemplares já confeccionados do livro “Minha luta” das prateleiras, proibindo a sua venda e exposição, contrapondo-os às teorias e argumentos desenvolvidos nos capítulos anteriores, a fim de evidenciar eventuais equívocos e propor soluções adequadas ao problema sem colocar em risco a integridade dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Busca-se esclarecer que não basta a proibição da censura prévia. É necessário que exista uma margem permissiva de garantias após o exercício da liberdade, uma vez que a certeza de imbróglis ocasionados em decorrência do exercício da liberdade de expressão acaba por constituir, na prática, em censura.

Atente-se para a importância da tolerância em relação a qualquer tipo de discurso, inclusive aqueles que são repudiados pela maioria da sociedade. Exige-se, por parte do Estado, imparcialidade em relação ao conteúdo dos discursos. Deste modo, cabe ao Poder Legislativo revisar o tratamento destinado à criminalização de discursos, assim como cabe ao Poder Judiciário ter cuidado ao analisar, no caso concreto, casos que envolvam a garantia ou a regulação da liberdade de expressão.

Afinal, as ideias odiosas também gozam de liberdade. Necessário, portanto, que as análises sobre o aparente conflito entre os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana sejam realizadas de forma proporcional e concreta. O dano, nestes casos, jamais deve ser presumido. O Estado deve se abster de maiores interferências no plano individual, devendo agir somente nos casos em que ocorra, efetivamente, um dano externo, notável, provável e específico a terceiros.

O acesso à informação deve ser desimpedido, privilegiando-se a autodeterminação da sociedade, que deve ser capaz de tomar as suas próprias decisões. O cerne da questão reside única e exclusivamente no acesso à uma informação pública, como é o caso de um livro em domínio público. Não se trata de discutir o conteúdo do livro, notadamente antissemita e repulsivo. A História se constitui em um processo, uma linha temporal, que deve ser estudada,

revisada, assimilada e discutida por todos, não devendo, em hipótese alguma, por mais obscura e repulsiva que seja, ser ignorada. Sem liberdade de expressão e acesso à informação, restringe-se a capacidade humana e inviabiliza-se a reflexão de quem possui a sensatez de duvidar do que é ideologicamente imposto, seja pela sociedade ou pelo Estado.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO

A liberdade de expressão é uma das mais genuínas e importantes vertentes do princípio geral de liberdade,¹ essencial à formação e desenvolvimento da personalidade, individualidade e autodeterminação do ser humano. É direito fundamental assegurado pelas constituições de diversos países democráticos, constituindo-se como um dos mais importantes e eficientes meios de resistência e de crítica às autoridades. Propicia a realização de diálogos e a solução dos diversos problemas sociais, assim como resguarda a sociedade do cometimento de abusos por parte dos titulares do poder. Ser livre para se expressar é, em síntese, ser livre para pensar, comunicar, persuadir, se mostrar e se autodeterminar.

2.1 Conceitos

O entendimento da liberdade de expressão como um meio de resistência à opressão da autoridade estatal deriva da concepção de liberdade no sentido negativo, na medida em que se opõe ou nega o poder da autoridade. De outra via, a liberdade no sentido positivo pode ser entendida como aquela que possibilita a participação do indivíduo quando da composição da autoridade ou do poder. A forma de conceituação da liberdade em função da autoridade é defeituosa, uma vez que pressupõe a sua deformação (SILVA, 2005).

Quando da análise de uma autoridade legítima, Silva (2005, p. 232) afirma que “autoridade e liberdade são situações que se complementam”, pois, “a autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária à expansão individual”. Deste modo, necessária se faz a existência de um mínimo de coação, desde que legítima. Segundo o autor:

[...] não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei limita a liberdade e precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe.

¹ José Afonso da Silva explica que a liberdade possui uma dimensão interna e outra externa. A liberdade interna (subjetiva, psicológica ou moral) “é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade do mundo interior do homem”. Nesta dimensão da liberdade, as escolhas dependem exclusivamente do indivíduo, que possui amplo poder de opção. A liberdade externa (objetiva), por sua vez, dependerá da existência de condições objetivas para a manifestação destas escolhas, consistindo “na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer”. Nesta dimensão da liberdade, é necessária a imposição de limites, notadamente pelo fato de que uma ação completamente livre pode impactar de forma negativa na ordem social. (SILVA, 2005, p. 231-232).

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, conceitua a liberdade em seu art. 4º ao dispor que “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei” (FRANÇA, 1789, não paginado).

Tratando especificamente sobre a liberdade de expressão e pensamento, merecem especial destaque o seu art. 10, que dispõe que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”; e seu art. 11, que estabelece que “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”. (FRANÇA, 1789, não paginado).

Na conceituação elaborada por Silva (2005, p. 233), a “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. O autor também associa a informação e o conhecimento como meios de realização e autodeterminação pessoal, pois, “na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um”.

Segundo Meyer-Pflug (2009, p. 66), “a liberdade de expressão engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação”. É gênero que engloba a liberdade de pensamento, direito fundamental assegurado no inciso IV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A liberdade de expressão também pode ser entendida como liberdade de opinião, cujo gozo se torna possível quando o indivíduo pode adotar determinada atitude intelectual de sua escolha. Tal atitude intelectual pode ser um pensamento íntimo; a tomada de uma posição pública; ou o expressar,² através de palavras ou outros meios comunicativos, de ideias que se crê verdadeiras (SILVA, 2005).

² Nas palavras de José Afonso da Silva, a “exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presentes ou ausentes. No primeiro caso, pode verificar-se de pessoa a pessoa (em forma de diálogo, de conversação) ou de uma pessoa para outras (em forma de exposição, de conferência, palestras, discursos etc.) [...] No segundo caso, pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e particular sigilosa (carta, telegrama, telefone), ou expressar-se para pessoas indeterminadas, sob a forma de livros, jornais, revistas e outros periódicos, televisão e rádio”. (SILVA, 2005, p. 244).

Bento (2016, p. 96) afirma que “a liberdade de expressão constitui parte fundamental do arcabouço institucional das sociedades democráticas” e desempenha uma tripla função. Ao discorrer sobre a primeira de suas funções, considera “tratar-se de um dos direitos individuais que mais claramente reflete as características únicas dos seres humanos”, quais sejam “a capacidade de pensar o mundo de sua própria perspectiva e a capacidade de comunicar-se com outros, expressando e intercambiando ideias, experiências de vida e visões de mundo”.

Ainda segundo Bento (2016, p. 96), “por meio de um processo dialético e deliberativo, o ser humano constrói coletivamente sua representação da realidade e decide os termos de sua vida comunitária”. É dizer que, por meio de suas próprias experiências e observações, o ser humano é capaz de se autodeterminar. Destaca, ainda, que “todo o potencial criativo na arte, na ciência, na tecnologia e na política depende do gozo efetivo da liberdade humana de expressar-se em todas as suas dimensões”. O desenvolvimento pessoal e social somente é possível através do gozo de ampla liberdade de expressão.

A segunda função da liberdade de pensamento e de expressão manteria uma íntima e estrutural relação com a democracia na medida em que “o papel da liberdade de expressão, nesse sistema, consiste em permitir aos participantes da vida pública expressar-se, questionar, argumentar, criticar e contestar livremente”. Destaca, ainda, a importância da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969 que, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem por objetivo fortalecer, em seu art. 13³, “o funcionamento de sistemas democráticos pluralistas, protegendo a livre circulação de ideias e opiniões de toda índole, viabilizando um processo deliberativo aberto e desimpedido sobre todos os assuntos que dizem respeito aos interesses da sociedade” (BENTO, 2016, p. 97).

Acrescenta que “a formação de uma opinião pública vigorosa, bem informada e consciente dos seus direitos, assim como a responsabilização de autoridades públicas, não

³ O art. 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CIDH) estabelece que, “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, não paginado).

seria possível de outro modo”. (BENTO, 2016, p. 97). Conclui-se que, ao constituírem entre si uma relação de interdependência, a liberdade de expressão se mostra fundamental para a existência e manutenção da democracia, assim como somente a democracia pode propiciar o efetivo exercício da liberdade de expressão.

Ao abordar a relação entre a liberdade e a democracia, Silva (2005, p. 234) ressalta que “é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal”. Em suma, a expansão e consolidação das liberdades estão intimamente ligadas com a expansão e o avanço da democracia, pois, “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista”.

Por fim, a terceira função da liberdade de expressão, segundo Bento (2016, p. 97), materializa-se na tomada deste princípio como “instrumento para a defesa de outros direitos, tais como o direito de reunião e associação, de participação política, o direito à educação, à liberdade religiosa e à identidade étnica e cultural”. Em arremate, é feita importante distinção entre os sentidos individuais e difusos que a liberdade de expressão pode assumir. Neste ponto, discorre que:

Como direito individual, a liberdade de expressão consiste no direito de cada pessoa compartilhar livremente seus pensamentos, ideias e informações. Como direito difuso, trata-se do direito da sociedade de obter informações e receber, livre de interferência e obstáculos, os pensamentos, ideias, opiniões e informações dos outros. Assim, a liberdade de expressão constitui-se em instrumento de intercâmbio e comunicação entre todos os seres humanos. Conhecer o pensamento do outro é tão importante quanto exprimir o próprio. (BENTO, 2016, p. 97).

Além da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, outros instrumentos de abrangência internacional preocuparam-se em definir ou reforçar a proteção ao princípio da liberdade de expressão, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe, em seu art. 19, que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, não paginado); e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que traz no escopo de seu art. 19 que,

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, p. 6).

Dentro do sistema americano de proteção, destacam-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que expressa, em seu art. IV, que “toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento por qualquer meio” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948, não paginado); e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, de 2000, que estabelece, em seu princípio primeiro, que “a liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000, não paginado). Merece destaque, também, o conteúdo do princípio quinto da supracitada Declaração, que visa proteger a liberdade de expressão da incidência de censuras⁴ e interferências:

A censura prévia, a interferência ou pressão direta ou indireta sobre qualquer expressão, opinião ou informação através de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica, deve ser proibida por lei. As restrições à livre circulação de ideias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação, violam o direito à liberdade de expressão. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000, não paginado).

Não obstante, a depender do conteúdo ou objetivos, o pleno exercício do direito à liberdade de expressão pode passar a ser encarado como um mal social, de modo que se entende necessário a imposição de limites. No caso do Brasil, além da possibilidade de indenização por danos morais, também existem dispositivos penais que criminalizam, por exemplo, o discurso racista. A justificativa é que o discurso racista é lesivo à garantia de outros direitos humanos, a exemplo da igualdade e da dignidade da pessoa humana, merecendo, portanto, especial proteção. Nesta esteira, Bento (2016, p. 98) afirma que,

Em princípio, todos os tipos de discurso são protegidos pelo direito à liberdade de expressão, independentemente do conteúdo e do grau de aceitação social. Existe, portanto, uma obrigação geral de neutralidade do Estado quanto ao conteúdo das opiniões e ideias que circulam na esfera pública e, conseqüentemente, uma obrigação de garantir que, em princípio, não haja indivíduos, grupos, ideias ou meios de expressão excluídos do debate público [...]. No entanto, não obstante essa presunção geral de cobertura a todas as ideias e formas de expressão, existem determinados discursos que recebem uma proteção especial, em razão de sua conexão mais forte com o funcionamento e o fortalecimento da democracia: a efetividade do controle social do Poder Público, o combate à corrupção e a defesa de outros direitos humanos.

⁴ “Censura é o expediente contrário ao regime das liberdades públicas. Reveste-se numa ordem, num comando, proveniente do detentor do poder, o qual deseja impedir a circulação de ideias e ideais que se entrecrocaram com dogmas imutáveis”. (BULOS, 2012, p. 575).

O discurso do ódio se configura como um dos tipos de discurso que gozam de pouca ou nenhuma proteção da liberdade de expressão, notadamente por entrar em conflito com a defesa dos direitos humanos. Na definição formulada por Meyer-Pflug (2009, p. 97-98):

O discurso do ódio [...] consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso do ódio não é voltado apenas para a discriminação racial. Para Winfried Brugger o discurso do ódio refere-se “a palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. Pode ser considerado como apologia abstrata ao ódio, pois representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas que possuem certas características, crenças, qualidades ou estão na mesma condição social, econômica, como, por exemplo, os ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros.

Bento (2016) elenca alguns elementos caracterizadores do discurso do ódio, a saber: a) a existência de um genuíno sentimento de ódio expressada através da raiva e que não consista em mera antipatia ou preconceito; b) se tratar de efetiva defesa do ódio, com o objetivo de desperta-lo em outras pessoas; e c) ser o discurso capaz de incitar e originar, efetivamente, uma ação discriminante ou violenta.

Para uma melhor compreensão a respeito do discurso do ódio, se faz necessária uma breve análise do significado de preconceito, discriminação e racismo. Geralmente, o preconceito é o mais notável precursor do discurso do ódio. Neste contexto, o preconceito pode ser definido como “uma opinião equivocada que é considerada por determinadas pessoas como verdadeira”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 104). O perigo do preconceito está no fato deste ser uma construção introspectiva, decorrente de um processo equivocado de elaboração do pensamento e que é continuamente reforçado por crenças e sentimentos. Em sua essência, o preconceito descarta a razão e se fundamenta na ignorância. Nas palavras da autora:

A divulgação dessa ideia falsa depende para sua propagação de que as pessoas contenham crenças ou sentimentos que confirmam essa ideia. É necessária uma identidade entre as ideias divulgadas e as crenças e valores cultivados por essas pessoas. Pode ser ainda que essas ideias sejam adotadas porque de alguma forma atendam a algum interesse individual, daí é que nasce o preconceito. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 104).

Por esta razão, “o preconceito encontra melhor campo de atuação naquelas pessoas que já apresentam uma predisposição para aceita-las”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 105). Em consequência da internalização prévia do sentimento, torna-se mais difícil a sua eliminação. Não obstante estas considerações, ideias equivocadas sempre poderão ser refutadas por meio do diálogo e do esclarecimento. A punição e a proibição de determinada

conduta não raras as vezes se mostra ineficaz em seu objetivo, pois inexiste uma ação direcionada à solução da origem do problema. Neste sentido, a autora informa que,

O preconceito nasce da ignorância, da falta de informações e do temor em relação ao desconhecido, nesse sentido, somente proibi-lo não parece ser a solução mais eficaz. É necessário combater suas causas, suas origens e tal desiderato só é alcançável por meio da educação, da divulgação de informações que visam a desacreditar esses dados falsos. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 105).

A discriminação, por sua vez, é produto do preconceito de grupo, que se manifesta mais comumente através do preconceito de classe e do preconceito nacional. Verifica-se, aqui, a existência de ideias generalizadas (estereótipos) a respeito de determinado grupo, a exemplo de pobres, negros, homossexuais, mulheres, judeus etc. (MEYER-PFLUG, 2009). A discriminação constitui um mal social ainda mais grave do que o mero preconceito, pois o coloca em prática ao trazer para o mundo dos fatos o que estava até então somente no mundo das ideias, havendo efetiva restrição ou inviabilização de direitos dos indivíduos que a sofrem.

Nas palavras de Meyer-Pflug (2009, p. 111),

[...] está-se diante de uma situação de discriminação quando um determinado grupo, segundo critérios adotados naquela sociedade, deve receber um determinado tratamento isonômico e não o obtém, porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus a esse tratamento.

Baseia-se em um critério de valor equivocado e estritamente subjetivo que predispõe a existência de uma superioridade de uma característica de grupo sobre outra que seja diferente.

O racismo, por fim, “é atribuição de um valor negativo a um determinado segmento social, se valendo para tanto de características comuns existentes entre eles, que possa ser um traço identificador e como tal mereça um tratamento desigual”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 113). Baseia-se na ideia de que todos os indivíduos pertencentes a determinado grupo étnico são, de alguma forma, inferiores. Utiliza-se das diferenças naturalmente existentes para justificar a necessidade de tratamentos desiguais conforme a conveniência do grupo dominante.

Destaque-se que o conceito de grupo dominante não necessariamente se coaduna com o conceito de grupo majoritário. Em questões sociais e políticas, prevalecem as escolhas de quem detém meios de exercer o seu poder. Isso explica porque os negros e as mulheres, apesar de serem maioria na sociedade brasileira, ainda são alvo de preconceito e discriminação. Vislumbra-se o racismo quando da discriminação de negros ou judeus, pois resta baseada em características pertencentes à etnia afrodescendente ou judaica, respectivamente.

A polêmica em torno do discurso do ódio se dá, principalmente, em face da existência de um conflito com valores já adequados ao seio de uma determinada sociedade. Discursos que se adequam ao que é socialmente aceito ou legalmente incentivado não se apresentam como um risco a valores estatais ou sociais. A liberdade de expressão precisa ser garantida especialmente em contextos, situações ou épocas de inadequações do discurso, pois são nestas circunstâncias em que o seu real significado e valorização são postos à prova.

Neste sentido, Meyer-Pflug (2009, p. 98-99) atenta para o fato de que apesar de a manifestação de ideias odiosas contra um determinado grupo social possa ser imediatamente encarada como um atentado à dignidade da pessoa humana, já que “um discurso que utiliza expressões de ódio tende, necessariamente, a diminuir a dignidade das pessoas, sua autoestima, resultando às vezes na impossibilidade deles virem a participar de determinadas atividades e até mesmo do debate público”, é preciso muito cuidado quando da imposição de limites à divulgação de ideias, pois,

O discurso do ódio pode vir a apelar para os sentimentos de cada indivíduo e até resultar em determinadas ações, mas ainda assim, são apenas palavras, está no mundo das ideias. Na maioria dos sistemas constitucionais, tecer ideologias não constitui crime, posto que as Constituições garantem a liberdade de consciência e de ideologia. Há uma ênfase no valor da tolerância, que consiste em admitir que ideias e opiniões contrárias possam conviver pacificamente. No entanto, alguns sistemas jurídicos criminalizam o discurso do ódio, como o alemão e o francês, por entender que apesar de ele não levar necessariamente ao cometimento de uma ação ilegal, de uma ação racista ou xenófoba, pode levar a uma preparação ou predisposição a que elas venham a se consumar. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 98-99).

Portanto, a política adotada por países democráticos em relação ao discurso do ódio pode se basear na tolerância⁵ – que permite uma maior exposição de ideias e fornece

⁵ Segundo dispõe o art. 1º da Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em sua 28ª reunião em 1995, “1.1. A tolerância é o respeito, a aceitação e a apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz. 1.2 A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais. A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado. 1.3 A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito. Implica a rejeição do dogmatismo e do absolutismo e fortalece as normas enunciadas nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. 1.4 Em consonância ao respeito dos direitos humanos, praticar a tolerância não significa tolerar a injustiça social, nem renunciar às próprias convicções, nem fazer concessões a respeito. A prática da tolerância significa que toda pessoa tem a livre escolha de suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade. Significa aceitar o fato de que os seres humanos, que se caracterizam naturalmente pela diversidade de seu aspecto físico, de sua situação, de seu modo de expressar-se, de seus comportamentos e de seus valores, têm o direito de viver em paz e de ser tais como são. Significa também que ninguém deve impor suas opiniões a outrem”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, não paginado).

condições para o estabelecimento do debate – sem presumir que um determinado discurso possa, a princípio, originar o cometimento de ações ilegais ou vir a levar a uma preparação ou predisposição para a sua consumação; ou se basear na presunção de que o discurso do ódio sempre trará, de algum modo, instabilidade democrática e social, justificando-se, dessa forma, a necessidade de sua criminalização.

2.2 Limites à liberdade de expressão

Constatar-se-á mais adiante que o Brasil não possui legislação que regule, especificamente, o discurso do ódio, restringindo-se à criminalização do racismo. O sistema jurídico brasileiro proporciona uma ampla proteção a direitos e garantias individuais comumente alvos dos supracitados discursos, de modo que é possível presumir que a intenção do constituinte era desvincular o Estado do incentivo a atos que possam entrar em conflito com direitos e garantias fundamentais constitucionalmente garantidos.

No entanto, a liberdade de expressão e pensamento é princípio fundamental que tradicionalmente vem sendo mitigado e ponderado pelos tribunais brasileiros quando em conflito com outros princípios fundamentais não raras as vezes considerados como de maior relevância social, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade. Por este motivo, é preciso atentar para a necessidade da garantia de um Estado verdadeiramente livre e tolerante que preze pela individualidade de cada indivíduo, promova o debate público e proporcione a pluralidade de ideias.

É preciso definir o ponto exato em que o discurso do ódio, expresso em palavras, símbolos ou atos não violentos – a exemplo de uma passeata – efetivamente coloca em risco a garantia dos direitos humanos ou a própria organização social. Segundo Mill (2016, p. 115), “à individualidade deve caber a parte da vida que tem como principal interessado o indivíduo; enquanto que à sociedade cabe a parte na qual ela é a principal interessada”.

Embora o autor negue a ideia da existência de um contrato social, este admite que “aquele que recebe proteção da sociedade deve retribuição pelo benefício”. Acrescenta, ainda, que “o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada qual se obrigue a observar determinada linha de conduta em relação aos demais, que consiste em não lesionar os direitos do outro ou, quando da ocorrência de lesões, na atribuição da devida responsabilização” (MILL, 2016, p. 115).

Portanto, resta esclarecer em que oportunidades a sociedade seria a principal interessada na repercussão do exercício da liberdade. Este esclarecimento é de essencial

importância, pois, ao limitar-se o grau de interferência do Estado e da sociedade sobre o indivíduo, possibilita-se a preservação das individualidades, que, por sua vez, possuem um papel fundamental na viabilização do progresso pessoal e, por consequência, social. Assumindo a possibilidade e partindo do pressuposto de que o estágio de avanço final da sociedade ainda não fora alcançado, é necessário que o terreno para o desenvolvimento de novas e reforço de atuais teorias e abordagens continue fértil. A liberdade é o adubo que concede as condições para a germinação de novas ideias e o permanente florescer das ideias já postas.

O ativismo estatal em desfavor de uma determinada corrente ideológica, especialmente por meio de sanções penais, constitui característica típica de governos autoritários, onde a supressão do direito básico da liberdade é condição *sine qua non* para a sua manutenção. Também é necessário atentar para a necessidade do exercício da tolerância por parte da sociedade, que, por meio dos costumes⁶, conveniências ou simples acomodação, acaba por sufocar vestígios de individualidades e estabelece o padrão daquilo que é socialmente adequado, confortável. Toda forma de tirania – inclusive a da maioria – deve ser combatida, pois maléfica para o desenvolvimento intelectual e social. Nas palavras de Mill (2016, p. 16),

A sociedade pode executar e de fato executa suas próprias ordens; e se emite ordens erradas em vez de certas, ou se emite alguma ordem qualquer em coisas nas quais não deveria intervir, ela pratica uma tirania social mais assustadora do que muitas espécies de opressão política, visto que, embora usualmente não se ampare em penas tão extremas como são as da lei, deixa menos escapatória, penetrando muito mais profundamente nos detalhes da vida e escravizando a própria alma.

Por esta razão, considera o autor que não basta a proteção contra a tirania de quem detém o poder de governo, sendo necessária, também, proteções contra a tirania da opinião e dos sentimentos dominantes. É preciso resistir à tendência da sociedade de impor as suas regras de conduta, principalmente quando tal imposição se apoia em sanções penais para garantir uma aparente adequação e padronização de ideias e comportamentos, uma vez que “existe um limite à legítima interferência da opinião coletiva na independência individual; e, para a boa condição dos assuntos humanos, tão indispensável quanto a proteção contra o

⁶ Nas palavras de Mill (2016, p. 17): “o costume tem como efeito anular qualquer receio sobre as regras de conduta que a humanidade impõe a si mesma, e esse efeito é tanto mais cabal por se tratar de um assunto sobre o qual geralmente não se considera necessário apresentar razões, seja aos outros, seja a si mesmo. As pessoas estão acostumadas a crer – e nessa crença têm sido encorajadas por alguns que aspiram ao nome de filósofos – que seus sentimentos sobre assuntos de tal natureza são melhores que as razões e as tornam supérfluas. O princípio prático que guia uma pessoa em suas opiniões sobre a regulação da conduta humana é seu sentimento de que todos deveriam agir como ela gostaria – e como gostariam as pessoas com as quais tem afinidade – que agissem.”

despotismo político é situar esse limite e defendê-lo contra tais invasões”. (MILL, 2016, p. 16).

A sociedade é plural por natureza.⁷ E é justamente os conflitos decorrentes do pluralismo de ideias que permitem a sua constante evolução. Cercear a liberdade de expressão de forma arbitrária e irresponsável constitui uma tentativa de padronizar pensamentos e reflexões, atitude que deve ser repudiada no seio de uma sociedade livre e democrática. Como bem destaca Mill (2016, p. 27), “a humanidade ganha mais aceitando que cada um viva como bem lhe parecer do que obrigando-o a viver como bem parecer aos outros”.

Segundo Rawls (2002, p. 231-233), “a liberdade de consciência⁸ só deve ser limitada quando há suposições razoáveis de que não fazê-lo prejudicará a ordem pública que o governo deve manter”, de modo que “a limitação da liberdade só se justifica quando for necessária para a própria liberdade, para impedir uma incursão contra a liberdade que seria ainda pior”. Nas palavras de Andrade (2017, p. 212), “quando a negação da liberdade é justificada apelando-se para a ordem pública determinada pelo senso comum, é sempre possível insistir que os limites foram estabelecidos incorretamente, que a experiência de fato não justifica a restrição”.

Em meio à natural diversidade existente em uma sociedade, prudente seria que o Estado adotasse uma posição neutra em relação ao conteúdo dos discursos. Neste sentido, Bento (2016, p. 103-104) alerta para a necessidade de se observar o princípio da neutralidade de regulação. Segundo o autor, “um discurso só deve ser proibido na medida em que representa um perigo para outras pessoas”. É dizer que “um discurso deve ser proibido não pelo conteúdo em si, mas pelas suas consequências”. Partindo deste pressuposto, o autor elenca alguns requisitos que devem ser observados quando da análise da necessidade de adequar o discurso do ódio como um crime:

Como tal, a manifestação do ódio não deve ser um crime por si, mas somente quando o seu autor pretende provocar reações violentas no público. Além disso, a caracterização do discurso de ódio deve levar em conta o contexto, relacionado, principalmente, aos seguintes aspectos: a) até que ponto a mensagem em questão alcançou uma audiência relevante; b) se a mensagem de ódio foi recebida favoravelmente por parte significativa da opinião pública, ou se essa a rechaçou, caso em que a intervenção pública seria desnecessária; c) a probabilidade de que atos de violência e/ou discriminação se sigam a esse discurso, lembrando que, em

⁷ Nas palavras de Rawls (2000, p. IX): “Uma sociedade democrática moderna se caracteriza por uma pluralidade de doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas e morais. Nenhuma dessas doutrinas é adotada pelos cidadãos em seu conjunto. E não se deve esperar que isso aconteça num futuro previsível”.

⁸ A liberdade de consciência “é a liberdade de foro íntimo do ser humano, que impede alguém de submeter outrem a seus próprios pensamentos. Cada qual segue a diretriz de vida que lhe for conveniente, desde que não cometa ilícitudes. A liberdade de consciência é o pressuposto para o exercício das demais liberdades do pensamento. Sem ela, as liberdades de religião (crença e culto) e de convicção político-filosófica não se concretizam”. (BULOS, 2012, p. 572).

face do princípio da neutralidade da regulação, a intervenção estatal somente se justifica em face de um risco sério e iminente. (BENTO, 2016, p. 104).

Por mais que uma determinada ideia ou código de conduta sejam aceitos e reverenciados pela maioria das pessoas, imperioso reconhecer a possibilidade de sua falibilidade.⁹ Tal exercício justifica-se na garantia de que até mesmo as opiniões tidas como corretas, verdadeiras ou ideais jamais terão a legitimidade de censurar opiniões divergentes através da força. Segundo Mill (2016, p. 36-37), “existe uma imensa diferença entre presumir que uma opinião é verdadeira, pois, havendo todas as oportunidades para contestá-la, ela não foi refutada, e supor que é verdadeira com o propósito de não permitir que seja refutada”, pois

[...] a completa liberdade de contradizer e invalidar nossa opinião é a própria condição que nos justifica supor que ela é verdadeira para as finalidades da ação; e esses são os únicos termos em que um ser dotado de faculdades humanas pode ter alguma segurança racional de estar certo. (MILL, 2016, p. 36-37).

Mill (2016, p. 37) considera que “as opiniões e práticas erradas se rendem gradualmente ao fato e ao argumento”. Entretanto, é necessário que tais fatos e argumentos sejam apresentados à mente para que seja possível uma efetiva correção em relação a ideias e opiniões revestidas de crenças e sentimentos. Segundo o autor,

O hábito constante de corrigir e complementar a própria opinião cotejando-a com as alheias, longe de despertar dúvidas e hesitações no momento de colocá-la em prática, é o único fundamento estável para se depositar nela uma justa confiança: pois, estando a pessoa ciente de tudo o que pode ser dito contra ela, pelo menos obviamente, e tendo defendido sua posição contra todos os objetores – sabendo que, em vez de evitar, procurou objeções e dificuldades e não excluiu qualquer luz que pudesse ser lançada sobre o assunto de qualquer ângulo -, ela tem direito de pensar que seu julgamento é melhor do que o de qualquer outra pessoa ou multidão que não tenha passado por processo semelhante. (MILL, 2016, p. 38).

O debate deve ser fomentado pelo Estado, assim como é mais conveniente que todos os tipos de ideias e discursos, independentemente de seu conteúdo, sejam colocados à disposição do intelecto de cada indivíduo por meio do debate público livre e aberto. Como já exposto, existem e devem existir limites à liberdade de expressão, desde que invocados com responsabilidade e direcionados a proteger outras pessoas de forma clara e efetiva. Neste sentido, Mill (2016, p. 22-23) expõe que:

[...] o único fim pelo qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer um de seus integrantes é a autodefesa. Pois o único propósito para o qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos aos outros. Seu próprio bem, físico ou moral, não é justificativa suficiente. O indivíduo não pode ser legitimamente obrigado a fazer ou deixar de

⁹ Mill (2016, p. 39-40) afirma que: “é estranho que imaginem não estarem presumindo infalibilidade, quando reconhecem que deve haver o livre debate sobre todos os assuntos que possam ser *duvidosos*, mas pensam que alguma doutrina ou princípio particular deveria ficar imune a questionamentos porque é *certo*, isto é, porque eles *têm certeza* de que é certo. Dizer que uma proposição é certa, enquanto há alguém que, se lhe fosse permitido, negaria sua certeza, é presumir que nós mesmos, e aqueles que concordam conosco, somos os juízes da certeza, e juízes sem ouvir o outro lado.”

fazer alguma coisa porque assim seria melhor para ele, porque o faria mais feliz, porque tal coisa seria, na opinião dos outros, sensato ou mesmo correto. Essas são boas razões para admoesta-lo, para argumentar com ele, para persuadi-lo, para pedir-lhe, mas não para obriga-lo nem para lhe infligir qualquer mal caso aja de outra maneira.

Ao analisar a jurisprudência adotada pela Corte Interamericana no tocante à limitação da liberdade de expressão, Bento (2016, p. 104-105) informa que

[...] qualquer restrição à liberdade de expressão deve satisfazer requisitos exigentes: a) previsão legal; b) finalidade legítima e adequação; c) necessidade; e d) proporcionalidade. Tais condições de legitimidade aplicam-se tanto à legislação quanto aos atos administrativos e decisões judiciais.

Quando do trato sobre a distinção entre declarar fatos e emitir opiniões a respeito de determinado grupo ou pessoa, o autor também invoca o entendimento pela não existência de discursos ou opiniões infalíveis. Por mais incômodo que possa ser, forçoso é reconhecer a presunção em considerar determinada ideia ou opinião como “correta” em detrimento de outra considerada “errada”. Em suas palavras,

[...] as declarações de opinião, por não envolverem alegações de fatos, não podem ser provadas como verdadeiras ou falsas, e a lei não deve decidir quais opiniões são corretas e quais não são, devendo permitir que os cidadãos decidam por si mesmos. ‘Há, certamente, o risco de que algumas pessoas usem a imunidade que a lei lhes proporciona para expressar opiniões que muitas pessoas considerariam um insulto. No entanto, esse risco é minúsculo em comparação com o perigo de permitir que as autoridades determinem quais opiniões são aceitáveis e quais não são’. (BENTO, 2016, p. 108).

Poder-se-ia argumentar que a liberdade de consciência e pensamento se encontra em uma esfera diferente da liberdade de expressão, de modo que a ideia, enquanto somente na mente das pessoas, não teria oportunidade ou poder para violar direitos de terceiros. Tal interpretação busca eliminar o problema através da negação de sua existência. Ocorre que a liberdade do indivíduo para externar o pensamento, assumindo o papel de interlocutor, é intrinsecamente dependente e complementar ao pleno exercício da liberdade de consciência e pensamento.¹⁰ Bueno (1958, p. 385) entende que o homem possui “a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações”. Ao seu ver, a vedação à liberdade de expressão seria impossível, pois implicaria na dissolução e proibição da própria sociedade. Nas palavras de Meyer-Pflug (2009, p. 102-103):

É forçoso concluir, num primeiro momento, que não há uma única solução, uma regra fundamentada capaz de solucionar o conflito existente entre a liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação ao racismo. No discurso do ódio é colocada em teste a capacidade da liberdade de expressão

¹⁰ Afirma Mill (2016, p. 26): “Talvez pareça que a liberdade de expressão e manifestação pública das opiniões recaí sob outro princípio, visto que pertence àquela parte da conduta de um indivíduo que se refere a outras pessoas; mas, sendo ela quase tão importante quanto a própria liberdade de pensamento e se baseando em grande parte nas mesmas razões, na prática ambas são inseparáveis”.

prevalecer em face dos demais princípios, ou melhor, dos ‘contravalores’. Há, primeiramente, que se fazer uma distinção nítida entre o fato de não gostar ou discordar de uma ideia e censurá-la ou negar a sua manifestação. São coisas absolutamente diferentes. A liberdade de expressão permite a todo indivíduo contestar e discordar da opinião e das ideias em voga, mas negar o direito delas se manifestarem é censura. A princípio não se pode admitir que o agravo a terceiros ou a difamação justifiquem a proibição da liberdade de expressão como regra geral, pois o próprio ordenamento jurídico pátrio prevê instrumentos necessários para coibir e reparar tais situações, como o direito de resposta, os crimes de calúnia, difamação e injúria (esfera penal) e a reparação por danos materiais e morais (esfera civil). É necessário analisar cada caso isoladamente, não se pode criar uma regra geral aplicável para todas as situações, pois se trata de um conflito de direitos fundamentais, que deve ser solucionado com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Mesmo um interlocutor transgressor dos valores do Estado e da sociedade não necessariamente possui a intenção ou os meios necessários para colocar as suas ideias em prática. Uma vez possível uma ampla garantia à liberdade de expressão, a irracionalidade e a inadequação social de um discurso racista, por exemplo, poderão vir a ser constatadas pela sociedade após o estabelecimento do debate. A reflexão e a constatação a respeito da necessidade da garantia de direitos fundamentais ficam ainda mais evidentes quando discursos opostos são colocados em conflito, consistindo em um meio muito mais eficiente de controle do que a supressão de discursos considerados subversivos da ordem e do bem-estar social.

De outra linha, ao conceder a liberdade necessária para que um interlocutor transgressor dos valores da sociedade possa expor as suas opiniões, garante-se a possibilidade desta ideia ou opinião, efetivamente, vir a ser extirpada de seu imaginário, caso não se sustente quando posta em debate. A censura caracteriza-se como uma aparente, porém ineficaz solução a problemas relacionados à expressão de discursos do ódio, pois mais importante do que extinguir a exteriorização de um discurso notadamente transgressor dos valores sociais, é extinguir a sua crença, e, para isso, necessário se faz a abertura do debate. Quanto à existência de censuras e a conseqüente reticência dos denominados heréticos em externar o seu pensamento, Mill (2016, p. 55-58) alerta para o fato de que:

[...] em decorrência disso, nunca há qualquer discussão séria e profunda das opiniões heréticas, e que aquelas que não conseguiriam resistir a tal discussão não deixam de existir, mesmo que impedidas de se difundir. Mas não é a mente dos heréticos que mais se deteriora com o veto imposto a qualquer investigação que não resulte nas conclusões ortodoxas. O maior dano resultante recai sobre os que não são heréticos e cujo desenvolvimento mental como um todo é tolhido e cuja razão é intimidada pelo medo da heresia [...] Por menos que uma pessoa de opinião forte se disponha a aceitar a possibilidade de que sua opinião talvez seja falsa, há de movê-la a consideração de que, por verdadeira que sua opinião possa ser, se não for discutida integralmente, com constância e destemor, ela será sustentada não como uma verdade viva e sim como um dogma morto.

Destaca-se a importância do debate como reforço aos ideais já adotados pela sociedade, pois a assimilação e reflexão se mostram muito mais eficientes do que a mera

reprodução de comportamentos e costumes já incorporados. A mera reprodução de um comportamento expõe somente a superfície de seu significado, enquanto que a sua reflexão e internalização trazem à tona toda a sua significância. A exposição de discursos transgressores pode se mostrar muito mais eficiente à garantia de uma sociedade democrática e tolerante do que a sua censura. Nas palavras de Mill (2016, p. 82),

Primeiro, se alguma opinião é obrigada ao silêncio, essa opinião, até onde podemos saber com certeza, pode ser verdadeira. Negá-lo é supor infalibilidade nossa. Segundo, mesmo que seja errada, a opinião silenciada pode conter e muitas vezes contém uma parcela de verdade; e, como a opinião geral ou dominante sobre qualquer assunto raramente ou nunca é a verdade completa, é apenas pelo choque de opiniões contrárias que o restante da verdade tem alguma chance de aparecer. Terceiro, mesmo que seja não só verdadeira, mas corresponda a toda a verdade, a opinião vigente será mantida à maneira de um preconceito, pouco se sentido ou se compreendendo de seus fundamentos racionais, a menos que aceite ser e realmente seja objeto de séria e enérgica contestação. E não só isso, mas, em quarto lugar, o próprio significado da doutrina correrá o risco de desaparecer ou se enfraquecer e de perder seu efeito vital sobre o caráter e a conduta, tornando-se o dogma uma mera profissão de fé formal, totalmente estéril, porém entulhando o terreno e impedindo que da razão ou da experiência pessoal nasça e cresça qualquer convicção real e sincera.

Mais importante do que não reproduzir discursos de ódio é entender porque tal atitude é entendida como errada pelo Estado e pela sociedade. E não há outra saída para o alcance deste estágio se não a da informação e do livre debate. Para Mill (2016, p. 63), “à ausência de debate, esquecem-se não só os fundamentos da opinião, mas muitas vezes até o seu próprio significado” na medida em que “em vez de uma concepção vívida e de uma crença viva, restam apenas algumas expressões conservadas por hábito; ou, se resta alguma coisa do significado, é apenas sua casca vazia, tendo-se perdido a essência mais pura”.

Atente-se para a importância da experiência quando da assimilação de ideias e opiniões. Fato é que a vivência ou o conhecimento do efeito prático de uma ideia elucidada, sobremaneira, a mente das pessoas e é, por vezes, a única maneira de abstrair o seu pleno significado. Entretanto, mesmo nos casos em que seja inviável o exercício da experiência, o pleno significado de uma ideia pode ser entendido em maior proporção caso os indivíduos estivessem dispostos a debater, tendo contato com argumentos contrários ou favoráveis à sua posição (MILL, 2016, p. 69).

Ante o exposto, conclui-se que a imposição de limites à liberdade de expressão envolve uma série de nuances de caráter objetivo (quando se exige um risco claro e efetivo de instabilidade social) e também subjetivo (quando se entende que o debate é a melhor saída para a solução de conflitos sociais decorrentes da liberdade de expressão). Percebe-se, da análise dos ensinamentos de Mill (2016), que o autor opta por uma visão

utilitarista do debate na medida em que, ao seu entender, a expressão de ideias, sejam falsas ou verdadeiras, de algum modo será útil para o desenvolvimento social, seja para fortalecer uma ideia já posta ou para buscar e adotar novas ideias que se mostrem mais adequadas ao contexto social da época e do local.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, a liberdade de expressão é direito fundamental que vem sendo garantido desde as primeiras experiências constitucionais com a Carta Imperial de 1824. Apesar de alguns percalços pelo caminho, notadamente em épocas de regimes totalitários, a liberdade de expressão recuperou, em 1988, o seu status como um dos princípios basilares da República Federativa do Brasil. Tendo em vista a polêmica em torno da proibição da publicação do livro “Minha luta”, de Adolf Hitler, no Brasil, fundamental analisar a evolução deste tão importante princípio dentro do sistema jurídico brasileiro, assim como os meios de análise da jurisprudência a respeito do tema.

3.1 A evolução da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro

3.1.1 Constituição de 1824

Apesar de a Carta Imperial outorgada por D. Pedro I, em 1824, prever a existência de um poder moderador e ser substancialmente centralizadora, identifica-se, em seu art. 179, a garantia da “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade” (BRASIL, 1824, não paginado).

Em seu inciso IV, assegurava-se a liberdade de expressão nos termos em que todos poderiam “comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar” (BRASIL, 1824, não paginado).

Por fim, em seu inciso V, assegurava-se a liberdade de religião, no sentido de que “ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública” (BRASIL, 1824, não paginado). Desta feita, observa-se que a liberdade de expressão não se constituía em um direito absoluto, podendo o emissor ser responsabilizado por abusos cometidos durante o seu exercício.

3.1.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana brasileira, garantia a liberdade de expressão em seu art. 72, §12, ao dispor que “em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato” (BRASIL, 1891, não paginado).

O §28 garantia, com ressalvas, a liberdade de religião nos seguintes termos: “por motivo de crença ou função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico” (BRASIL, 1891, não paginado). Como se observa, a Constituição de 1891 inova ao incluir a vedação ao anonimato, que permanece até os dias atuais como uma restrição à liberdade de expressão. No que se refere à garantia da liberdade de religião, interessante notar o fato de que a objeção de consciência não era tolerada pelo Estado.

Como reforço a esse posicionamento, o §29 do mesmo dispositivo acrescenta que “os que alegaram motivo de crença religiosa com o fim de isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecorações ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos” (BRASIL, 1891, não paginado).

3.1.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934 garantia a liberdade de expressão em seu art. 113, itens 4, 5 e 9. Dispunha o seu item 4 que, “Por motivo de convicções filosóficas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos salvo o caso do art. 111, letra *b*”. Em seu item 5, havia a disposição no sentido de que “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham a ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil” (BRASIL, 1934, não paginado).

Por fim, o seu item 9 preconizava que

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada

propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social. (BRASIL, 1934, não paginado).

Como se observa, a Constituição de 1934 também garantia a liberdade de consciência, pensamento e religião. Entretanto, existiam limitações no que tange à censura de espetáculos e diversões públicas e à propaganda de guerra com vistas a subverter a ordem política ou social. Vedava-se a censura e o anonimato e garantia-se o direito de resposta.

3.1.4 Constituição de 1937

A Constituição de 1937, batizada de “Constituição Polaca” devido à forte influência da Constituição polonesa em sua elaboração, possibilitou maior centralização do poder nas mãos do Executivo, diminuindo a influência dos demais poderes dentro do sistema constitucional.

Trazia disposições a respeito da liberdade de expressão em seu art. 122, itens 4º e 15. No item 4º estava previsto que “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”. O item 15 dispunha que “Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou imagens, mediante as condições e limites prescritos em lei” (BRASIL, 1937, não paginado).

Em seguida, são listados uma série de permissivos constitucionais quanto às limitações que poderiam ser prescritas pela lei infraconstitucional, a exemplo da censura prévia da imprensa, do teatro, do cinema e do rádio, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; de medidas tendentes a impedir manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; e de providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa também sofrera severas restrições, principalmente a partir da criação do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). Como se observa, a Constituição de 1937 configurou-se como um verdadeiro retrocesso democrático, suprimindo direitos já garantidos em ordenamentos pretéritos. Como bem destaca Meyer-Pflug (2009, p. 61), a Constituição de 1937:

Foi o primeiro Texto Constitucional a expressamente permitir a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinema e da radiofusão com a finalidade de garantir a paz. A liberdade de imprensa também sofreu sérias restrições e foi reforçada a sua função

pública, a impossibilidade de se recusar a veicular comunicados de governo, bem como a responsabilidade por eventuais abusos resultariam em pena de prisão.

Observa-se que a Constituição de 1937 garantia a liberdade de expressão e pensamento em um aspecto meramente formal e aparente. A extensa lista de permissivos constitucionais de limitação ao seu exercício acabaram por, na prática, retirar toda a plenitude e significado deste tão importante princípio. Ademais, interessante notar que a supressão da liberdade de expressão sempre está intimamente relacionada com a existência de governos antidemocráticos.

3.1.5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946, que possuía um viés redemocratizador, garantia a liberdade de expressão e pensamento em seus arts. 141, §§ 5º, 7º e 8º e 173, caput. Em seu art. 141, § 5º, dispunha-se que

É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e nada forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL, 1946, não paginado).

O § 7º preceituava que, “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício de cultos religiosos, salvo o dos que contrariarem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil” (BRASIL, 1946, não paginado).

O § 8º trazia em seu escopo que,

Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo, ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ao recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência. (BRASIL, 1946, não paginado).

Por fim, o art. 173, caput, preconizava que “As ciências, as letras e as artes são livres” (BRASIL, 1946, não paginado).

Em resumo, a Constituição de 1946 retoma os direcionamentos das Constituições anteriores a 1937, resgatando valores democráticos e repudiando-se a censura. Também é importante notar que, pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, temos, de maneira expressa, a proibição de propagandas que promovessem preconceitos de raça ou de classe.

Todavia, também fora durante a égide da Constituição de 1946 que, em 1964, a Ditadura Militar fora instaurada, iniciando-se o período mais negro da história da república brasileira no que concerne às garantias e direitos fundamentais. Exemplo disso é que, já em 1965, com a edição do Ato Institucional nº 2, restringiu-se sobremaneira os direitos políticos e liberdades individuais dos cidadãos (BRASIL, 1965).

Em seu art. 15, estava disposta a possibilidade de o Presidente da República ignorar os limites previstos na Constituição no intuito de “preservar e consolidar a Revolução”. Com base neste dispositivo, qualquer cidadão poderia ter suspenso os seus direitos políticos pelo prazo de dez anos. Em seu art. 16, III, proibia-se a atividade ou manifestação sobre assuntos de natureza política (BRASIL, 1965, não paginado). Mais uma vez, a instituição de um Estado totalitário tem por uma de suas principais características a supressão das liberdades dos indivíduos.

3.1.6 Constituição de 1967

A Constituição de 1967, formalmente promulgada¹¹ durante o período da Ditadura Militar, garantia aparente liberdade de expressão e pensamento em seu art. 150, §§ 5º, 6º e 8º. O § 5º preconizava que, “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício de cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” (BRASIL, 1967a, não paginado). Em seu § 6º lia-se que,

Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência. (BRASIL, 1967a, não paginado).

O § 8º determinava que “É livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”. Assegurava, também, o direito de resposta. Não exigia licença da autoridade quando da publicação de livros, jornais ou periódicos. Por fim, dispunha que não seriam tolerados “a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de

¹¹ Nas palavras de Mello Filho (1986, p. 11-12): “o Congresso Nacional, que deliberou sobre referido projeto, não mais se apresentava como órgão revestido de legitimidade política, especialmente para esse efeito, tantas e tais graves ofensas, bem como a arbitrária violência, que sofrera por parte do comando revolucionário. Além disso, ao Congresso foi imposto prazo exíguo (quarenta e dois dias) para o desempenho de suas funções constituintes. É oportuno, aqui, registrar que ao Congresso também não foi reconhecida a faculdade de substituir o projeto do Executivo por outro, de autoria dos próprios parlamentares”.

religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” (BRASIL, 1967a, não paginado).

Importante anotar que fora durante a vigência da Constituição de 1967 que ocorrera a edição do Ato Institucional nº 5, que preconizava, em seu art. 5º, § 1º que, “O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativas ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados” (BRASIL, 1965, não paginado). Desta feita, as garantias e direitos fundamentais presentes na Constituição de 1967 tornavam-se letra morta. Concedia-se amplos poderes à União e ao Presidente da República na mesma medida em que se desprestigiava as funções legislativas e judiciais.

Restringia-se a liberdade de expressão e pensamento e institucionaliza-se a censura a partir da edição da Lei nº 5.250/67, que regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação e disciplinava a censura prévia aos espetáculos e diversões públicas. Além disso, a supracitada norma trazia uma ampla exigência quanto à exposição dos emissores de opiniões e informações para que fosse possível eventual responsabilização penal e civil (BRASIL, 1967b).

Destaque para o art. 14, que cominava a pena de um a quatro anos de detenção para quem fizesse propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe; para o art. 17, que punia com detenção de três meses a um ano e multa de um a vinte salários mínimos da região quem ofendesse a moral pública e os bons costumes; e para o art. 20, § 3º, que cominava a pena de detenção de seis meses a três anos, e multa de um a vinte salários mínimos da região para o crime de calúnia, sem permitir a prova da verdade contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos (BRASIL, 1967b).

A Emenda Constitucional nº 1/69 tornou ainda mais rígido o sistema já estabelecido pela Constituição de 1967 (BRASIL, 1969a). Devido às profundas mudanças, existem doutrinadores que consideram que a Emenda Constitucional (EC) 69 foi, na prática, a outorga de uma nova Constituição.

Bulos (2012) destaca, como principais mudanças trazidas pela EC 69: a) a ampliação da Constituição de 1967 de 189 para 200 artigos; b) a ampliação da possibilidade de censura às publicações consideradas contrárias à moral e aos bons costumes; c) o aumento para cinco anos do mandato presidencial; d) as eleições indiretas para os governos estaduais; e) e a eliminação das imunidades parlamentares materiais e processuais.

Atente-se para a conveniente subjetividade e amplitude de termos como “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”. Como se observa, as normas constitucionais do contexto história do regime militar revestiam-se, tendo por base uma análise estritamente formal, de aparente sincronia com preceitos democráticos. Infelizmente, o que se observava na prática, especialmente devido à extensa margem interpretativa sobre quais expressões seriam contrárias à ordem social, à moral ou aos bons costumes, era uma latente violação do princípio da liberdade de expressão.

Cita-se o icônico caso do jornalista Vladimir Herzog, chefe do Departamento de Jornalismo da TV Cultura de São Paulo, encontrado morto nas dependências do Destacamento de Operações de Informação (DOI)/Centro de Operações de Defesa Interna (CODI)¹² no ano de 1975, com o cinto de seu macacão enrolado em seu pescoço. Naquele mesmo ano, Herzog havia sido preso sob a alegação de que era militante do Partido Comunista Brasileiro que, à época, atuava na ilegalidade, um nítido exemplo de violação da liberdade de expressão e pensamento. Destaca-se que, apesar de Herzog ser militante do Partido Comunista Brasileiro (PCB), este nunca havia se envolvido em ações armadas. Apesar da versão oficial de que Herzog havia cometido suicídio, ficou evidente que o jornalista tinha sido torturado e morto pelo regime militar (BUENO, 2010). Em 2012, após os trabalhos realizados pela Comissão Nacional da Verdade, o registro de óbito de Vladimir Herzog foi retificado com a informação de que as causas da morte teriam sido lesões e maus-tratos (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2013).

3.1.7 Constituição de 1988

Após o trauma do Regime Militar, a Constituição da República de 1988 preocupou-se em dar especial atenção às garantias e direitos individuais. Deste modo, a liberdade fora amplamente assegurada em seu texto sob os seus mais variados aspectos, entre eles a liberdade de expressão, de pensamento, de religião, de informação, de ensino etc. A liberdade passou a ter status de direito fundamental e, portanto, protegida pelo art. 60, §4º da Constituição Federal (CF). A partir deste momento, a liberdade e todos os demais direitos fundamentais não poderiam ser objeto de proposta de emenda tendente a aboli-los (BRASIL, 1988).

¹² ODOI/CODI foi um órgão subordinado ao Exército, de inteligência e repressão do governo brasileiro durante o regime militar.

Tamanha é a importância destinada à liberdade pelo texto constitucional que é possível identificar o esforço empreendido na sua garantia e proteção em diversos dispositivos. Em seu art. 3º, inciso I, a CF preceitua como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988).

Em seu art. 5º, *caput*, a Constituição da República traz garantias referentes à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Garante, ainda, em seus incisos, os direitos à livre manifestação do pensamento (IV); à inviolabilidade da liberdade de consciência (VI); à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (IX); à liberdade de profissão (XIII); à liberdade de informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (XIV); à liberdade de locomoção (XV); à liberdade de reunião (XVI); e à liberdade de associação (XVII). Por fim, preceitua que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (XLI) (BRASIL, 1988).

Em seu art. 206, II, é assegurada a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. No art. 220, *caput*, está expresso que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Em seu §1º, o supracitado dispositivo dispõe que, “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Por fim, o §2º traz em seu escopo que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 1988, não paginado).

Ao garantir-se as liberdades supracitadas, concede-se ao indivíduo o direito de escolha entre ter ou não uma opinião, manifestar ou não uma ideia, cultuar ou não uma religião¹³. Da mesma forma, o indivíduo é livre para selecionar e julgar quais informações lhe serão úteis, seja para a sua formação intelectual, social ou científica. A preocupação do texto constitucional é, primariamente, garantir que todos tenham acesso a informações e possam se

¹³ Meyer-Pflug (2009, p. 33-34) afirma: “As liberdades de expressão, reunião, informação, consciência, religião e de associação estão relacionadas com os direitos negativos, ou melhor, direitos de defesa (*Abwehrrechte*). No entanto, José Joaquim Gomes Canotilho identifica um traço característico dessas liberdades em relação aos demais direitos, qual seja, ‘a possibilidade de escolha de um comportamento’, sendo que “a componente negativa das liberdades constitui também uma dimensão fundamental”. Essa possibilidade de escolha se dá no âmbito da liberdade de expressão, por exemplo, no direito de ter ou não uma opinião, de manifestar ou não uma ideia”.

expressar em conformidade com as suas conclusões, preservando, desta forma, a autodeterminação.

3.2 A liberdade de expressão e consciência na Constituição de 1988

Tendo em vista o foco do presente estudo, é de suma importância destacar a forma como a Constituição da República de 1988 garante a liberdade de consciência, o direito à informação e a liberdade de ensino. A liberdade de consciência é assegurada pelo art. 5º, VI e VIII, da Constituição da República de 1988 nos seguintes termos: VI – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; 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” (BRASIL, 1988, não paginado).

Em um primeiro momento, tem-se a ideia de que a liberdade de consciência é amplamente garantida, inclusive com a previsão da escusa de consciência, presente no inciso VIII, que “consiste no direito de o indivíduo negar-se a prestar uma obrigação legal, desde que possa ferir sua convicção política ou sua crença religiosa, ou seja, suas crenças pessoais”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 40). A figura da escusa de consciência é um exemplo de tolerância e respeito pela liberdade de expressão e pensamento. Nestes casos, o indivíduo deve cumprir prestação alternativa àquela a todos imposta, por meio de lei. Somente incidirá penalidade caso também haja recusa em cumprir prestação alternativa. Respeita-se, desta maneira, o princípio da isonomia, ao mesmo tempo em que se garante o princípio da liberdade de expressão.

O direito à informação também é assegurado pela Constituição da República de 1988 em seu art. 5º, XIV, nos seguintes termos: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988, não paginado).

Deste modo, observa-se que a Constituição interpreta a liberdade de informação no sentido de todos os indivíduos terem acesso a qualquer notícia que os interessem. Interessante notar, também, a sua íntima relação com a liberdade de imprensa, uma vez que se protege a liberdade de informar e de ser informado. Apesar da ampla proteção destinada à liberdade de informação, esta não é absoluta, podendo os veículos de comunicação serem responsabilizados pela veiculação de falsas informações.

Neste ponto, é importante ter o cuidado para evitar o cometimento de censuras, principalmente quando os alvos de informações alegadamente falsas são políticos ou pessoas públicas em geral, naturalmente mais suscetíveis ao escrutínio público. É certo que o trabalho jornalístico-investigativo nem sempre possui os meios necessários para chegar a conclusões incontestáveis sobre determinada matéria. Tendo os Estados Unidos da América como paradigma, observa-se que o sistema americano confere mais liberdade à imprensa em comparação à brasileira, na medida em que pessoas públicas que venham a se sentir lesadas pela divulgação de informações alegadamente falsas a seu respeito é quem deve provar a sua falsidade (LEWIS, 2011). Não obstante, também é necessário que fique cabalmente demonstrado que o emissor da informação agira com dolo, consciente da falsidade da informação. Em síntese, é preciso que fique demonstrado que, dentro de um determinado contexto, não era aceitável que o emissor chegasse a uma conclusão que levasse a uma falsa informação, possibilitando a presunção da existência de dolo em prejudicar a honra ou a imagem do alvo.

No Brasil, esta ordem é invertida, de modo que o emissor é quem deve demonstrar a veracidade de suas informações, protegendo-se, primariamente, a honra e a imagem particular do indivíduo, independentemente de sua posição na sociedade e do interesse público em torno de um determinado fato. Tal limite ao direito à informação e à liberdade de imprensa constitui, não raras as vezes, em efetiva censura prévia, uma vez que o receio de desmedidas responsabilizações cíveis e criminais em decorrência de pretensas ofensas à honra dos indivíduos, principalmente através do enquadramento em crimes de injúria, difamação ou calúnia, além de condenações por danos morais, acabam por atrofiar os esforços depreendidos na investigação e divulgação de fatos considerados polêmicos. Nas palavras de Bento (2016, p. 106-107),

Um regime adequado de proteção da honra – que estabelece um equilíbrio entre a proteção da reputação dos indivíduos e da liberdade de expressão – deve ter como objetivo proteger as pessoas contra falsas declarações de fatos que causam danos à sua reputação. Em consonância com esse objetivo, a proteção da honra deve limitar seu escopo a declarações que apresentem as seguintes características: a) serem falsas; b) referirem-se a fatos, não a opiniões; c) causarem danos reais à reputação da vítima, e não apenas ferir seus sentimentos [...] Embora as leis sobre difamação sirvam a um propósito legítimo, na prática elas muitas vezes acabam dando origem a restrições desnecessárias e injustificadamente amplas à liberdade de expressão, que acabam desencorajando a expressão de pontos de vista, provocando um efeito de esfriamento (*chilling effect*) sobre o debate público e o exercício da crítica.

A liberdade de ensino é assegurada pelo art. 206, II, da Constituição da República de 1988, caracterizando-se como um dos princípios basilares da divulgação do saber, na medida em que deve ser garantida a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o

pensamento, a arte e o saber. Tal dispositivo constitucional tem como objetivo evitar o monopólio estatal frente às práticas utilizadas e teorias adotadas nas escolas, de modo a preservar a liberdade institucional de cada estabelecimento e profissional de cada professor.¹⁴ De igual modo, também é assegurada a liberdade dos pais em escolherem o estabelecimento de ensino que julgarem mais adequados às suas preferências. Nas palavras de Meyer-Pflug (2009, p. 47-48):

É assegurado igualmente o direito aos pais de que seus filhos sejam criados e educados segundo as suas convicções e seus valores, pois podem escolher as instituições de ensino que mais se assemelham aos seus valores. [...]. Pode-se dizer que liberdade de ensino é garantia da liberdade de expressão na transmissão do conhecimento. Implica direito da livre criação de estabelecimentos de ensino, de adoção de linhas ideológicas, da liberdade de cátedra e da autonomia universitária. Ela assegura a liberdade de os professores ministrarem suas aulas de acordo com as suas convicções e ideias, sem sofrerem restrições por parte do Estado, sem seguir um modelo previamente estabelecido, Em um Estado Democrático como o brasileiro deve-se considerar que a liberdade de ensino deve sempre levar em conta o ensino da tolerância e do multiculturalismo. [...]. De outra parte, a liberdade de ensino proíbe que o Estado venha a se opor à adoção de determinadas teorias científicas, como acontecia no passado, principalmente na época em que o Estado estava vinculado à Igreja.

O dever do Estado em ser neutro quanto à divulgação do saber implica sua abstenção na imposição de padrões de ensino. Desta feita, o Estado não poderia instituir uma rede de ensino exclusivamente baseada em preceitos e ideais religiosos; assim como não poderia coagir um indivíduo a não matricular o seu filho em uma destas instituições.

Após estas considerações, abordar-se-á o aparente conflito existente entre os dispositivos constitucionais do art. 5º, XLI e o art. 220, *caput*, e §2º da Constituição da República de 1988. Dispõe o art. 5º, XLI, que, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Em contrapartida, o art. 220, *caput*, traz em seu dispositivo que, “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Por fim, o §2º do mesmo dispositivo veda toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 1988, não paginado).

Partindo-se do pressuposto de que a mera disseminação de ideias e opiniões discriminantes não pode ser considerada, por si só e de forma generalizada, como atentatória

¹⁴ Varela (2002, p. 263-264) ensina que: “Em meio da diversidade imensa de opiniões, o governo, para não ser desacatado e favorecer a formação de uma legítima opinião pública, há de ser neutro, absolutamente neutro, restringindo-se seu papel a prevenir os conflitos possíveis e castigar os autores dos que não possam ser evitados, e a alguns poucos atos mais, alheios à atividade particular. Com que direito, por exemplo, intervir o governo no ensino, dando preferência a doutrinas que uma parte da sociedade aceita, mas outra repele, por insignificante que seja esta, visto que o modo de pensar de um só indivíduo é tão digno de respeito como o de cem ou mil?”.

dos direitos e liberdades fundamentais, é perfeitamente possível a coexistência dos dois dispositivos constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. É dizer que o pronunciamento de ideias discriminantes não necessariamente gera um imediato atentado aos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos que, porventura, sejam alvos do discurso.

Com base no art. 5º, XLI, fora criada, em 1989, a Lei nº 7.716/89, que define os crimes de racismo (BRASIL, 1989). A intenção do legislador era a de garantir, através da sanção penal, o respeito pelos valores e direitos recém-garantidos pela Constituição da República de 1988. Apesar da nobre intenção, o art. 20 do supracitado dispositivo merece especial atenção, notadamente por conflitar com garantias constitucionais concernentes à liberdade de expressão, atentando-se contra a neutralidade de opinião do Estado.

O art. 20 e §§ da Lei nº 7.716/89, que define os crimes de racismo, dispõem o seguinte:

Art. 20. 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.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (BRASIL, 1989, não paginado).

Em um primeiro momento, cabe analisar se os princípios relativos à liberdade, estabelecidos pela Constituição Federal, não foram violados quando da edição da supracitada lei. Como já exposto, não se discute a necessidade de imposição de restrições à liberdade humana em prol da segurança e do bem-estar social. Entretanto, tais restrições deveriam se centrar essencialmente em ações positivas e externas, aquelas em que um indivíduo, efetivamente, pratica um mal direto e determinado a outro indivíduo.

Da análise do art. 20 da Lei nº 7.716/89 percebe-se uma patente afronta aos princípios da liberdade de expressão e pensamento, previstos expressamente na Constituição Federal, caracterizando efetiva censura através da mais característica forma de autoritarismo de um Estado, qual seja, a tipificação penal. Nota-se, também, que a legislação infraconstitucional considera o dano como presumido, caracterizando crime formal. É dizer que a opinião de caráter discriminante sempre será ofensiva, ignorando, em qualquer caso, as

peculiaridades do caso. Nem mesmo a defesa da igualdade e da dignidade da pessoa humana pode servir como pretexto para o cometimento de censuras e restrições desnecessárias e desproporcionais de direitos constitucionalmente garantidos. Não se deve combater injustiças cometendo injustiças.

3.3 A liberdade de expressão e consciência na jurisprudência do STF

Em matéria jurisprudencial, dois julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) merecem especial atenção quando da análise de como o Poder Judiciário brasileiro vem se comportando a respeito de discussões e polêmicas envolvendo a liberdade de expressão: o caso Siegfried Ellwanger e o caso da marcha da maconha.

3.3.1 Caso Siegfried Ellwanger¹⁵

O caso Siegfried Ellwanger foi decidido pelo STF no ano de 2003 quando do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 82.424/RS (BRASIL, 2004a). O *habeas corpus* havia sido impetrado em favor do paciente Siegfried Ellwanger, que fora denunciado pelo crime de racismo em razão da publicação e edição de livros que adotavam a teoria revisionista. Absolvido em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a decisão e condenou Ellwanger a dois anos de reclusão por apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra o povo judeu. Após o indeferimento do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a questão chegou ao STF. O fundamento legal que baseou a condenação foi justamente o art. 20 da Lei nº 7.716/89.

O STF, por maioria de votos, denegou o *habeas corpus* sob o fundamento de que

[...] a edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrîmen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. (BRASIL, 2004a, não paginado).

¹⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-2-RG. Relator Originário: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2004b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 10 abr. 2017. Analisar em conjunto com BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e anti-semitismo**: um julgamento histórico no STF: *habeas corpus* n. 82.424/RS. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2004.

Restaram vencidos os Ministros Moreira Alves, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio.

Apesar de o supracitado caso ser reconhecido como uma importante via de análise da jurisprudência brasileira a respeito da liberdade de expressão e do discurso do ódio, grande parte da discussão girou em torno da extensão ou não do crime de racismo ao povo judeu, uma vez que a tese da defesa era a de que o crime de racismo se restringia à proteção dos negros, historicamente discriminados dentro do contexto brasileiro. Desta feita, perdeu-se uma excelente oportunidade de discutir o problema da liberdade de expressão e do discurso do ódio em uma extensão mais abrangente, já que poucos foram os ministros que se debruçaram sobre a matéria de maneira mais aprofundada, suscitando os conflitos entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana.

Importante definir, a partir da análise dos votos proferidos quando do julgamento do HC 82.424/RS, se um livro pode ser considerado como um instrumento para a prática do crime de racismo. Como já exposto, o texto literal do § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/89 faz presumir pela resposta positiva a esse questionamento, motivo pelo qual questiona-se a sua constitucionalidade. A respeito desta polêmica, expõe Meyer-Pflug (2009, p. 205-206) que,

A jurisprudência e a doutrina internacional não são pacíficas nessa matéria. O sistema americano, a princípio, entende que não, pois os livros estão no mundo das ideias e, segundo o critério aplicado pela Corte Suprema, do ‘perigo claro e iminente’ eles não são passíveis de gerar ações concretas de discriminação ou racismo. Já nas decisões das Cortes Constitucionais dos países europeus e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...] entendem que sim, que um livro pode ser instrumento de incitação ao racismo. Eles consideram que o discurso da intolerância pode se valer das mais variadas formas, entre elas a imprensa, no caso os livros. Defendem a posição que o problema não reside na edição do livro, mas sim na sua divulgação que visa atingir um determinado grupo ou raça.

Entre os ministros do STF, o Ministro Marco Aurélio foi o que melhor abordou esta questão, aproximando-se da posição adotada pela jurisprudência norte-americana ao exigir a existência de um risco claro e iminente, chegando à conclusão de que um livro não seria capaz de apresentar o exigido risco. Também fora considerada a diminuta popularidade das obras literárias em geral, assim como a inexistência de meios invasivos para a exposição do seu conteúdo, uma vez que é necessária uma predisposição para procurar e ter acesso ao conteúdo de um livro, destacando-se a liberdade que cada pessoa possui para ler o que quiser e tirar as conclusões que achar cabidas. É dizer que não se trata de um carro de som, da distribuição de panfletos ou de propagandas no rádio e na televisão, métodos que são por sua natureza muito mais invasivos do que uma publicação literária. Nas palavras do Ministro,

Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação de violência, mas que expõe a versão de um fato histórico – versão esta, é bom frisar, que pessoalmente considero deturpada, incorreta e ideológica -, transforme-se em

um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um País que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo? [...] Diferentemente de outros meios que veiculam opiniões, o conteúdo do livro não é transmitido ao leitor independentemente da vontade. Ou seja, não é o caso de um carro de som que fica jorrando ideias as quais todos são obrigados a ouvir. O livro apenas apresenta um pensamento e concede ampla liberdade ao público tanto na opção da escolha do que deve ser lido como na tomada de posição ao término da leitura [...] O conteúdo de um livro somente possui o condão de proliferar-se a partir do momento em que uma comunidade política tenha, minimamente, tendência para aceitar aquelas ideias, ou seja, se existir ambiente propício à proliferação do que nele registrado. O livro, isoladamente, não possui o efeito de transformar uma sociedade, mas tem o poder de auxiliá-la a caminhar em um determinado sentido. (BRASIL, 2004b, p. 888-890).

No entendimento do Ministro Marco Aurélio, a publicação de um livro não seria capaz, por si só, de incitar a violência contra o povo judeu, tratando-se da exposição de mera ideologia, motivo pelo qual deveria prevalecer a liberdade de expressão no conflito entre direitos fundamentais presente no caso concreto:

Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropele de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e consequente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inc. V do art. 1.º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inc. VIII do art. 5.º). (BRASIL, 2004b, p. 841-842).

Não há dúvidas de que a maneira mais eficiente de combate a uma ideia considerada descabida ou até mesmo nociva ao contexto social é através do livre debate, podendo se utilizar meios inerentes à liberdade de expressão, como a promoção de boicotes e divulgação de críticas a estas ideias nos meios sociais. A proibição e a criminalização pura e simples da divulgação de determinadas ideias somente as tiraria do debate público, sem tratar da gênese do problema, visto que a ideia transgressora permaneceria plenamente ativa no intelecto do censurado interlocutor. Nesta linha, tem-se o ensinamento de Bastos (2002, p. 291-292) no sentido de que,

Uma outra situação a ser analisada seria a de uma pessoa que promovesse um boicote contra a publicação de um determinado livro. Aqui estamos diante do exercício da liberdade de expressão: de um lado a pessoa que publica um livro com as suas ideias; e de outro uma pessoa que critica tal publicação por ser contrária a suas opiniões. Todavia, na prática não se pode, de um lado, admitir o direito de alguém livremente expressar o seu pensamento e de outro, impedir que ele se expresse. Trata-se de uma questão delicada, pois o direito de se expressar contra uma determinada obra, ou a conclamação de um boicote não impede que a obra seja publicada e que as pessoas a leiam. Isto de certa forma ocorria antigamente contra a Igreja Católica e a lista do Index, por força da qual os católicos não podiam comprar livros que estivessem na lista, mas ninguém os queimava, simplesmente era feita uma mobilização tão grande que o livro acabava por não encontrar penetração. Portanto, o direito de livremente expor o seu pensamento, não pode impedir o outro de também fazer crítica a esse pensamento.

O que se argumenta é que a análise da limitação de tão importante e fundamental direito não deve ser realizada de maneira genérica e baseada em suposições, sob risco de

constituir-se verdadeira censura prévia, mas sim de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, onde se deve constatar a existência de riscos à ordem social tidos por atuais e iminentes.

O verdadeiro desafio se instaura no momento de garantir a liberdade de expressão quando esta entra em conflito com opiniões majoritárias e convencionalmente aceitas como verdadeiras. Presunçoso seria supor que a sociedade não devesse ter acesso a determinada obra por esta carecer de base científica ou ser considerada de extremo mau gosto por quem tem o poder de decisão. Em seu voto quando do julgamento do HC 82.424/RS, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou que,

Uma coisa é não gostar ou até mesmo discordar do que se leu (como, de fato não gostei e ainda discordei, em boa parte). Outra, bem ao contrário, é desqualificar a obra quanto à perspectiva revisionista do seu objeto e quanto à consistência da metodologia empregada na sua elaboração (caso dos autos). É que os episódios e personalidades que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção. A menos que, a pretexto de escrever um livro, em realidade passe a trilhar os aleivosos caminhos do panfleto, da ridicularia ou da pasquinada (sem nenhuma alusão ao criativo e bem-humorado Jornal brasileiro O Pasquim). Do achincalhe e da prestidigitação intelectual. Que não é convictamente afirmo – o caso da obra que li e reli com o máximo de atenção que me foi possível. (BRASIL, 2004b, p. 840-841).

Não obstante o esforço argumentativo dos ministros citados, o STF decidiu, por maioria de votos, pela predominância do princípio da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão, denegando a ordem de *habeas corpus* e reconhecendo a adequação ao crime de racismo da conduta de publicar um livro que se propunha a rediscutir o holocausto. Fica o questionamento a respeito do legado desta decisão para o sistema constitucional brasileiro. Evidente que a conclusão pela manutenção da prisão do paciente agradou grande parcela da população brasileira, incluindo-se os operadores do Direito. Isso se deve ao fato de que a obra se propõe a ir contra o conhecimento e a opinião majoritariamente aceita pela sociedade. Contudo, deve-se atentar para o enfraquecimento do princípio da liberdade de expressão que fora tolhido com base em uma análise genérica de riscos e suposições. Infeliz seria a constatação de que em prol da democracia, atentou-se contra ela.

3.3.2 Caso marcha da maconha¹⁶

Outro julgado em matéria de liberdade de expressão que merece destaque é o referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.274/DF, datada de 2011 e de autoria

¹⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.274-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2 maio 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

da Procuradoria-Geral da República, que concluiu pela legalidade dos eventos denominados “marcha da maconha”, realizados por manifestantes favoráveis à descriminalização da referida droga. A controvérsia girava em torno da adequação do ato ao crime previsto no art. 33, § 2º da Lei nº 11.343/06, que criminaliza o ato de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga, cominando pena de detenção de um a três anos e multa de cem a trezentos dias-multa.

O plenário do STF, por unanimidade, acompanhou o voto do relator Ministro Ayres Britto no sentido de que a proibição das supracitadas manifestações ofenderia a liberdade de reunião (art. 5º, XVI, CF)¹⁷ e as liberdades constitucionais de expressão do pensamento (art. 5º, IV, IX e XIV, CF). Foi decidido que “nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo”. Desta feita, foi dada “interpretação conforme a Constituição”¹⁸ ao art. 33, § 2º da Lei nº 11.343/06, de modo a permitir “manifestações e debates público acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas” (BRASIL, 2012, p. 11).

Ao analisar o mérito da questão, o Ministro relator teceu algumas observações a respeito da intenção do legislador constituinte quando da garantia da liberdade de reunião:

a) ao fazer uso do pronome ‘todos’, a Constituição quis expressar que o seu comando tem um âmbito pessoal de incidência da máxima abrangência, de sorte que a não excluir ninguém da sua esfera de proteção; b) traduz-se o direito de reunião na faculdade de encontro corporal ou junção física com outras pessoas naturais, a céu aberto ou em via pública. Com a particularidade de ser um direito individual, porém de exercício coletivo (ninguém se reúne sozinho ou apenas consigo mesmo). Mais ainda, direito de conteúdo elástico, porquanto não restrito a esse ou aquele tema. Pelo que se constitui em direito-meio ou instrumental, insusceptível de censura prévia. Censura prévia que implicaria matar, no próprio nascedouro, não só esse direito-meio, como todos os direitos-fim com ele relacionados. Especialmente o direito à informação e de manifestação de pensamento (inciso IV do art. 5º da CF). Sem olvidar a liberdade de expressão e as diversas formas de seu exercício, inclusive a comunicacional (inciso IX do art. 5º da CF). Pensamento, expressão, informação e comunicação, tudo assim separadamente protegido e possível de concreto exercício por ocasião de uma passeata, um comício, um ato público. Sendo certo que todos esses direitos fazem parte do rol de direitos individuais de matriz constitucional (incisos IV, XIII e XIV do art. 5º da CF). (BRASIL, 2012, p. 6-7).

Também fora destaca a importância da liberdade de reunião como meio de busca de informação para “uma consciente tomada de posição comunicacional”. É dizer que a

¹⁷ Art. 5º, XVI, CF: “Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. (BRASIL, 1988, não paginado).

¹⁸ Nas palavras do Ministro Ayres Britto, a interpretação conforme a Constituição “serve tão-somente para descartar a incidência de uma dada compreensão – ou mais de uma – que se possa extrair do dispositivo infraconstitucional tido por insurgente à Constituição. Que significação? Aquela – ou aquelas – em demonstrada rota de colisão com a Magna Carta” (BRASIL, 2012, p. 6).

liberdade de reunião constitui meio de exercício da liberdade de expressão, essencial para a autodeterminação do indivíduo. Da análise do art. 5º, XVI, CF, conclui-se que “a única vedação constitucional, na matéria, direciona-se para uma reunião cuja base de inspiração e termos de convocação revelem propósitos e métodos de violência física, armada ou beligerante”, característica que não se vislumbrou no caso concreto (BRASIL, 2012, p. 7 e 24).

Nas palavras do relator,

Com efeito, não se pode confundir a criminalização da conduta com o debate da própria criminalização. Noutras palavras, quem quer que seja pode se reunir para o que quer que seja, nesse plano dos direitos fundamentais, desde que, óbvio, o faça de forma pacífica. Se assim não fosse, as normas penais estariam fadadas à perpetuidade, como bem lembrou o ministro Cezar Peluso, quando da discussão da referida ADPF 187. Perpetuidade incompatível com o dinamismo e a diversidade tanto cultural quanto política (pluralismo) da sociedade democrática em que vivemos. Sociedade em que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade. E o fato é que sem pensamento crítico não há descondicionalismo mental ou o necessário descarte das pré-compreensões. Pré-compreensões que muitas vezes desembocam nos preconceitos que tanto anuviam e embrutecem os nossos sentimentos. Pelo que a coletivização do senso crítico ou do direito à crítica de instituições, pessoas e institutos é de ser estimulada como expressão de cidadania e forma de procura da essência ou da verdade das coisas. Quero dizer: só o pensamento crítico é libertador ou emancipatório, por ser eminentemente analítico, e o certo é que, sem análise crítica da realidade, deixa-se de ter compromisso com a verdade objetiva de tudo que acontece dentro do indivíduo e ao seu redor. (BRASIL, 2012, p. 9).

Durante a exposição do voto do Ministro Gilmar Mendes, surgiu conveniente questionamento quanto à legalidade da liberdade de reunião com o propósito de proferir discursos de ódio, oportunidade em que os ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello e Ayres Britto se manifestaram pela ilegalidade de tal prática, justificando-se com base nos preceitos constitucionais e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A fim de substantivar o debate, o Ministro Gilmar Mendes também questionou se seria legítima a reunião e a manifestação em prol da descriminalização da pedofilia, ao passo que o Ministro Celso de Mello respondeu que:

Nada impede que correntes minoritárias, reunindo-se publicamente e de modo pacífico, possam sugerir, tratando-se da gravíssima questão da pedofilia, soluções alternativas que não somente aquelas de natureza penal. Nada impedirá, portanto, que esses mesmos grupos expressem, livremente, as suas ideias, que podem ser absolutamente conflitantes com o pensamento majoritário, mas que constituem expressão de suas próprias convicções, suscetíveis de circulação nos espaços públicos a todos assegurados pelo modelo democrático que rege e conforma a própria organização institucional do Estado brasileiro. Numa comunidade estatal concreta, regida pelo princípio democrático, ideias não podem ser temidas, muito menos reprimidas, sob o falso argumento de que hostilizam padrões morais ou culturais hegemônicos consolidados no âmbito de uma determinada formação social. O que me parece irrecusável, Senhor Presidente, é que ideias devem ser combatidas com ideias e não sufocadas pelo exercício opressivo do poder estatal ou pela intolerância de grupos hegemônicos, partidários de uma ‘Weltanschauung’, vale

dizer, de uma concepção de mundo dominante na estrutura social. (BRASIL, 2012, p. 20-21).

Tal posicionamento despertou divergências no pleno da Corte, de sorte que o Ministro Luiz Fux, afirmou que:

[...] essas questões e esses *hard cases*, esses casos difíceis, sempre passam pelos princípios interpretativos materiais da Constituição. Acho que, à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, essa é uma tese que não passaria nesse teste de forma alguma. Eu não posso crer que, em nome da liberdade de manifestação do pensamento, se admitisse uma reunião para discutir, eventualmente, a descriminalização da pedofilia sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade. (BRASIL, 2012, p. 21).

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes se posicionou no seguinte sentido:

[...] Sabemos que afirmar que a defesa de determinadas ideias – por exemplo, a descriminalização do uso de drogas ou a sua eventual comercialização como política criminal – já constituiria apologia do crime, levaria até mesmo à impossibilidade de uma eventual revisão dessa legislação numa sociedade estruturada democraticamente. Nós sabemos como essas ideias começam a circular. Nós teríamos aí verdadeiramente uma aporia; há escolhas hoje de modelos legislativos os mais diversos em torno desse assunto. Agora, sentar praça que a liberdade de reunião como tal não está submetida a limitações – e aí eu chamo a atenção, por exemplo, para esse caso conexo, o caso do racismo ou do antissemitismo –, parece-me, provoca o risco de, primeiro, produzirmos uma decisão que não vai guardar coerência com aquilo que afirmamos no caso Ellwanger; em segundo lugar, vai permitir algo que nós consideramos inclusive crime, porque a discussão no caso Ellwanger envolvia o reconhecimento de que o antissemitismo praticado daquela forma configurava uma forma de racismo. Neste caso, trata-se de um tipo penal decorrente do que chamam um mandato de criminalização: é o texto constitucional que determina. Talvez seja preciso ter um certo cuidado para deixar isso claro, a fim de que, a partir de fundamentos determinantes, não se extraia que há a possibilidade de um direito de características ilimitadas. (BRASIL, 2012, p. 23).

Como se observa, o Ministro Gilmar Mendes se preocupou com a extensão que o voto do relator Ayres Britto poderia tomar, fazendo questão de delimitar o tema e resgatar pregressas posições da Corte a respeito da liberdade de expressão, a exemplo do caso Ellwanger, já analisado, a fim de deixar claro a existência de limites em relação a determinados discursos. Da análise do debate, evidente o conflito de entendimento entre os ministros, de modo que a discussão em torno da liberdade de expressão se prova, mais uma vez, bastante controvertida. Apesar da extensão temática dada ao caso, o cerne do supracitado julgamento restringiu-se à liberdade de reunião e informação pela descriminalização de drogas específicas. Desta feita, a jurisprudência brasileira ainda carece de referências de caráter amplo e mais completo a respeito dos limites da liberdade de expressão.

4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

É bastante comum que os Estados Unidos da América sejam utilizados como parâmetro quando da discussão a respeito da polêmica envolvendo a liberdade de expressão e o discurso de ódio. Isso porque a Constituição americana destina especial proteção à liberdade de expressão ao dispor, em sua Primeira Emenda, que

[...] o Congresso não deverá editar nenhuma lei a respeito do estabelecimento de religião ou proibir o livre exercício de cultos; ou restringir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao Governo para que sejam feitas reparações de queixas. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787, não paginado).

Como se observa, a proteção à liberdade de religião e seus cultos, expressão e crítica ao Governo constituem um dos princípios basilares da Constituição e sociedade norte-americana. A intenção da norma é a de garantir o amplo debate, preservando-se a democracia a partir da autodeterminação dos indivíduos. Ao garantir liberdade ao cidadão para verter qualquer opinião a respeito do Governo, afasta-se a censura e controla-se o poder do Estado. Nas palavras de Lewis (2011, p. 9):

A sociedade americana é a mais franca que existe. Os americanos são mais livres do que qualquer outro povo para pensar o que quiserem e dizer o que pensam, e mais livres hoje do que no passado. Podemos revelar segredos do governo e segredos de alcova. Podemos denunciar nossos governantes, e nos denunciar uns aos outros, quase sem medo das consequências. Há pouquíssima chance de sermos impedidos por um tribunal de publicar o que quisermos: na mídia impressa, no rádio, na televisão ou na internet. Expressões odiosas e chocantes, políticas ou artísticas, são quase todas livres para ingressar no mercado de ideias.

A preocupação dos Estados Unidos da América com a proteção à liberdade de expressão tem origem em uma Inglaterra demasiadamente repressora em relação ao discurso, uma vez que naquele país vigiam leis que estabeleciam o licenciamento prévio de publicações e criminalizavam o discurso crítico ao Estado, Igreja e seus representantes, denominado difamação sediciosa.¹⁹ A América do século XVII era tida como uma terra cheia de novas possibilidades, onde as pessoas poderiam, enfim, ser felizes e viverem como desejarem. Não tardou para que os colonos vindos da Inglaterra se enxergassem como um novo povo com

¹⁹ “A premissa da difamação sediciosa era que essas instituições deveriam ser respeitadas para que o país evitasse o terrível perigo do caos social. Se alguém publicasse algo crítico – acusando, digamos, um funcionário do governo de ter aceitado propina -, de nada adiantava provar que a acusação era verdadeira. A verdade não servia como defesa contra uma acusação de difamação sediciosa. O crime estava em diminuir o respeito público por uma figura do governo, portanto uma crítica verdadeira poderia ser até pior do que uma falsa.” (LEWIS, 2011, p. 18).

consciência independente e valores distintos dos ingleses. Logo, foi necessário a edição de normas que garantissem a tão almejada liberdade.²⁰

Tendo em vista que o Brasil também possui dispositivos constitucionais de proteção à liberdade de expressão, é de essencial importância entender o que propicia que os Estados Unidos da América se destaquem como um dos países que mais zelam por esta vertente basilar da liberdade. Observe-se que a Constituição norte-americana, ao proibir a edição de qualquer lei que restrinja a liberdade de expressão, acaba por ser bastante direta e específica. Não obstante, apesar da óbvia literalidade, o texto da Primeira Emenda não se mostrou suficiente para garantir a devida e necessária proteção à liberdade de expressão. É neste ponto que a jurisprudência dos tribunais norte-americanos, principalmente a da Suprema Corte, se mostrou como de essencial utilidade para a interpretação e solidificação da matéria.

Em decorrência do sistema do *Common Law* adotado nos Estados Unidos da América, as normas jurídicas são construídas e lapidadas principalmente através das decisões jurisprudenciais. O entendimento atual no que se refere à proteção e limites à liberdade de expressão foi sendo lapidado e assimilado ao longo de mais de um século de intensas discussões e revolucionárias decisões baseadas nas especificidades dos casos concretos. Refutou-se, portanto, limitações decorrentes de normas generalizantes.²¹

Lewis (2011, p. 10), ao discorrer sobre a eficiência do texto da Primeira Emenda quando da efetiva garantia da liberdade de expressão, afirma que:

Mas essas catorze palavras não podem por si sós explicar nossa grande liberdade, porque durante muitas décadas não protegeram a expressão crítica. Em 1798, apenas sete anos após a Primeira Emenda ter sido adicionada à Constituição, o Congresso aprovou uma lei que punia comentários desrespeitosos sobre o presidente; editores foram presos por zombar do presidente John Adams. Um século depois, por força de outra lei aprovada pelo Congresso, homens foram sentenciados a vinte anos de prisão por criticar uma decisão política do presidente Woodrow Wilson. Hoje, todo presidente americano é alvo de crítica e zombaria. É inconcebível que mesmo o crítico mais mordaz seja preso por suas palavras. Se um processo desse tipo fosse tentado, os tribunais o rejeitariam por estar em conflito com a Primeira Emenda.

²⁰ “O compromisso americano com a liberdade de expressão e de imprensa é ainda mais notável porque teve origens legais e políticas extremamente repressoras. Os colonos que cruzaram o Atlântico no século 17 vieram de uma Inglaterra onde era muito perigoso expressar um pensamento que diferisse da verdade oficial. O Estado definia o que era admissível em política e, talvez com ainda mais rigor, em religião” (LEWIS, 2011, p. 17).

²¹ “A liberdade de expressão americana reconhece certos limites, não é absoluta, podendo sofrer restrições quando entrar em conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados. Nesse sentido tem-se admitido a regulação do Estado em algumas situações específicas, como, por exemplo, no que diz respeito à regulação de palavras provocadoras (*fighting words*) e no discurso do ódio (*hate speech*). No entanto, não há uma regra especificando as expressões ou palavras que configuram *fighting words*, ficando à cargo da jurisprudência defini-las caso a caso. O juiz Oliver Holmes fixou na Suprema Corte o entendimento de que o Estado pode limitar ou até mesmo proibir o uso dessas palavras em um determinado discurso, desde que esses termos estejam a representar um “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*) de uma ação concreta que venha a violar um outro direito fundamental. Todavia, não se admite a regulação estatal quando se está diante da defesa geral de ideias (*general advocacy of ideas*)”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 139).

Portanto, algo aconteceu com as catorze palavras das cláusulas que tratam de expressão e imprensa. Seu significado mudou. Ou, mais precisamente, o entendimento daquelas palavras mudou: o entendimento dos juízes e o do público.

Nas palavras de Meyer-Pflug (2009, p. 132-133):

A Suprema Corte Americana desempenha relevante papel na proteção dos princípios constitucionais, mesmo nos momentos em que a atenção dos seus cidadãos está dirigida a outros assuntos. O juiz Oliver Holmes da referida Corte, no caso *Abrahms vs. United States*, entendeu que a Constituição deve ser interpretada como um experimento e tem por pressuposto que '[...] a melhor prova da verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado'. Fazia-se referência à existência de um 'livre mercado de ideias' e a maior proteção à liberdade de expressão em grande parte por influência do princípio do livre mercado que se encontrava em ascendência [...] O direito americano protege a liberdade de expressão, a princípio, independentemente da ideia que está sendo veiculada, principalmente da ingerência do Poder Público nessa seara. A liberdade de expressão no direito americano se erigiu à condição de um verdadeiro símbolo cultural. Pode-se afirmar que ela desfruta uma "posição preferencial" em relação aos demais direitos, como ocorre no sistema espanhol, sendo tal entendimento consubstanciado pela Suprema Corte Americana no *United States vs. Carolene Products*.

Um icônico exemplo da importância destinada à liberdade de expressão dentro do sistema jurídico norte-americano é que os Estados Unidos da América não ratificaram o art. IV da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que dispõe o seguinte:

Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades. c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial. (BRASIL, 1969b, não paginado).

Tal Convenção, adotada pela Resolução nº 2.103-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, foi ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e entrou em vigor em 04 de janeiro de 1969 através da promulgação do Decreto nº 65.810/69. Todavia, tendo por base a interpretação das cortes norte-americanas, tal dispositivo viola a Primeira Emenda, sendo incompatível com o sistema jurídico adotado naquele país.

Não raras as vezes a prevalência da liberdade de expressão sobre outros princípios e valores, denominados por Owen M. Fiss como “contravalores”,²² gera polêmica e acirrados debates até mesmo nos Estados Unidos da América. É importante frisar que não é o caso de ignorar por completo os valores promovidos pelo Estado em prol da plena garantia da liberdade de expressão, mas de não ignorar por completo os valores que porventura entre em conflito com estes. Em suma, deve-se achar um ponto de equilíbrio entre a liberdade de expressão e os denominados “contravalores”.

Dworkin (2006, p. 322) afirma que a principal função da Primeira Emenda é a proteção da expressão política. Partindo do pressuposto de que toda opinião é uma expressão política, conclui-se que é necessário proteger toda forma de expressão. É com esse propósito, o da liberdade instrumental, que a Suprema Corte Americana passou a decidir, mais intensamente a partir da década de 60, ocasião em que a interpretação da Primeira Emenda sofreu notável mudança, pela prevalência de um debate livre e aberto em contraposição à censura, seja ela prévia ou posterior ao exercício da liberdade de expressão.

No entanto, é seguro afirmar que as mudanças interpretativas em relação à Primeira Emenda começaram ainda na década de 20. Apesar de minoritárias, as posições dos ministros Holmes e Brandeis durante esse período foram as responsáveis por, algumas décadas depois, a Suprema Corte ter passado por uma verdadeira revolução interpretativa em matéria de liberdade de expressão. No ano de 1927, quando do julgamento do caso *Whitney vs California*, o ministro Brandeis, acompanhado por Holmes, proferiu voto que, apesar de vencido, foi de salutar importância para a mudança do paradigma até então dominante naquela corte. Anita Whitney era uma cidadã americana que ajudara a fundar o Partido Comunista dos Trabalhadores da Califórnia. Condenada por tribunais inferiores à pena de um a dez anos de prisão pelo crime de “sindicalismo criminoso”, o caso chegou à Suprema Corte (ESTADOS UNIDOS, 1927). Ao proferir o seu voto, Brandeis explanou que:

Aqueles que conquistaram nossa independência [...] acreditavam que a liberdade era o segredo da felicidade e que a coragem era o segredo da liberdade. Acreditavam que as liberdades de pensar como se quiser e de falar o que se pensa são meios indispensáveis para a descoberta e a disseminação da verdade política; que sem as liberdades de expressão e de reunião a discussão seria fútil; que com elas a discussão

²² Afirma Fiss (2005, p. 33) que: “A Primeira Emenda – quase peremptória em sua simplicidade – é frequentemente tida como a apoteose da postulação clássica do liberalismo de que os poderes do Estado sejam limitados. Ela prevê que “o Congresso não editará qualquer lei limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa”. A Suprema Corte tem lido esse dispositivo não como uma vedação absoluta à regulação estatal do discurso, mas mais no sentido de um comando para delinear uma fronteira estreita em torno da autoridade estatal. A localização precisa dessa linha demarcatória tem variado de tempos em tempos, de Corte para Corte, e até mesmo de Juiz para Juiz, mas sua posição sempre refletiu uma ponderação de dois interesses em conflito – o valor da liberdade de expressão *versus* os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação (os assim chamados contravalores).”

geralmente fornece proteção adequada contra a disseminação de doutrinas perniciosas; que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que a discussão pública é um dever político; e que esse deve ser um princípio fundamental do governo americano. Eles reconheciam os riscos a que todas as instituições humanas estão sujeitas. Mas sabiam que a ordem não pode ser garantida meramente pelo medo da punição por infringi-la; que é arriscado desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo gera a repressão; que a repressão gera o ódio; que o ódio ameaça a estabilidade do governo. [...] Acreditando no poder da razão aplicado por meio da discussão pública, eles evitaram o silêncio coagido por lei – o argumento da força em sua pior forma. Reconhecendo as tiranias ocasionais das maiorias governantes, eles emendaram a Constituição para que as liberdades de expressão e de reunião fossem garantidas. O simples medo de danos sérios não pode justificar a expressão da liberdade de expressão e de reunião. Muitos temiam bruxas e queimaram mulheres [...]. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1927, p. 375-376).

O voto proferido pelo ministro Holmes quando do julgamento do caso *United States vs Schwimmer* também entrou para os anais da história. Datado de 1929, referia-se a Rosika Schwimmer, pacifista imigrante da Hungria que almejava obter cidadania americana. Segundo as normas da época, era necessário jurar a disposição em pegar em armas para proteger os Estados Unidos da América. Em razão dos seus ideais, Rosika se recusou a prestar o referido juramento e teve a cidadania negada. A Suprema Corte reiterou a negativa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1929). Entretanto, em um histórico voto vencido, o ministro Holmes se posicionou da seguinte forma:

Algumas das respostas dela podem incitar o preconceito das pessoas, mas, se há um princípio da Constituição que exige fidelidade de forma mais imperativa do que qualquer outro, é o princípio do livre pensamento – não o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas liberdade para as ideias que odiamos. Acredito que devemos aderir a esse princípio em relação ao ingresso e à vida neste país. E, recorrendo ao voto que obstrui o caminho da querelante, eu sugeriria que os quacres fizeram o possível para tornar este país o que ele é, que muitos cidadãos concordam com a crença da requerente e que até este momento eu não supunha que lamentássemos nossa incapacidade de expulsá-los porque eles acreditam mais do que alguns de nós nos ensinamentos do Sermão da Montanha. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1929, p. 654-655).

Os dois votos supracitados são, até os dias atuais, tidos como modelo no estudo de como a Suprema Corte Americana enfrenta a matéria da liberdade de expressão em seus julgados. A posição minoritária, defendida por apenas dois ministros na década de 20, passou a ser majoritária na década de 60 e ainda permanecem como paradigma para o julgamento de matérias que envolvem a liberdade de expressão e pensamento. Nas palavras de Lewis (2011, p. 52):

Votos vencidos são um apelo ao ‘espírito cismante da lei’, como disse Charles Evans Hughes. Isto é, eles convocam os futuros tribunais a repensar as decisões. Na realidade, isso acontece muito raramente. Mas, com o tempo, os votos vencidos de Holmes e Brandeis entre 1919 e 1929 de fato revogaram a antiga e pouco clara visão do que a Primeira Emenda protege. Foi uma mudança extraordinária, de fato uma revolução jurídica. E ela mostrou o poder que as palavras têm de fazer as pessoas mudar de ideia. Holmes e Brandeis tinham apenas dois votos em nove. Mas sua retórica era tão poderosa, tão convincente, que mudou a atitude do país e da Corte.

A mudança de atitude da Suprema Corte Americana ao longo das décadas é mais um exemplo da importância das palavras. No caso concreto, por meio da elaboração e exposição de bons argumentos, mudou-se um entendimento até então entendido como correto e adequado. Entendeu-se que o risco genérico e presumido de incitar o preconceito nas pessoas não pode ser tomado por base para restringir tão importante e fundamental direito como é o da liberdade de consciência.

4.1 A posição do sistema norte-americano em relação ao discurso do ódio

Um dos fatores determinantes para a ampla garantia ao direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos da América é a permissão, regra geral, da emissão de discursos do ódio.²³ Ao longo das décadas, a Suprema Corte Americana desenvolveu uma eficiente estratégia de garantia da liberdade do discurso, exigindo-se, para a sua limitação ou posterior punição, a demonstração de um perigo claro e iminente.

Este entendimento deriva do fato de que proteger a liberdade do discurso é, essencialmente, proteger o seu conteúdo, independentemente de qual seja. É dizer que enquanto no campo das ideias, as palavras gozam de plena liberdade. A partir do momento em que se vislumbra o risco de que palavras possam originar ou incitar ações ilegais concretas, claras e iminentes, legítima será a limitação do discurso.²⁴ Alguns casos merecem destaque por ilustrarem, de forma clara, o atual posicionamento da Suprema Corte Americana em relação ao aparente conflito entre a liberdade de expressão e pensamento e o discurso do ódio.

O caso *Brandenburg vs. Ohio*, decidido pela Suprema Corte Americana no ano de 1969, tratou sobre a legalidade do discurso de ódio proferido por um dos líderes da organização racista denominada Ku Klux Klan. Clarence Brandenburg teria emitido discursos racistas contra negros e judeus em uma reunião da supracitada organização no sentido de que

²³ “Os Estados Unidos diferem da maioria das outras sociedades ocidentais no tratamento que dão ao discurso do ódio. Na Alemanha é crime, e um crime grave, exibir a suástica ou qualquer outro símbolo nazista. Em onze países europeus é crime dizer que o Holocausto não aconteceu, que nos anos do nazismo alemães não assassinaram judeus. É assim também no Canadá, e a Suprema Corte canadense decidiu que os que negam o Holocausto podem ser processados e punidos, apesar de a livre expressão ser garantida pela Constituição do país. Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda protege o direito de negar o fato do Holocausto” (LEWIS, 2011, p. 187).

²⁴ “A Suprema Corte Americana tem entendido em suas decisões que a liberdade de expressão atinge a garantia do próprio conteúdo da expressão e exige uma relação entre esta e uma possível ação ilegal iminente e potencial para que possa restringi-la. Exige-se que o emprego da expressão seja capaz de produzir uma ação eminentemente ilegal. É necessária a demonstração da viabilidade da realização dessa ação ilegal. Faz-se uma distinção entre a expressão utilizada e a ação que dela possa resultar. Não se pune a manifestação de uma ideia ou ideologia em abstrato, apenas quando ela pode representar uma ação concreta. É o emprego do critério, já citado, do *clear and present danger*” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 141).

ambos deveriam voltar para as suas terras de origem. Também houve críticas ao Estado, que, na opinião dos emissores do discurso, falhava em não segregar negros e judeus (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969). O ato foi filmado e transmitido por jornalistas de uma rede de televisão local.

Brandenburg chegou a ser condenado em primeira instância, com base em uma lei do Estado de Ohio, pela Corte do Condado de Hamilton, a uma pena de multa no valor de mil dólares americanos, além de pena privativa de liberdade de um a dez anos. O fundamento era o de que o seu discurso havia incitado o crime contra negros e judeus. Após manutenção da decisão pelo 1º Distrito de Apelações de Ohio e pela Suprema Corte do Estado, o caso chegou à Suprema Corte Americana (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969).

A Suprema Corte Americana, por unanimidade, anulou a condenação sob o argumento de que a 1ª Emenda à Constituição protegia a emissão daquele discurso, pois não fora demonstrado nenhum perigo “claro e iminente” de cometimento de crimes contra negros e judeus. Nos termos da referida decisão,

As garantias constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa não permitem ao Estado proibir ou banir a defesa do uso da força ou da violência da lei, exceto quando esta defesa é dirigida a incitar ou produzir uma ação ilícita iminente e é provável que incite ou produza esta ação. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969, p. 444).

Este precedente é um dos mais icônicos e específicos em relação à emissão de discursos do ódio e o potencial risco que estes possam causar à ordem social. Após este julgado, ficou definido que uma manifestação só seria ilegal se ela incitasse a prática iminente de atos contrários à lei e fosse provável que esses atos ocorressem. A partir deste momento, fixou-se critério no sentido de não mais punir a defesa abstrata de ideias (LYND, 1975). Sob este fundamento, a lei do Estado de Ohio que baseou a condenação seria inconstitucional por não estar de acordo com a 1ª Emenda à Constituição.

O caso *National Socialist Party vs. Skokie* também merece destaque quando da análise da interpretação adotada pelo sistema norte-americano em relação ao conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, instrumentalizado pelo discurso do ódio. Na ocasião, a Suprema Corte Americana analisou a possibilidade de realização de uma marcha neonazista – na qual os manifestantes usariam o símbolo da suástica - na cidade de Skokie, em 1977 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1977). O caso ganhou notável repercussão devido ao fato de que a cidade de Skokie possuía uma grande população de judeus, sendo em sua maioria sobreviventes do holocausto.

Apesar de a realização da marcha ter sido proibida em decisões de tribunais inferiores, a Suprema Corte Americana reverteu a decisão e permitiu a sua realização sob o

argumento de que os sentimentos dos judeus não deveriam prevalecer sobre o direito de manifestação de terceiros. Este caso ilustra a adoção pela Suprema Corte Americana ao princípio da neutralidade de conteúdo do Estado.

Observe-se que mesmo tendo-se constatado que o local da passeata havia sido escolhido de maneira proposital (devido à grande concentração de judeus na região), o que poderia levar a uma fácil presunção de risco de violência, a Suprema Corte Americana entendeu, da análise do caso concreto, que este não estava claro e iminente. Todavia, mesmo permitida, decidiram os neonazistas por realizar a marcha em outro local.

O caso *R.A.V. vs. St. Paul*, datado de 1992, tratou sobre a constitucionalidade de uma lei editada pela cidade de Saint-Paul, no estado de Minnesota. A referida lei proibia a exposição em público de símbolos potencialmente ofensivos a algumas pessoas em razão de sua raça ou religião. A pena cominada era de 90 dias de detenção. No caso concreto, uma cruz foi queimada no terreno da casa de uma família negra, violando-se, portanto, a lei em vigor (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992).

Em sua decisão, a Suprema Corte Americana declarou a inconstitucionalidade da referida lei com base na falta de neutralidade do Estado quanto ao conteúdo da expressão. Entendeu-se que não seria plausível punir um crime de forma mais severa em razão da expressão de uma ideia que a comunidade, em geral, não aprova. Meyer-Pflug (2009, p. 147) assevera que:

No caso, a falta de neutralidade do conteúdo se fazia presente na medida em que o ato estatal restringia o uso dessas expressões racistas, mas não proibia o uso de expressões provocadoras pelo grupo que combatia o racismo. O princípio da neutralidade de conteúdo exige que o ente estatal não favoreça a nenhuma das partes envolvidas no debate permitindo assim, com a sua imparcialidade, que a sociedade possa formar a sua opinião de maneira livre, sem qualquer tipo de manipulação por parte do Estado.

Evidente, portanto, a proteção destinada pelo sistema norte-americano à liberdade de expressão. Ressalta-se que o entendimento corrente atual somente protege o discurso do ódio da incidência de sanções penais, exigindo uma série de especificidades para a sua adequação como crime. Permanece, ainda, a possibilidade de condenações na esfera civil, a depender do caso concreto. Em regra, entende-se que a melhor solução é manter o Estado em posição de neutralidade, garantindo-se o debate livre e aberto.

5 A PROIBIÇÃO DA VENDA E EXPOSIÇÃO DO LIVRO “MINHA LUTA”, DE ADOLF HITLER, NO BRASIL

No dia 01/01/2016 a obra intitulada “Minha luta”, de autoria de Adolf Hitler, entrou em domínio público. Em razão da inexigibilidade do pagamento de direitos autorais, antes pertencentes ao Estado da Baviera, a Editora Centauro editou e publicou o livro, chegando a vender quatro mil exemplares. Outra editora, a Geração Editorial, também planejara lançar uma versão comentada do livro. Ao dia 02/02/2016, fora deferida, pela 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro,²⁵ medida cautelar pleiteada pelo Ministério Público daquele estado, que pedia a suspensão das vendas e exibição do livro. A decisão teve por base preceitos constitucionais de combate à discriminação racial; a legislação infraconstitucional, notadamente o § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/89; e precedentes do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do caso Ellwanger. Expediu-se ordem de busca e apreensão dos exemplares expostos, aplicando-se multa de R\$ 5 mil reais por exemplar vendido.

A decisão proferida pela 33ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro era esperada, notadamente pelo fato de existir posição dominante na jurisprudência brasileira pela legalidade da censura quando incidente sobre ideias e pensamentos antidemocráticos que não gozam da aceitação da maior parcela da sociedade. Não obstante, existe regramento legal expresso no sentido de proibir a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo, cominando-se a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Percebe-se, portanto, a tentativa de coibir uma determinada ideia através da tipificação de sua expressão como crime passível de reclusão.

A leitura do supracitado dispositivo de lei resulta na conclusão lógica de que a publicação do livro “Minha luta”, de Adolf Hitler, se enquadraria como uma forma de divulgação do nazismo, sendo, portanto, proibido. O aparente choque de princípios entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana ainda é pouco debatido no âmbito dos tribunais superiores. Como já citado, quando do julgamento do caso Ellwanger, tido como o mais icônico quando da análise da adequação do crime de racismo ao ato de publicar livros com ideias antissemitas, poucos ministros se debruçaram sobre as bases principiológicas da

²⁵ Cf. Decisão – Deferimento de Medidas Cautelares do dia 2 de fevereiro de 2016, em RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Medida Cautelar Inominada nº 0030603-92.2016.8.19.0001. Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Centauro Editora e Distribuidora de Livros ME e outro(s). Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2016.001.024910-6&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

questão, restringindo-se a analisar se a discriminação contra os judeus estava ou não enquadrada no rol protetivo da Lei nº 7.716/89.

A fim de expor os parâmetros e tendências adotadas pela decisão proferida em caráter liminar pela 33ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, passar-se-á a analisar os trechos que merecem destaque, a fim de elucidar os argumentos suscitados quando da sua fundamentação, contrapondo-os ou adequando-os às teorias apresentadas no escopo deste trabalho.

A princípio, o juiz de Direito da 33ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro considerou que a questão possuía “grande relevância jurídica e social” apta a “demandar pronta intervenção do Poder Judiciário” (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado). Deste modo, entendeu-se presentes os pressupostos exigidos para o exercício da ação cautelar proposta. Após, fora reconhecida a competência do juízo para julgar a referida causa, pois havia suposta incidência delitativa prevista no art. 20, § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89.

Tal dispositivo dispõe que o juiz pode determinar, após oitiva do Ministério Público ou a pedido deste, ainda que antes do inquérito policial, sob pena de desobediência, o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares de material que pratique, induza ou incite a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Tendo por base os ensinamentos de Silveira (2006, p. 141), o verbo “induzir” significa “conduzir, levar para dentro, inspirar, incutir, arrastar”. Em suma, induzir alguém a algo significa apresentar, incutir uma ideia até então inexistente. O verbo “incitar”, por sua vez, “possui o sentido de provocar, desafiar, estimular, açular, mover, impelir”. Neste caso, já há uma ideia pré-existente, que passa a ser reforçada, estimulada. A seguir, o magistrado destaca que,

A República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, em sua Constituição, preceitua no artigo 1º, inciso III, que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana. Adiante, no artigo 4º, incisos II e VIII a mesma é clara ao positivizar como objetivos fundamentais a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao racismo e ao terrorismo. O legislador infraconstitucional, desse modo, sensível ao comando emanado pelo legislador constituinte originário, em defesa dos direitos e garantias fundamentais explícitos e implícitos na Constituição da República, editou a Lei nº 7.716/89, com a finalidade de evitar a ocorrência e punir penalmente eventuais violações a direitos decorrentes da prática de discriminações, em suas diversas vertentes, como se vê do artigo 1º da referida lei, com a redação dada pela Lei nº 9.459/97. (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado).

A contextualização exposta pelo magistrado encontra guarida na doutrina e jurisprudência pátria, assim como já fora abordada no escopo deste trabalho. Repita-se que apesar de o legislador infraconstitucional ter tido por intenção o respeito e a garantia de preceitos constitucionalmente garantidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana e do

repúdio ao racismo, coloca-se em dúvida se a tipificação penal da expressão de ideias odiosas de fato constitui o modo mais eficiente e menos gravoso para a garantia da dignidade da pessoa humana e extinção de ideias e comportamentos preconceituosos ou discriminatórios.

Na interpretação do magistrado,

A publicação que deu ensejo à presente ação cautelar, tem o condão de violar a lei penal, pois fomenta a prática nefasta da intolerância a parcela determinável de pessoas humanas. Neste particular, não se pode olvidar, o que é fato notório e, portanto, independe de produção de prova específica sobre a existência do fato, que o líder nazista, autor da obra intitulada ‘Minha Luta’, pregava e incitava a prática do ódio contra judeus, negros, homossexuais, ciganos etc. (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado).

Observa-se a realização da adequação da prática de publicar o livro “Minha luta”, de autoria do líder nazista Adolf Hitler, ao crime previsto no art. 20 e §§ da Lei nº 7.716/89. Neste ponto, fora feita uma interpretação estritamente legalista e objetiva. Prossegue interpretando no sentido de que não há, no caso concreto, conflito entre direitos fundamentais, pois,

[...] evidenciado está que qualquer manifestação de pensamento apto a ensejar o fomento a qualquer forma de discriminação à pessoa humana, contraria os mais basilares valores humanos e jurídicos tutelados pela República Federativa do Brasil. Registre-se que a questão relevante a ser conhecida por este juízo é a proteção dos direitos humanos de pessoas que possam vir a ser vítimas do nazismo, bem como a memória daqueles que já foram vitimados. Daí, não há que se falar em conflito de direitos fundamentais, ou seja, o direito à informação sem o crivo da censura versus a dignidade da pessoa humana. Isto porque, trata-se da proteção a bens diversos em diferentes níveis de tutela jurídica e social. (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado).

Nota-se que o excelentíssimo magistrado presume que a publicação do livro seria uma manifestação de pensamento apta a ensejar o fomento do preconceito e discriminação contra o povo judeu. Neste ponto, evidente que não se vislumbra nenhum risco claro e iminente de implantação do nazismo no Brasil em decorrência da publicação de uma obra literária. A publicação de um livro é uma forma de expressão essencialmente respeitosa, contida e democrática, visto que é necessária uma pré-disposição ao contato. Esta é, inclusive, uma das razões pela qual a publicação de livros e impressos em geral não depende de licença do Poder Público (art. 220, § 6º, CF), ao contrário dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens que, em razão de sua abrangência e do seu caráter invasivo, necessita de concessão, permissão ou autorização do Poder Público para o seu funcionamento (art. 21, XII, a, e art. 223, CF) (BRASIL, 1988).

Como já ilustrado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto quando do julgamento do HC 82.424/RS, já citado no presente trabalho, “o conteúdo do livro não é transmitido ao leitor independentemente da vontade”, além do que o livro “concede ampla liberdade ao público tanto na opção da escolha do que deve ser lido como na tomada de

posição ao término da leitura”. Arremata no sentido de que “o conteúdo de um livro somente possui o condão de proliferar-se a partir do momento em que uma comunidade política tenha, minimamente, tendência para aceitar aquelas ideias, ou seja, se existir ambiente propício à proliferação do que nele registrado”. (BRASIL, 2004b, p. 890).

O Brasil não é e nunca foi terreno fértil para a implantação de um regime nazista, diferentemente do que ocorrera na Alemanha da década de 30, cujo uma séria de fatores sociais e econômicos contribuíram para a disseminação do ódio ao povo judeu. No que se refere à proteção da memória das pessoas que foram vitimadas pelo nazismo, importante atentarmos ao fato de que a leitura do livro associada com o senso crítico atualmente desenvolvido pela sociedade poderia, até mesmo, reforçar a empatia e a solidariedade por tais vítimas, ante a latente irracionalidade das ideias proferidas.

Seguindo na argumentação a respeito da inexistência de conflitos entre direitos fundamentais no caso concreto, o magistrado destaca que,

Ademais, atualmente a hermenêutica do pós-positivismo soluciona a questão, pela harmonização entre os direitos fundamentais aparentemente em conflito. Aqui, no caso concreto, tenho que inexistente conflito real a ser solucionado, pois, a publicação da obra comumente chamada ‘bíblia do nazismo’ não está a tutelar o direito à informação. Pelo contrário, a obra em questão tem o condão de fomentar a lamentável prática que a história demonstrou ser responsável pela morte de milhões de pessoas inocentes, sobretudo, nos episódios ligados à II Guerra Mundial e seus horrores oriundos do nazismo preconizado por Adolf Hitler. Portanto, contrária à defesa dos direitos humanos. Ainda que não se entenda assim, dúvida inexistente que se houver um confronto entre os interesses jurídicos em comento, vai prevalecer a tutela dos direitos humanos, seja se utilizando da técnica de solução de conflitos consistente na preponderância de interesses, seja pela técnica da harmonização entre os interesses em conflito. Esta afirmativa decorre da prevalência dos direitos humanos sobre qualquer outro vá de encontro a este. (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado).

Neste ponto, observa-se que se chega a uma conclusão acertada por meios equivocados. De fato, não há conflito existente entre os direitos humanos e a liberdade de opinião, notadamente pelo fato de que a mera publicação de um livro não possui o condão de atentar contra os direitos humanos, pois não passam de palavras escritas em papel. Além do mais, como qualquer obra literária, necessária se faz a sua contextualização e elucidação, que se mostra muito mais eficaz do que o autoritarismo da censura.

Constata-se, também, que o direito e a liberdade à informação²⁶ foi sumariamente desconsiderado quando da argumentação. Neste ponto, evidente o ativismo do Estado em

²⁶ Nas palavras de Silva (2005, p. 245-246), “a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. A primeira, observa Albino Greco, coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão; a segunda indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas. Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a

relação ao conteúdo, que acaba por decidir, de forma unilateral, o que é ou não é informação. Por fim, a publicação da obra de Adolf Hitler nos dias atuais não deveria e nem mesmo poderia ser encarada como um meio para fomentação das ideias nazistas, mas sim como um documento histórico que deveria estar nas mãos de todos aqueles que possuem interesse em entender como pensava, o que motivou e como fora possível que Adolf Hitler convencesse grande parcela de toda uma população a agir de forma tão irracional e desumana. Não é razoável presumir que a busca por este tipo de conhecimento e informação a partir da análise das palavras do próprio autor traga iminente e claro risco aos direitos humanos até então respeitados e amplamente estabelecidos no seio da sociedade brasileira.

Necessário, pois, um amadurecimento maior do entendimento a respeito dos limites da liberdade de expressão, direito fundamental previsto no ordenamento constitucional brasileiro. Não se trata da defesa de um irrestrito direito à liberdade de expressão, mas da definição de seus limites de forma coerente e proporcional. Questiona-se, por exemplo, a necessidade da invocação do direito penal na sanção e censura de discursos que, a priori, não provocam nenhum tipo de desordem social, pois existentes somente no mundo das ideias. Os danos externos prováveis e diretos a pessoa determinada provocados pelo discurso poderiam ser suficientemente reparados pelo direito civil. Toledo (1994, p. 13-14), ao tecer comentários a respeito dos limites da incidência da norma penal, afirma que o Direito Penal:

Não deve, pois, ser chamado a tudo resolver e menos ainda deve transformar-se em desajeitado modelador do caráter, da personalidade, ou em sancionador da formação moral profunda da pessoa, isto é, da *Gesinnung*. Não é, por fim, o direito penal instrumento de depuração ou de salvação espiritual de quem quer que seja [...] A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso.

Em sequência, destaca o magistrado que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, posicionando-se pela “tutela das garantias das pessoas humanas em detrimento de atos discriminatórios e incentivadores de ódio e violência” (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado). O caso a que o magistrado se refere é o julgamento do HC 82.424/RS, já citado no presente trabalho. Em conclusão, o magistrado entende pela necessidade do deferimento de tutela inibitória, a fim de evitar a ocorrência de dano que, na sua interpretação, traria riscos à manutenção da ordem pública:

procura, o acesso o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.” (SILVA, 2005, p. 245/246).

Destaco que a venda de livros que veiculam ideias e ideais nazistas ferem gravemente a ordem pública, pois afronta a norma penal insculpida no artigo 20 § 2º, da Lei nº 77168/89. Dessa forma, estão demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro na própria demonstração da existência da obra que apregoa o nazismo; o segundo, considerando a urgência em evitar a disseminação do livro com ideias contrárias aos direitos humanos, que é fundamento e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. E, por fim, a tutela da ordem pública evidencia a imprescindibilidade do deferimento da medida cautelar postulada. (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado).

Em seu dispositivo, fora determinada a proibição de exposição, venda, ou divulgação a qualquer título, da obra intitulada ‘Minha luta’, de Adolf Hitler, sendo expedidas, com base no art. 20, § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89, mandados de busca e apreensão e carta precatória com a mesma finalidade, com vistas a garantir a efetividade da decisão. Fora fixada multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por exemplar divulgado ou vendido, em descumprimento à decisão (RIO DE JANEIRO, 2016).

Como se observa, a decisão prolatada seguiu o padrão habitualmente adotado pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive pelo STF; além de estar adequada a dispositivo infraconstitucional que criminaliza a expressão de ideias discriminantes ou preconceituosas. O desfecho só poderia ser diverso caso o magistrado inovasse o entendimento relativo à liberdade de expressão, tal qual os ministros do STF vencidos quando do julgamento do HC 82.424/RS.

A existência de uma aparente pacificação na doutrina e jurisprudência a respeito da necessidade da censura ao discurso do ódio em conjunto com uma cômoda e conveniente omissão da sociedade em relação ao direito de divulgação de ideias que são rechaçadas pela maioria das pessoas traz grandes riscos à garantia da liberdade de expressão, que passa a ser garantida somente quando adequada à ideologia dominante. A tolerância precisa ser exercida e incentivada pelo Estado, o que só é possível a partir da tomada de uma posição neutra em relação ao conteúdo do discurso. Ao contrário do que possa parecer, o incentivo da tolerância não encontra paradoxo no repúdio ao racismo, sendo, inclusive, um meio bastante eficiente de combate ao racismo. Ao permitir que todos os lados de um debate entrem no “mercado de ideias”, mais evidente estarão as falhas argumentativas, de modo que a introspecção de ideias e crenças possam ser, de fato, extirpadas da mente das pessoas, através do exercício da reflexão, raciocínio e razão que o debate proporciona.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, através do desenvolvimento do presente trabalho, expor o significado e importância do princípio da liberdade de expressão. Reconhecida como essencial por uma série de tratados e convenções internacionais, a liberdade de expressão foi incorporada como direito fundamental por muitas Constituições ocidentais, incluindo-se o Brasil. Entretanto, partindo da premissa de que nenhum direito é absoluto, importante se fez delimitar os limites adequados ao seu exercício.

Tendo por base a legislação e a jurisprudência brasileiras, observou-se que o discurso do ódio, representado mais especificamente através do crime de racismo, constitui um dos limites ao exercício da liberdade de expressão. No que pese a importância do zelo pela igualdade e dignidade da pessoa humana, não se objetivou garantir uma espécie de “carta branca” a discursos preconceituosos e discriminatórios, mas adequar a sua emissão à realidade fática de suas consequências.

Uma vez entendido que a garantia da liberdade de expressão, pensamento e consciência é de essencial importância para a preservação da individualidade e autodeterminação dos indivíduos, mais importante do que proibir a emissão de discursos seria coloca-los em debate, a fim de expor as suas falhas e perversidades. Sendo o preconceito, o ódio e a intolerância decorrentes da ignorância e sentimentos, o debate se revela como a melhor opção para a sua extinção, visto que os seres humanos gozam de consciência e racionalidade.

Desta feita, a análise quando da limitação da emissão de discursos deveria ser feita com base em suas consequências e não em seu conteúdo, a fim de evitar uma ditadura da opinião dominante. A solução encontrada pelos Estados Unidos da América para o problema do aparente conflito entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio foi a exigência de um perigo claro e iminente. Aplicando este critério, a Suprema Corte daquele país garantiu o livre exercício da liberdade de expressão durante décadas, sem nenhuma grave consequência social.

Tendo por base a análise do art. 20, § 2º da Lei nº 7.716/89, observou-se que o ordenamento jurídico brasileiro veda, expressamente, a prática, o induzimento ou a incitação de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

Questionou-se a constitucionalidade do supracitado dispositivo de lei por destinar um único e genérico tratamento a discursos discriminantes sem levar em consideração as consequências decorrentes das suas emissões em cada caso concreto.

Fora exposto o entendimento do Ministro Marco Aurélio quando do julgamento do caso Ellwanger, que se aproximou do entendimento adotado nos Estados Unidos da América ao exigir a possibilidade e probabilidade de ocorrência de um perigo claro e iminente decorrente da publicação de um livro que continha ideais revisionistas. O julgamento relativo ao caso da “marcha da maconha” também se mostrou de essencial importância quando da análise dos limites entendidos por proporcionais ou razoáveis à liberdade de expressão e reunião.

Por fim, analisou-se os fundamentos de decisão liminar proferida pela 33ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que proibiu a edição, publicação e exposição do livro “Minha luta”, de Adolf Hitler, por editoras brasileiras. Extraiu-se que a decisão se baseou no atual entendimento da jurisprudência e ordenamento jurídico brasileiro ao proibir a emissão de um discurso exclusivamente com base em seu conteúdo, sem analisar a possibilidade ou probabilidade de suas consequências. Tendo em vista o valor histórico e a democrática acessibilidade ao conteúdo do livro, não se vislumbra nenhum tipo de risco atual, provável e iminente de caos à ordem social em decorrência da sua publicação, de forma que a liberdade de expressão e informação deveriam ser preservadas no caso concreto.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de uma mudança na abordagem do aparente conflito entre os princípios da liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana realizada pela legislação e jurisprudência brasileiras, uma vez que o Direito Penal não se mostra eficaz quando da mudança de convicção de pessoas que pautam as suas análises em preconceitos e discriminações.

A solução mais adequada seria adoção de uma orientação mais liberal com o objetivo de descriminalizar a emissão de discursos transgressores dos valores sociais quando, da análise do caso concreto, observar-se que a ordem social democrática não sofreria nenhum risco claro e iminente. Os preconceitos e preconceituosos devem ser expostos ao debate para, através do diálogo, ser possível a elucidação a respeito da importância dos valores democráticos e do zelo pela dignidade da pessoa humana, subsistindo, ainda, a possibilidade de aplicação de penalidade de caráter civil nos casos em que houvesse comprovado dano moral ocasionado por um discurso direcionado e específico a uma pessoa.

Desta forma, preserva-se a liberdade e a individualidade dos cidadãos e garante-se o desenvolvimento social a partir da possibilidade de ideias preconceituosas e discriminatórias

serem, de fato, extirpadas da mente dos indivíduos. Como se observa, não se trata de uma supervalorização do princípio da liberdade de expressão em prejuízo do menosprezo do princípio da dignidade humana, mas de uma defesa de uma mudança de abordagem a fim de, efetivamente, extirpar, através do debate e da razão, preconceitos e discriminações da nossa sociedade, preservando-se a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Rogério de Pinho. **O exercício da tolerância frente ao discurso do ódio: uma análise da práxis judicial do STF no caso Ellwanger a partir da concepção de Justiça de John Rawls**. 2017. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016.
- BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 out. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____. Constituição (1934). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1967a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 dez. 1969b. Seção 1. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: jun. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 out. 1969a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 fev. 1967b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.274-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2 maio 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e anti-semitismo**: um julgamento histórico no STF: *habeas corpus* n. 82.424/RS. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2004a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-2-RG. Relator Originário: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2004b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1958.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. "**Hoje estamos muito mais próximos da Justiça**", afirma Pinheiro, da CNV. 2013. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/outros-destaques/223-hoje-estamos-muito-mais-proximos-da-justica-afirma-pinheiro-da-cnv.html>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution (1787). **Constitution of the United States**. Disponível em:

<https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#preamble>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Justia Us Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio**. 1969. p. 395-444. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Justia Us Supreme Court. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**. 1977. p. 432-43. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/case.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Justia Us Supreme Court. **R. A. V. v. St. Paul**. 1992. p. 505-377. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/case.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Justia Us Supreme Court. **United States v. Schwimmer**. 1929. p. 279-644. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/279/644/case.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Justia Us Supreme Court. **Whitney v. Califórnia**. 1927. p. 274-357. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/case.html>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA. Assembleia Nacional. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. São Paulo: Aracati, 2011.

LYND, Staughton. Brandenburg v. Ohio: a speech test for all seasons? *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 43, n. 1, p. 151-191, 1975. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol43/iss1/10>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1986.

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

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Porto Alegre: L&PM, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. Conferência Geral da UNESCO. **Declaração de Princípios Sobre a Tolerância**. Paris, 1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. 2000. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução Irene A. Paternot; Apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Uma teoria da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Medida Cautelar Inominada nº 0030603-92.2016.8.19.0001. Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Centauro Editora e Distribuidora de Livros ME e outro(s). Rio de Janeiro, 2 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2016.001.024910-6&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209/84 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARELA, Alfredo. **Direito constitucional brasileiro**: reforma das instituições nacionais. Brasília: Senado Federal, 2002.