

Discurso de ódio como limite à liberdade de expressão: comparativo entre Brasil e Estados Unidos

Hate speech as a limit to freedom of expression: a comparative between Brazil and the United States

Ana Flávia Cripriano Cardoso Kaffashi¹

RESUMO

Este artigo trata do estudo do discurso de ódio disseminado através do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, analisado pela perspectiva de dois casos comparados, um do Brasil e outro ocorrido nos Estados Unidos. O intuito foi fazer um estudo comparativo desses casos para analisar o nível de proteção jurídica que esse discurso recebe nos dois países. Para tanto foi realizado um estudo comparativo das decisões judiciais e como esse conceito de liberdade de expressão é tratado nos dois países, com foco principal nos votos dos ministros, por meio de fontes documentais, acórdãos de decisões proferidas pela suprema corte de cada país. Levando em consideração o contexto histórico e sociológico, observou-se a tradição jurídica de cada corte percebendo então que o discurso de ódio nos Estados Unidos é mais protegido pela liberdade de expressão, e mais restrito no Brasil. Foi possível concluir que existe uma grande distinção entre a tradição jurídica dos Estados Unidos e o resto do mundo ocidental, sendo os Estados Unidos mais resistente às mudanças e por adotar uma postura mais conservadora. O Brasil, por outro lado, segue as transformações e avanços no direito constitucional dos países europeus e do direito internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: Caso Ellwanger; Caso Brandenburg vs. Ohio; Direito fundamentais; Supremo Tribunal Federal; Suprema Corte Americana.

ABSTRACT

This article approaches the study of hate speech disseminated through the exercise of the fundamental right to freedom of expression, analyzed from the perspective of two compared cases, one from Brazil and the other from the United States. The aim was to make a comparative study of these cases to analyze the level of legal protection that this speech receives in both countries. To this end, a comparative study of judicial decisions was carried out to determine how this concept of freedom of expression is treated in both countries, with a primary focus on the votes of the ministers, through documentary sources, decisions of decisions handed down by the supreme court of each country. Taking into account the historical and sociological context, the legal tradition of each court was observed, realizing then that hate speech in the United States is more protected by freedom of expression, and more restricted in Brazil. It was possible to conclude that there is a great distinction between

¹Graduação em Direito pelo campus de Barra do Bugres da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT).

the legal tradition of the United States and the rest of the western world, the United States being more resistant to changes and for adopting a more conservative stance. Brazil, on the other hand, is following the transformations and advances in the constitutional law of European countries and in international human rights law.

Keywords: Ellwanger case; Brandenburg v. Ohio Case; Fundamental rights; Brazilian Federal Supreme Court; Supreme Court of the United States.

1. INTRODUÇÃO

Existem manifestações de expressão que são constantemente debatidas por se tratarem de dilemas importantes na vida em sociedade. Destarte, a proteção do discurso de ódio pelo direito à liberdade de expressão é constantemente levada à questionamento, recebendo abordagens jurídicas diferentes de um país para outro, problema que será analisado neste artigo.

Por essa razão, acredita-se que o modo como o discurso de ódio é tolerado nos Estados Unidos e proibido no Brasil elucidada que os limites à liberdade de expressão são diferentes em cada país. Assim, parte-se da hipótese de que o discurso de ódio nos Estados Unidos é mais tolerado pela liberdade de expressão, sendo essa uma tradição norte-americana que tem origem na colonização. Por outro lado, a tradição jurídica brasileira é de seguir as transformações e avanços no direito mundial e por isso tende a restringir os discursos de ódio, assim como as cortes europeias.

Tendo isso em mente, este estudo tem como objetivo comparar o nível de proteção do discurso de ódio pela liberdade de expressão nos direitos brasileiro e estadunidense, mediante exame legislativo e análise de uma decisão judicial do Supremo Tribunal Federal do Brasil e uma da Suprema Corte dos Estados Unidos, contrapondo-as, especialmente no que tange aos votos dos ministros, para observar as diferenças e semelhanças na tradição jurídica de cada corte.

Para tanto, será realizada uma pesquisa de natureza qualitativa, descritiva e explicativa, utilizando-se fontes bibliográficas, especialmente do direito constitucional, sobre liberdade de expressão e discurso de ódio, além de fontes documentais, como a legislação correspondente ao tema e as decisões judiciais em análise. Assim, proceder-se-á estudo de caso comparado, através do método hipotético-dedutivo.

A segunda seção será dedicada a compreender o que vem a ser liberdade de expressão e discurso de ódio a partir da literatura constitucional, e complementarmente das ideias do filósofo John Stuart Mill. Por se tratar de uma seção mais teórica, esses conceitos serão

melhor aprofundados com as decisões das cortes nas demais seções, sendo esta uma seção um pouco menor por seu teor mais conceitual.

A terceira seção, tem uma aplicação prática ao serem expostos os casos *Ellwanger*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, e o caso *Brandenburg vs. Ohio*, julgado pela Suprema Corte estadunidense. Para tanto, foram usadas fontes documentais, acórdãos de decisões proferidas pela suprema corte de cada país, disponibilizados no site oficial de cada corte, sendo realizado um fichamento de cada caso, observando os argumentos centrais de cada decisão, em especial identificando as tradições históricas nos votos dos ministros.

Por fim, a quarta seção propõe-se a comparar as duas realidades, utilizando-se do método analítico, para entender qual é o nível de proteção do discurso de ódio pelo direito fundamental de liberdade de expressão em cada país, levando em consideração o contexto histórico e sociológico, e utilizando-se das constituições federais, doutrina apresentada na segunda seção e principalmente os votos dos ministros, expostos na terceira seção, para observar a tradição jurídica de cada corte.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

Com o objetivo de melhor analisar o nível de proteção do discurso de ódio pela liberdade de expressão no Brasil e nos Estados Unidos, é necessário, em primeiro lugar, compreender os conceitos de liberdade de expressão, bem como o contexto histórico e jurídico, para, em seguida, debruçar-se sobre discurso de ódio hodiernamente utilizado pela doutrina, considerando que a conceituação de discurso de ódio será a partir da ótica da liberdade de expressão, servindo para compreensão de se esse tipo de discurso atua ou não como limite ou não à esse direito.

2.1. Liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão pode ser entendido como aquele que “[...], destina-se a tutelar o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano” (BARROSO, 2004, p. 18).

O filósofo John Stuart Mill (2019) argumenta em seu livro, “Sobre a Liberdade”, que ainda que uma opinião seja totalmente verdadeira, parcialmente verdadeira ou totalmente falsa, ela deve ser divulgada:

Se é totalmente verdadeira, ou parcialmente verdadeira – como é o caso mais frequente –, então proibi-la é um mal, porque impede as pessoas de tomar contacto com novas verdades. Se é totalmente falsa, ainda assim é útil que as

pessoas a conheçam, porque perceber as posições dos adversários é essencial para perceber melhor a nossa própria posição, e porque uma opinião que não é criticada passa a ser aceita acriticamente etorna-se um dogma morto, ainda que verdadeiro. (MILL, 2019, p. 15-16).

Esses espaços de troca de opiniões são chamados, por Mill, de livre mercado de ideias. O pressuposto do livre mercado de ideias é que “se deve permitir a expressão de todos, para que a melhor ideia prevaleça” (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 90), por esse motivo “qualquer ideologia pode ser publicamente sustentada, desde que não se trate de palavras de luta (fightingwords)” (CAVALCANTEFILHO, 2017, p. 90-91). As palavras de luta são:

[...] aquelas que, por sua própria declaração, infligem dano ou tendem a incitar uma violação imediata da paz. Tem sido bem observado que tais declarações não são parte essencial de qualquer exposição de ideias, e são de valor social tão leve como um passo para a verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente superado pelo interesse social na ordem e na moralidade (ESTADOS UNIDOS, 1942, tradução nossa).

A liberdade de expressão é altamente valorizada no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, isso se percebe pois está garantida em diversos documentos internacionais, tais como a “Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), no Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 19), na Convenção Européia de Direitos Humanos (art. 10), na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13) e na Carta Africana de Direitos Humanos (art. 9º)” (SARMENTO, 2006, p. 25). Apesar da ampla proteção, “é explícito o posicionamento adotado pelas organizações internacionais de direitos humanos contra a proteção ao exercício abusivo deste direito, voltado ao ataque contra minorias estigmatizadas” (SARMENTO, 2006, p. 25 e 26). Do mesmo modo, essa liberdade é limitada por outros princípios no direito interno de vários Estados, especialmente aqueles com constituições modernas. Nesses casos:

[...] a Liberdade de Expressão não é absoluta, nem é um direito fundamental de hierarquia maior, aos moldes da tutela estadunidense. Essa Liberdade terá que ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, em respeito ao sistema constitucional em vigor. Para tanto, poderá ser utilizada, em casos de violação de direitos, uma solução promovida pelo princípio da proporcionalidade ou da cedência recíproca entre valores constitucionais, ou ainda outros recursos disponibilizados pela hermenêutica (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 349).

Contudo, em países com tradições liberais, em especial os Estados Unidos, o direito à liberdade de expressão costuma ter um peso maior, sendo visto como “um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade.” (BRUGGER, 2007, p. 118).

Dessa forma, o direito à liberdade de expressão está presente em muitos ordenamentos, porém, este pode ser mais ou menos limitado por outros direitos fundamentais, dependendo da tradição jurídica de cada país, como nos Estados Unidos, que trazem a tradição anglo-saxã de liberal devido ao contexto de sua colonização.

2.2. Discurso de ódio como limite a liberdade de expressão

Para essa pesquisa, o discurso de ódio (*hate speech*) foi analisado em conjunto com a liberdade de expressão, sendo este um limite a esse direito. Segundo Brugger (2007), o discurso de ódio não é expressamente proibido ou permitido por qualquer Estado, o que acontece é que, em alguns ordenamentos jurídicos, ele é mais protegido pelo direito à liberdade de expressão, ou não, quando contraposto com outros direitos fundamentais.

Entende-se como discurso de ódio “a expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos” (MEYER-PFLUG *apud* CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 53) geralmente ligados à “raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual” (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 17), sendo algumas de suas nomenclaturas o “racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo” (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 17).

Assim, o discurso de ódio é visto como uma forma de expressão depreciativa contra um indivíduo ou grupo, existindo a partir do momento em que é exteriorizada. O discurso de ódio tem como objetivo:

[...] propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social (FREITAS, 2013, p. 344).

São também efeitos do discurso de ódio “o avanço dos extremismos e radicalizações sociais e políticas em todo Mundo”(SARLET, 2019, p. 1209). Além disso, ele “acirra sectarismos, instila a divisão social, gera níveis preocupantes de instabilidade política e mesmo representa, cada vez mais, ameaças concretas para a democracia” (SARLET, 2019, p. 1209). Sarlet ainda explica:

Que o ódio e sua veiculação pelas mais diversas formas não é um fenômeno novo, já existindo onde se faz presente mais de uma pessoa, mas segue, cada vez mais e especialmente em virtude do potencial de difusão da internet, atingindo dimensões de alto impacto, não parece ser objeto de maior discordância. Pelo contrário, cuida-se de algo presente no nosso dia-a-dia e que tem tido consequências devastadoras sobre a vida de inúmeros indivíduos, famílias e coletividades, sem falar no impacto sobre a sociedade, economia, política e cultura. (SARLET, 2019, p. 1208).

Diante disso nota-se que ao mesmo tempo em que a internet, em especial com a popularização da internet móvel, torna-se ferramenta poderosa no sentido de permitir que as pessoas expressem e façam ouvir suas ideias, a disseminação de discurso de ódio também aumenta e chega a mais interlocutores adeptos a esse discurso. Isso torna ainda mais relevante a discussão jurídica dos limites da liberdade de expressão.

Percebe-se que em cada ordenamento jurídico essa forma de manifestação tem diferentes níveis de proteção pelo direito à liberdade de expressão. Desse modo, na próxima seção serão analisadas duas decisões, uma julgada no Brasil e outra nos Estados Unidos, para analisar como essa relação é aplicada nos casos concretos escolhidos.

3. ESTUDO COMPARADO DE CASOS DE DISCURSO DE ÓDIO JULGADOS PELAS SUPREMAS CORTES BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE

O primeiro caso a ser analisado é o caso Ellwanger (HC 82.424/RS²) julgado no Brasil em 17 de setembro de 2003 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004). O segundo caso será o *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, julgado nos Estados Unidos em 09 de junho de 1969 pela Suprema Corte estadunidense (ESTADOS UNIDOS, 1969).

3.1. Caso Ellwanger

É possível afirmar que o caso Ellwanger, HC 82.424/RS (BRASIL, 2004), é o único “em que o STF analisou especificamente a questão do discurso do ódio” (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 150) e “é considerado um leading case da jurisprudência brasileira sobre o ‘discurso de ódio’” (GOMES; SALVADOR; LUCCAS, 2020, p. 21).

Trata-se do *Habeas Corpus* (HC) 82.424-2 (BRASIL, 2004), caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que figurava como paciente “o escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., Siegfried Ellwanger, acusado do crime de racismo [...] por ter sido autor de obras literárias com conteúdo antissemita, racista e discriminatório” (SILVA *et al*, 2011, p. 456).

Ellwanger, em seus livros “Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira” e “Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra”, relaciona os judeus como sendo da raça judaica, caracterizada, segundo ele, por uma inclinação parasitária que enraíza

²*Habeas Corpus* nº 82.959/RS impetrado em favor de Siegfried Ellwanger que havia sido condenado pelo crime de antissemitismo e recorreu ao Supremo Tribunal Federal fundamentando que os judeus não eram uma raça e portanto não se tratava de crime de racismo, sendo assim, prescritível. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 30 mar. 2021.

no sangue judeu, consoante explica Reale Junior (2010). E não é só. Ellwanger também “defende-se o regime nazista, pretendendo negar o holocausto, desfazendo a memória de Auschwitz e transformando os judeus nos verdadeiros culpados pela 2ª Grande Guerra e únicos beneficiários dela” (REALE JUNIOR, 2010, p. 377).

Apesar de ter sido absolvido em primeira instância, Cavalcante Filho (2018) explica que o réu foi condenado pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), decisão que foi recorrida pela defesa de Ellwanger.

Cavalcante Filho (2018) explica também que a tese de extinção da punibilidade pela prescritebilidade³ do crime era sustentada utilizando-se do argumento de que os judeus não eram uma raça e portanto o caso não tratava de crime de racismo, não sendo assim protegidos pela Constituição Federal “como os judeus não constituíam uma raça, não se poderia punir o paciente pelo crime de racismo. Logo, o delito cometido poderia prescrever” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 153).

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Maurício Corrêa, que votou pelo indeferimento do *HC* nº 82.424/RS, argumenta que baseando-se nos tratados de direito internacional subscritos pelo Brasil “considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódios raciais” (BRASIL, 2004, p. 577). O voto divergente do ministro trouxe à discussão os limites da liberdade de expressão no caso de colisão de direitos essenciais, afirmando que atos discriminatórios são vedados pela Constituição Federal.

Em seu voto o Ministro Celso de Mello, que também manifestou-se pelo indeferimento do pedido, ressaltando a vedação das expressões de ódio, por não serem compatíveis com os valores constitucionais, em especial o direito de igualdade de dignidade da pessoa humana. Interessante destacar que o voto reconhece, inclusive, a limitação do direito fundamental pelo direito penal, o que evidencia a importância de reconhecer seus limites (BRASIL, 2004).

O Ministro Gilmar Mendes votou pelo indeferimento do *HC* nº 82.424/RS e fundamentou também com base nos limites à liberdade de expressão (BRASIL, 2004), afirmando que “essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório.” (BRASIL, 2004, p. 670-671).

Do mesmo modo, o Ministro Carlos Velloso votou pelo indeferimento e sobre o direito à liberdade de expressão afirmou:

³Nos casos previstos no artigo 107 do Código Penal, o Estado não exerce o direito de punir. O inciso IV prevê a prescrição como causa extintiva da punibilidade, ou seja, passado o tempo previsto no artigo 109 do Código Penal o Estado não poderá mais punir o agente pelo crime (BRASIL, [2020]).

[...] não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (C.F., art. 4º, VIII; art. 5º, XLII) (BRASIL, 2004, p. 689).

O ministro reafirma o caráter não absoluto da liberdade de expressão, concordando em não ser possível acobertar manifestações que incitam a prática de ações atentatórias aos direitos fundamentais protegido na Constituição Federal.

De modo contrário aos votos explorados, o Ministro Marco Aurélio votou pelo deferimento da incidência da prescrição punitiva. Importante mencionar que ainda que o ministro tenha votado pelo deferimento do *HC* nº 82.424/RS, ele ressaltou que a liberdade de expressão não apenas é passível de limitação, mas seus limites, desde que embasados na Constituição e, em especial, em outros direitos fundamentais, é essencial a uma sociedade democrática, não sendo o abuso desse direito protegido pela Constituição (BRASIL, 2004).

O Ministro Nelson Jobim votou pelo indeferimento do *HC* nº 82.424/RSe em sua confirmação de voto afirmou que (BRASIL, 2004):

[...] o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é condição para a democracia e o objetivo da liberdade de opinião. As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática (BRASIL, 2004, p. 973).

O voto confirma a importância da igualdade em uma política democrática, não sendo o ódio racial legitimado.

Importante ressaltar que os votos que deferiram o *HC* nº 82.424/RS (BRASIL, 2004) seguiram o argumento da defesa de que o caso não tratava-se de racismo já que não considerava os judeus como uma raça, e não focaram no discurso de ódio em si. Isso revela que ainda que a corte não tenha sido unânime na votação com o indeferimento da medida, o mesmo não é possível afirmar com relação à natureza absoluta ou limitada da liberdade de expressão, pois os votos confirmaram que o direito à liberdade de expressão não é absoluto.

Os ministros afirmaram a importância da liberdade de expressão em uma democracia, contudo, elucidaram também que esse direito não protege as manifestações discriminatórias. Foi explicado que os atos de ódio vão de encontro aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, que são protegidos constitucionalmente e são pilares do sistema democrático.

Em outras palavras, é consenso que a liberdade de expressão não pode ser protegida de forma absoluta, ao ponto de essa proteção ensejar na legitimação de condutas que pregam o ódio a minorias e lhes ferem direitos fundamentais.

Assim, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal, última instância do judiciário Brasileiro, não vê o direito à liberdade de expressão como direito absoluto, mas que é limitado por outros direitos fundamentais, não sendo o discurso de ódio protegido por esse direito.

3.2. Caso *Brandenburg vs. Ohio*

O caso que decide sobre os limites do direito à liberdade de expressão julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos a ser analisado é o caso *Brandenburg vs. Ohio*. Sobre os fatos:

[...] no julgamento do caso *Brandenburg vs. Ohio*, em 1969, a Suprema Corte norte-americana reformou decisão que condenara *Brandenburg*, um líder da KuKluxKlan no Estado de Ohio, pelo delito de apologia ao crime (criminal syndicalism). Este indivíduo organizara e promovera um encontro daquela nefasta entidade, para o qual convidara um repórter, que transmitiu ao público, pela televisão, algumas imagens do evento. Na filmagem, viam-se pessoas encapuzadas queimando cruzes e proferindo palavras de ordem contra negros e judeus. Num dado momento, *Brandenburg* usou da palavra para dizer que ‘os crioulos (nigger) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel’, e, em outra passagem, proferiu ameaça, afirmando que se o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte continuassem a prejudicar a raça caucasiana, a KuKluxKlan poderia tentar se vingar (SARMENTO, 2006, p. 07-08).

Segundo a Suprema Corte (ESTADOS UNIDOS, 1969), Clarence *Brandenburg* foi condenado pelo tribunal do estado de Ohio (*Trial Court*) e recorreu para a corte de apelação do estado (*Appellate Court*) que também reafirmou sua condenação, assim como a Suprema Corte de Ohio (*Ohio Supreme Court*), sendo assim condenado em todas instâncias estaduais. Por fim, o caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos (*United States Supreme Court*). Sobre a condenação de Clarence:

Clarence *Brandenburg* foi condenado por violar estatuto criminal de Ohio que proibia “defesa do cometimento de crime, sabotagem, violência ou terrorismo como fim de obter reforma política” e “a assembleia voluntária de qualquer sociedade ou grupo de pessoas formado para ensinar ou defender doutrinas de sindicalismo criminoso”. (GOMES, SALVADOR, LUCCAS, 2020, p. 73)

Brandenburg defendia que o estatuto criminal de Ohio violava a primeira emenda da *Bill of Rights*, que trata sobre a Liberdade de Expressão (*free speech*), prevendo a proteção da liberdade de fala e vedando qualquer tipo de restrição à palavra ou à imprensa, não se admitindo nenhum tipo de censura prévia (*prior restraint*) (ESTADOS UNIDOS, 1791):

O Congresso não fará nenhuma lei à respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou restringir a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de fazer uma petição ao governo para reparar suas queixas(ESTADOS UNIDOS, 1791, tradução nossa).

Apesar de ter sido condenado em todas as instâncias ordinárias pelo discurso de ódio proferido, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu de forma contrária, decidindo:

[...] reverter a condenação do fazendeiro, uma vez que suas palavras, apesar de moralmente reprováveis e repulsivas, não se configuravam em palavras de luta (*fighting words*), até mesmo pelo contexto em que foram proferidas. (TRINDADE 2017, p. 97-98).

Assim, percebe a força da Primeira Emenda nas manifestações nos Estados Unidos, já que ainda que seja discriminatório, a Suprema Corte Americana entendeu que não poderia limitar um discurso só por seu conteúdo. Nota-se, portanto, que o discurso de ódio é mais protegido pela liberdade de expressão liberdade de expressão nos Estados Unidos.

O caso tornou-se conhecido por definir o limite à liberdade de expressão, sendo utilizado como critério “*imminentlawlessaction*”:

No julgamento, a Suprema Corte utilizou o texto do *imminentlawlessaction*, pelo qual um discurso pode ser proibido, se seu propósito for incitar ou produzir atos ilegais iminentes. Assim, a partir deste precedente, passou-se a entender que a primeira emenda protege discursos até o ponto em que eles não incitem terceiros a cometerem atos de violência ou atos ilegais (GOMES, SALVADOR, LUCAS, 2020, p. 73).

Em suma, para limitar o direito à liberdade de expressão é necessário que um discurso gere atos ilegais, não sendo levado em consideração os direitos da igualdade e dignidade da pessoa humana, ou mesmo a lesão a outros direitos fundamentais essenciais em uma democracia. Esse critério demonstra a tradição liberal dos Estados Unidos, que tem como base de todo sistema jurídico a liberdade de seu povo. Ainda sobre a decisão:

A decisão da Suprema Corte, sem sequer adentrar na questão do racismo, considerou inconstitucional a lei do Estado de Ohio, porque entendeu que ela punia a defesa de uma idéia, o que seria plenamente incompatível com a liberdade de expressão. Nas palavras do Tribunal, “as garantias constitucionais da liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem que o Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando esta defesa seja direcionada a incitar ou promover ação ilegal, e seja adequada ao incitamento ou à produção desta ação”. A linha traçada pela Corte distinguiu a defesa de idéias racistas – protegida pela liberdade de expressão – da incitação à prática de atos violentos – não protegida. (SARMENTO, 2006, p. 08)

A Suprema Corte sequer levou em consideração a questão racial como um problema, restringindo-se à importância da liberdade na defesa de uma ideia.

Desse modo, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte Americana entende que o discurso de ódio pode ser protegido pela liberdade de expressão, exceto quando promover ou incitação ação ilegal, demonstrando que os dois países limitam o discurso de ódio de forma diferente.

4. NÍVEL DE PROTEÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No Brasil, o conteúdo de um discurso é importante para sua vedação, sendo utilizado o princípio da ponderação⁴ no caso do direito à liberdade de expressão ferir a dignidade da pessoa humana ou o princípio da igualdade. Desse modo, manifestações com conteúdo discriminatório não são protegidas pela liberdade de expressão, conforme percebe-se nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Nos Estados Unidos, por outro lado, o conteúdo do discurso é irrelevante, ainda que ele seja ofensivo, não sendo levado em consideração se o autor agiu de forma discriminatória ou se ofendeu algum indivíduo ou grupo. A liberdade de expressão somente é limitada quando resulta em uma iminente ação ilegal, ou seja, quando através do discurso o autor instiga ou pratica um crime, como foi citado na seção 3.2.

Em ambos ordenamentos, brasileiro e estadunidense, segundo percebeu-se através dos casos expostos, o discurso de ódio é conceituado da mesma forma, contudo direito à liberdade de expressão, por outro lado, é limitado de formas diferentes. Assim, no Brasil a liberdade de expressão é mais restrita, em especial quando colide com o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, sendo vedada qualquer forma de discurso de ódio. Nos Estados Unidos, por outro lado, a liberdade de expressão é somente limitada quando esta gera uma ação legal, diferentemente do resto do mundo ocidental, de modo que sua proteção tem caráter quase absoluto:

[...] o discurso do ódio é muito mais protegido nos Estados Unidos do que na Alemanha, Europa, Canadá e na maioria dos países com constituições

⁴Nos casos de colisão de princípios em casos difíceis, é utilizado o princípio da ponderação: “[...] os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso. [...] Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais. Isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.” (BARROSO, 2004, p. 11)

modernas. Na jurisprudência dominante americana, a liberdade de expressão, nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio, é um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade. Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros. O direito internacional e a maioria dos ordenamentos jurídicos não-americanos atribuem maior proteção à dignidade, honra e igualdade dos destinatários do discurso do ódio (BRUGGER, 2007, p. 118).

As diferentes realidades jurídicas são demonstradas também através de suas Constituições. A Constituição Estadunidense traz em sua primeira emenda a proibição de qualquer forma de restrição ao direito à liberdade de expressão, conforme visto na seção anterior, demonstrando a valia desse direito para todo o ordenamento.

Percebe-se que a tradição estadunidense carrega a tradição anglo-saxã de liberdade, tanto individual como coletiva perante o poder da realeza. Isto está expresso na Magna Carta de 1215, que ganhou força maior com o processo de independência das treze colônias. Num processo de contestação e luta contra um poder absoluto e tirânico é muito difícil que não exista dentro de todo discurso libertário algo do discurso de ódio, conforme explica Oliveira Junior (2008).

Quando se observa o comportamento da Suprema Corte dos Estados Unidos nessa decisão, percebe-se uma cultura de resistência à mudanças, o que resultou em cortes menos rigorosas com discursos discriminatórios, com maior proteção do discurso de ódio e a defesa veemente da liberdade de expressão, além da “nítida influência do liberalismo sobre o discurso judicial” (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 123).

Outrossim, a Declaração dos Direitos dos Estados Unidos é datada em 1791, mais de 200 anos atrás, uma realidade muito distinta da atual. Contudo, diferentemente das tendências do resto do mundo, especialmente após duas guerras mundiais, o advento do fascismo, a Revolução Russa e seus desdobramentos, que geraram no mundo todo o sentimento de necessidade de mudar, novas preocupações foram geradas e o direito foi se atualizando conforme essas novas necessidades, que inclui mudanças de paradigmas.

A tradição americana, por outro lado, tende a perpetuar tanto o espírito formador da sua Constituição como do seu texto original, então apesar de receber emendas e adesões, ainda que de conteúdo substancial, não há reformulações da Constituição.

Ao se comparar as duas tradições jurídicas, fica claro que a tradição jurídica brasileira tem por principal característica acompanhar os avanços ou os movimentos externos, e isso se vê claramente ao levar em conta que a Constituição Federal de 1988, a sétima constituição

Brasileira, tem grande influência de outras constituições, inclusive na Constituição dos Estados Unidos.

Portanto, por ser o Estado brasileiro signatário de diversos tratados internacionais, o respeito aos direitos humanos é parte importante do ordenamento jurídico, o que fica demonstrado não apenas na decisão estudada, mas também naqueles que seguiram esse entendimento, como o ARE 891.647 ED/SP⁵ (BRASIL, 2015), RHC 146.303/RJ⁶(BRASIL, 2018) e HC 109.676/RJ⁷ (BRASIL, 2013). Isso inclui a defesa das minorias e a abolição de qualquer tipo de preconceito, dessa forma, não há o que se falar em proteção da liberdade expressão para o discurso de ódio e liberdade de porte/posse de armas.

Isso é claramente percebido através dos votos dos ministros apresentados na quarta seção, mesmo os que votaram pelo deferimento do HC nº 82.424/RS(BRASIL, 2004) afirmaram que a liberdade de expressão não é absoluta, deixando claro que se o caso tratasse exclusivamente do discurso de ódio, o resultado seria quase ou totalmente unânime.

Além disso, a forma como nossa Constituição foi escrita permite que seja dada novas interpretações ao texto constitucional, não de forma a mudar o texto original, mas sim para adequar os princípios fundamentais estabelecidos pela constituinte as necessidades de cada época.

Desse modo, em razão de sua tradição latina, o discurso de ódio no Brasil não é protegido pelo direito à liberdade de expressão, sendo repudiado qualquer tipo de manifestação discriminatória, e o mesmo se vê no resto do mundo ocidental, *e.g.* Alemanha, França e Canadá, que segue a mesma tendência de acompanhar a evolução do direito. Já os Estados Unidos têm maior resistência às mudanças, e portanto somente vedam esse tipo de discurso se este resultar em uma iminente ação ilegal, sendo, portanto, o discurso de ódio mais protegido pela liberdade de expressão.

As duas tradições jurídicas traçam caminhos diferentes, de certo modo até antagônicos, possibilitaram que o mesmo direito, a liberdade de expressão, fosse limitada de formas

⁵Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647, em que o tribunal confirma a condenação do jornalista Paulo Henrique dos Santos Amorim no crime de injúria, sendo confirmado o abuso no exercício da liberdade de expressão. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur320474/false>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶ Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 146303 / RJ, em que o tribunal nega provimento ao recurso impetrado por Tupirani da Hora Lores e fundamenta que o discurso com conteúdo de intolerância religiosa é um ataque ao direito à liberdade de crença religiosa. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur388361/false>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷*Habeas Corpus* nº 109.676 / RJ impetrado em favor de Eduardo Banks dos Santos Pinheiro que requereu a declaração de inconstitucionalidade do crime de injúria qualificada. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur238436/false>. Acesso em: 30 mar. 2021.

diferentes, fazendo com que o discurso de ódio seja permitido em um país e proibido em outro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segunda seção, destinada a conceituar liberdade de expressão e discurso de ódio e contextualizar as tradições jurídicas dos países, demonstrou que a liberdade de expressão é entendida como o direito de externar opiniões. Nos Estados Unidos, país de tradição anglo-saxã de liberdade, tende a alargar o conceito de liberdade de expressão, enquanto o Brasil tende a restringir para garantir outros direitos, principal razão pela diferença entre os dois países.

Conforme visto através dos votos dos ministros de ambos os países, apesar de sua importância, a liberdade de expressão não se trata de um direito absoluto, podendo ser limitada. Desse modo, o discurso de ódio, que são manifestações de caráter discriminatório, pode atuar como limites desse direito, situação que muda de acordo com o ordenamento jurídico.

Através da exposição dos votos dos ministros nos dois casos ficou evidente que a tradição jurídica do Brasil e dos Estados Unidos são muito diferentes, havendo grande rigor dos ministros brasileiros para não tolerar discursos de ódio. Nos Estados Unidos, por outro lado, são criadas barreiras para não haver a restrição de manifestações, ainda que de conteúdo discriminatório.

Como resultado da comparação realizada na quarta seção, entende-se que a constituição estadunidense é fruto de uma tradição anglo-saxã liberal que vem desde à colonização, que continua a perpetuar o espírito formador da sua constituição que tem como princípio norteador o direito à liberdade. A tradição estadunidense tende a resistir à mudanças em seu ordenamento jurídico, sendo assim o direito à liberdade de expressão mais protegido por não ter acompanhado o avanço do direito no resto do mundo e adotar uma postura mais conservadora, tanto jurídica quanto política.

Já a tradição jurídica brasileira é de seguir as transformações e avanços no direito constitucional dos países europeus e do direito internacional dos direitos humanos, e por isso tende a restringir os discursos de ódio, assim como as cortes europeias e o resto do mundo ocidental.

Desse modo, percebe-se que a grande distinção entre a tradição jurídica dos Estados Unidos e o resto do mundo ocidental, pois ainda que existam diferentes tradições culturais e que a constituição de cada país tenha sido elaborada em contextos históricos distintos. Após os

eventos catastróficos que a humanidade vivenciou, o mundo ocidental se reformulou, enquanto os Estados Unidos permaneceu com uma postura conservadora, resistente às mudanças, sem alterações significativas em seu direito constitucional desde sua criação.

Essa distinção entre Brasil e Estados Unidos não se resume ao fato de ambos terem nascidos e se desenvolvidos em tradições diferentes, visto que os EUA se difere também de países cujo berço jurídico seria e mesmo que o dele, o melhor exemplo disso é o seu vizinho Canadá. Nos parece que a tradição estadunidense, na sua insistência na observância no espírito revolucionário do século XVIII, se afastou bastante não só da tradição jurídica brasileira como da maior parte dos países desenvolvidos ocidentais. O que um dia foi revolucionário, hoje se tornou conservador.

Portanto, como procuramos mostrar neste trabalho, tanto pela argumentação teórica como na documentação utilizada, neste caso nos votos dos ministros em duas cortes superiores, a hipótese inicial de queo discurso de ódio nos Estados Unidos é mais tolerado pela liberdade de expressão, e mais restrito no Brasil foi confirmada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, p. 65, out./dez. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas-corpus nº 109.676/RJ. Relator do acórdão: Min. Luiz Fux, 11 de junho de 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de ago. de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur238436/false>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647 ED/SP. Relator do acórdão: Min. Celso de Mello, 15 de setembro de 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, 21 de set. de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur320474/false>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303 / RJ. Relator do acórdão: Min. Edson Fachin, 06 de março de 2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, 07 de ago. de 2018. Disponível: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur388361/false>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas-corpus nº 82.424-2/RS. Relator do acórdão: Min. Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003. *Diário de Justiça Eletrônico*, 19 de mar. de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Tradução de Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista Direito Público*, [s.l.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/1418>. Acesso em: 02 nov. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>. Acesso em: 02 nov. 2020

ESTADOS UNIDOS. *Bill of Rights*. [S.l.], 15 set. 1791. Disponível em: <https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/bill-of-rights>. Acesso em: 13 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS. *US SupremeCourt. Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444* (1969). [S.l.], 09 jun. 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444>. Acesso em: 13 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS. *US SupremeCourt. Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568* (1942). [S.l.], 09 mar. 1942. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Sequência*, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327>. Acesso em: 02 nov. 2020.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. *Discurso de Ódio*. 1. ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271385/>. Acesso em: 06 mar. 2021

LUCCA, Newton de; MEYER, Samantha Ribeiro. A Liberdade de Expressão do Pensamento e o Habeas Midia. *Direito Público*, [S.l.], v. 13, dez. 2016. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2768>. Acesso em: 05 mar. 2021.

MILL, JohnStewart. *Sobre A Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Grupo Almedina, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724418001/>. Acesso em: 06 mar. 2021.

OLIVEIRA JUNIOR, Claudomiro Batista de. Afirmação Histórica e Jurídica da Liberdade de Expressão. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. *Anais [...]*. Florianópolis: FUNJAB, 2008. p. 5777-5795. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf). Acesso em: 28 mar. 2021.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Santa Catarina, v. 11, n. 2, p. 374-401, 13 maio 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954/1022>. Acesso em: 10 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *Revista Estudos Institucionais (REI)*, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1207-1233, dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428>. Acesso em: 08 mar. 2021.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 56-114, out./dez. 2006. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo: v. 7, n. 2, p.445-468, jul. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23964/22729>. Acesso em: 02 nov. 2020.

Recebido em: 04/12/2021.

Aceito em: 09/02/2022.