



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE**  
**ASSIS”**

**FELIPE GOULART CUNHA**

**A TENSÃO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO**  
**DE ÓDIO NO PANORAMA JUDICIAL E DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

**UBERLÂNDIA - MG**

**2019**

FELIPE GOULART CUNHA

**A TENSÃO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO  
DE ÓDIO NO PANORAMA JUDICIAL E DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

UBERLÂNDIA – MG

2019

**A TENSÃO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO  
DE ÓDIO NO PANORAMA JUDICIAL E DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada para a obtenção do título de Bacharel no programa de graduação da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Professor Dr. Alexandre Garrido da Silva

Uberlândia, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

---

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva  
Orientador

---

Prof. Dr. José, de Magalhães Campos Ambrósio  
Examinador

---

Prof. Dr. Raoni Macedo Bielschowsky  
Examinador

Nesse momento da vida em que mais um ciclo encerra-se e novos horizontes são vislumbrados, importante agradecer aos meus familiares e amigos pelo amor e dedicação que conferiram a mim e me engrandeceram-me nesse tempo. Além disso, agradeço às inúmeras experiências que foram proporcionadas a mim na honrosa Universidade Federal de Uberlândia, em vários momentos destes longos anos, os quais permanecerão em minha memória. Muito obrigado.

E quando o ódio  
falar mais alto,  
fique surdo.

## RESUMO

O tema desta monografia é pautado no fenômeno surgido há alguns anos que atinge o aparato constitucional no Brasil e no mundo e que crescentemente tem causado discussões dentro dos Tribunais, Órgãos Legislativos e nas academias. Trata-se do discurso de ódio proferido em vários ambientes seja ele real ou virtual, em diversos momentos como em época eleitoral e por diversas pessoas que utilizam do seu direito à liberdade de expressão para agredir o outro. Tais atitudes tem gerado desconforto na sociedade, a qual está radicalizada e intolerante, haja vista os frequentes episódios de violências de todos os tipos veiculados pela mídia. Diante desse quadro, a democracia é influenciada na medida em que o contexto social se torna hostil para o debate público e político, pois os episódios de violência são legitimados diminuindo a capacidade de diálogo entre os cidadãos, além dos ataques conjunturais à pessoa ou grupo diferente daquele que profere o discurso de ódio. Em virtude disso, novas formas de alinhamento político surgem e novos atores nascem nesse cenário, de forma que a democracia sofre impactos e afeta a vida de milhares de pessoas que não conseguem exercer sua cidadania pela opressão ou exclusão. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar um caso de *hate speech*, no Inquérito 4.694/DF e não prosseguiu com a análise criminal do caso, por considerar o princípio da liberdade de expressão mais relevante. Entretanto, o Poder Judiciário dá sinais fortes de que aceita o ambiente descrito e coloca a democracia sob teste, porém, a democracia brasileira apresenta um histórico conturbado e de difícil assimilação da sua concepção e necessidade para a vida republicana, o que agrava o ambiente público traçando novos horizontes para a nossa história. Por isso, faz-se necessário analisar tal contexto de polarização e seus impactos na democracia brasileira e a direção constitucional tomada pelo STF por meio da decisão no julgamento referido.

**Palavras-chave:** Democracia. Discurso de ódio. Supremo Tribunal Federal. Liberdade de expressão. Racismo. Intolerância.

## ABSTRACT

The theme of this monograph is based on the phenomenon that emerged a few years ago that hits the constitutional apparatus in Brazil and worldwide and has increasingly caused discussions within the Courts, Legislative Bodies and academies. It is the hate speech delivered in various environments, be it real or virtual, at various times, such as during the election season, and by various people who use their right to freedom of expression to assault each other. Such attitudes have generated discomfort in society, which is radicalized and intolerant, given the frequent episodes of violence of all kinds transmitted by the media. Against this background, democracy is influenced as the social context becomes hostile to public and political debate, as episodes of violence are legitimized by diminishing the capacity for dialogue between citizens, as well as conjunctural attacks on different people or groups. one who utters the hate speech. Because of this, new forms of political alignment emerge and new actors are born in this scenario, so that democracy suffers impacts and affects the lives of thousands of people who cannot exercise their citizenship through oppression or exclusion. The Federal Supreme Court has already had the opportunity to examine a hate speech case in Inquiry 4.694 / DF and has not proceeded with the criminal analysis of the case because it considers the principle of freedom of expression more relevant. However, the judiciary gives strong signals that it accepts the environment described and puts democracy to the test, but Brazilian democracy has a troubled and difficult to assimilate its conception and need for republican life, which aggravates the public environment. charting new horizons for our history. Therefore, it is necessary to analyze this context of polarization and its impacts on Brazilian democracy and the constitutional direction taken by the Supreme Court through the decision in the referred judgment.

**Keywords:** Democracy. Hate speech. Federal Supreme Court. Freedom of expression. Racism. Intolerance.

## LISTA DE SIGLAS

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**PGR** – Procuradoria Geral da República

**CP** – Código Penal

**LGBT** – Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transsexuais

**EUA** – Estados Unidos da América

**ONU**- Organização das Nações Unidas

**INQ** - Inquérito

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>10</b> |
| <b>1. A HISTÓRIA DEMOCRÁTICA BRASILEIRA .....</b>                    | <b>13</b> |
| 1.1. O contexto histórico democrático .....                          | 13        |
| 1.2. A ditadura militar e os impactos na democracia brasileira ..... | 15        |
| <b>2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO.....</b>         | <b>20</b> |
| 2.1. Conceito e história da liberdade.....                           | 20        |
| 2.2. O enfrentamento ao <i>hate speech</i> em alguns países .....    | 21        |
| 2.3. As consequências do hate speech e o panorama brasileiro.....    | 25        |
| 2.4. Há limites à liberdade de expressão? .....                      | 28        |
| <b>3. A RELAÇÃO ENTRE A DEMOCRACIA E O PODER JUDICIÁRIO.....</b>     | <b>32</b> |
| 3.1 A interpretação jurídica no regime democrático.....              | 32        |
| 3.2 A atuação jurisdicional nos regimes políticos .....              | 33        |
| 3.3 O ativismo judicial no Estado Democrático .....                  | 34        |
| 3.4 A construção do positivismo jurídico no espaço democrático.....  | 37        |
| 3.5 A liberdade na visão dworkiana.....                              | 41        |
| 3.6 O método da decisão correta.....                                 | 42        |
| <b>4. A DECISÃO DO STF NO INQUÉRITO 4.694/DF.....</b>                | <b>45</b> |
| <b>5. A DEMOCRACIA AMEAÇADA.....</b>                                 | <b>50</b> |
| 5.1 A atual conjuntura social e as transformações democráticas.....  | 51        |
| 5.2 A atuação das Cortes Constitucionais no meio democrático .....   | 52        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>56</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>59</b> |

## INTRODUÇÃO

Este trabalho acadêmico de conclusão de curso tem como tema as transformações no sistema democrático brasileiro impactado pelo discurso de ódio na seara jurídico-constitucional. Além disso, pretende-se analisar as concepções sobre as manifestações de ódio, o contexto social e histórico em que são concebidas, a atuação do Poder Judiciário, especialmente do STF e as consequências ao ambiente democrático.

A democracia já foi compreendida como um farol que pretendia iluminar o mundo e detinha a capacidade de eliminar o autoritarismo, implantar a inclusão social, conduzir os indivíduos à paz e à prosperidade, mas atualmente o que se percebe é uma sociedade que cultua o desapego, dado os recentes movimentos de grupos e pessoas que expõem manifestações de ódio e polarizam o ambiente democrático.

Hoje, a presença de discursos de ódio promovido por diversos atores políticos e cidadãos comuns replicados desenfreadamente, em especial nas redes sociais, as quais são as principais ferramentas de troca de informações no contexto vigente, tem se agravado no Brasil e no mundo, em maior medida do cenário político. Isso é verificado, pois não são raras as vezes que ocorrem manifestações discriminatórias de toda natureza e incitações de segregação ou afirmação da violência contra um grupo ou segmento social nos espaços cibernéticos.

Esses atos promovidos por grupos sociais ou individualmente, os quais baseiam-se em alguma medida, no preconceito existente, no envolvimento sentimental e, principalmente, na concepção de liberdade de manifestação geram mensagens de ataque a grupos majoritariamente marginalizados ou que se opõem ao estilo tradicional de vida. Trata-se de mensagens que validam a discriminação, a desumanização e a violência.

Como resultado, esse problema gera diversas preocupações, notadamente, em relação aos limites da liberdade de expressão, princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988 e que foi construído ao longo da história da democracia no Brasil. Nesse escopo, a comunidade política e jurídica tem se debruçado sobre o tema com a intenção de conceber o discurso de ódio, sob o ponto de vista de sua definição jurídica, bem como quais as suas consequências delas, as limitações que envolvem a ocorrência dessa e quando criminalizá-las se possível pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Tais manifestações poder ser ilustradas por episódios como o ocorrido em Charlottesville, no estado da Virgínia, em meados de 2017, em que um grupo de manifestantes de extrema direita protestou contra a remoção do monumento de Robert E. Lee proferindo ataques verbais e físicos contra outros manifestantes antifascistas, o que se apresenta um quadro de grave

polarização da sociedade. No mesmo sentido, na Europa são recorrentes as situações de manifestações de ódio, em relação a islâmicos e refugiados vindos da Síria e do norte da África.

Com efeito, situações como essas tornaram-se tão evidentes que é possível enxergar os nichos sociais existentes nelas, os quais são indissociáveis, excluem-se e, na maioria das vezes, visualiza-se um grupo de intolerantes que ataca o outro, pelas características que esse outro grupo possui, pois, o discurso de ódio dos primeiros está baseado na intolerância aos segundos, os quais se colocam como um agrupamento diferente dos intolerantes. Logo, o espaço de discussão está engessado pelos ataques proferidos e que contaminam a democracia engendrada ao logo da história.

Nessa perspectiva social inserida, definida a partir de não apenas um conceito, mas, também por diversos sentidos e valores que não comportam uma unicidade de perspectivas, este trabalho busca aprofundar na democracia brasileira o pensamento jurídico, ao vislumbrar e expor um panorama histórico e a participação do Poder Judiciário na sua construção, apresentando um caso de grande repercussão sobre o tema dos limites a liberdade de expressão e as restrições impostas pelo seu uso indevido, em que foi rejeitada a denúncia feita pela Procuradoria Geral da República diante das declarações feitas pelo então candidato e atual Presidente da República Jair Bolsonaro.

Diante da relevância da relação entre o Direito e a democracia, é imperioso a apresentação de pensamentos filosóficos sobre o tema, os quais serão evidenciados no decorrer desse trabalho acadêmico e que enriquecerão a construção da análise de tal relação.

Portanto, diante dos apontamentos aqui apresentados, das crescentes manifestações de ódio, além da falta de limites para essas e da concepção jurídica apontada pelo STF no julgamento do inquérito do ex-deputado Jair Bolsonaro, faz-se mister a análise pretendida neste trabalho acadêmico.

Considerando o exposto, esse trabalho tem como objetivo geral apresentar uma análise dos impactos do discurso de ódio para a democracia brasileira, sob o pano de fundo histórico do Brasil e explanar em que medida o Poder Judiciário repercute na transformação da democracia, visto que esse Tribunal detém o papel como intérprete constitucional, notadamente das liberdades estampadas na Constituição Federal de 1988.

Em relação aos aspectos metodológicos, preferiu-se fazer uso do método de abordagem hipotético-dedutivo em que se parte das considerações gerais sobre os institutos jurídicos relacionados ao tema para se chegar a uma conclusão particular, baseada em fatos vivenciados socialmente.

Assim, buscou-se por materiais em meios eletrônicos e bibliográficos, com a análise de obras que retratam o tema de forma a extrair conhecimento técnico e criar um posicionamento conclusivo. Desse modo, a pesquisa foi desenvolvida de modo descritivo, uma vez que se optou por apresentar o tema, as visões científicas majoritárias que o envolvem, bem como contextualizá-lo historicamente, inclusive no cenário brasileiro e evidenciar os resultados correspondentes, ao interpretar e analisar os fatos, tendo, portanto, um ponto de vista opinativo.

A primeira parte debruça-se sobre a análise histórica da democracia brasileira ao ressaltar os aspectos que explicam de que forma ela desenvolveu-se e a sua assimilação dessa pela sociedade civil.

No segundo capítulo, há uma abordagem teórica a qual expõe, de forma geral, o que a comunidade científica já escreveu sobre a liberdade de expressão, especificamente ao apresentar nomenclaturas e um panorama histórico de alguns países que já se manifestaram sobre o discurso de ódio.

No terceiro capítulo, é abordado a relação existente entre a democracia e o Direito, demonstrando o que alguns autores pensam sobre a coexistência desses dois elementos na sociedade, de modo a apontar que eles se relacionam com a decisão do STF e o *hate speech*.

O quarto capítulo traz à baila a decisão do STF explicando o que cada Ministro argumentou até se chegar à rejeição da referida denúncia, de modo a relacionar essa decisão ao que já foi explanado nos capítulos anteriores.

O último capítulo traz à luz o contexto social vivido atualmente nas democracias, adentrando aos aspectos externos a estrutura estatal, como os meios digitais que desempenham um papel de transformação do pensamento social impactando os regimes democráticos.

## 1. A HISTÓRIA DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

O elemento histórico na construção democrática do Estado é peça fundamental para entender o tema, o qual se debruça esse trabalho. Inicialmente, o estudo acadêmico com intuito de fundamentar os resultados apresentados na pesquisa, é necessário adentrar aos aspectos históricos da democracia no Brasil. Com isso, urge apresentar de que forma foi concebida os movimentos políticos democráticos no Brasil e os acontecimentos mais relevantes, em especial a ditadura militar e os atores mais importantes desse panorama histórico.

### 1.1. O contexto histórico democrático

A democracia surgida à época da Modernidade é um regime de governo de difícil manutenção, porque se baseia na administração do povo, expressão árdua de se contemplar na estrutura racional da construção do Estado durante a história. Nesse processo foi apresentado a juridicidade estatal baseada em elementos como a soberania, o positivismo, a estatização e a racionalização (CUNHA. 2000, p. 67). Esses elementos foram colocados nas Constituições dos Estados a medida do seu surgimento, mas nesse processo algumas nuances democráticas foram mal utilizadas, o que fez surgir regimes autoritários e graves vícios institucionais de poder.

Para Almeida e Diehl<sup>1</sup>, a democracia envolve o elemento “(...) sufrágio universal, pelas eleições periódicas e livres, pela responsabilização do ente estatal de atos praticados por seus representantes eleitos e a consignação jurídica dos direitos de associação”.

Na democracia, o povo escolhe os seus representantes que assumirão o poder de legislar ao interesse dos cidadãos e tomam as decisões objetivando atingir a coletividade, sendo a sociedade responsável por aceitar ou recusar os candidatos no pleito eleitoral<sup>2</sup>.

A abordagem apresentada pelos autores ainda traça dois modelos de democracia: um liberal que valoriza a autonomia do indivíduo, na medida em que é o Estado, a estrutura administrativa capaz de proteger os interesses individuais (ALMEIDA e DIEHL, 2017, p. 10-

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Alcione de; DIEHL, Rodrigo Cristiano. **Os desafios e as perspectivas da democracia brasileira: Diálogo com a Contemporaneidade**. In: Congresso Interinstitucional UNISC/URCA, n.1, ano 2017, Crato – CE. Anais do I Congresso Interinstitucional UNISC/URCA: Edunisc, 2017, p. 6.

<sup>2</sup> Esse é um elemento característico da democracia conceituada por Norberto Bobbio, filósofo italiano. Os outros elementos característicos da democracia são: um elevado número de cidadãos que participa direta ou indiretamente da tomada das decisões coletivas e a existência de regras procedimentais fundamentais como a da maioria. (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**: tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p.23).

11). Esse modelo enaltece a autonomia privada e o Estado mínimo e nele é possível observar um movimento de liberdade vinculado à expressão humana e suas vontades

O outro modelo é o participativo, em que há controle da administração pública pela sociedade. Esse modelo é oposto ao modelo liberal, pois visa o engajamento dos cidadãos nas decisões políticas criando transformações na vida social por meio da participação ativa da sociedade. Não há distinção entre Estado e sociedade e o interesse coletivo se sobrepõe ao individual (ALMEIDA e DIEHL, 2017, p 14). No entanto, o Estado brasileiro foi construído, sob a égide da elite nacional e proprietária das estruturas estatais de Poder.

Para entender o referido regime e a sua concepção na atualidade, busca-se a teoria de Schumpeter, o qual se atém ao elemento eleitoral para definir a democracia. O cidadão tem o poder de voto e de decidir entre os candidatos em competição dentro de um sistema institucional (ABRANTES, 2016, p. 122).

Para complementar a análise dos aspectos da teoria da democracia outros autores são lembrados como Mainwaring, Brinks e Perez-Liñán. Eles expõem que a definição de democracia<sup>3</sup> não pode se limitar à dimensão eleitoral e colocam quatro características: eleições livres e justas; cidadania adulta e abrangente; proteção das liberdades civis e direitos políticos e; poder genuíno das autoridades para governar.

Todos esses elementos estão vinculados ao Estado de Direito que ao longo do tempo foi se transformando no que é hoje o Estado Democrático de Direito, com a conquista de direitos civis, políticos e sociais. Na fase contemporânea (ABRANTES, 2016, p. 134), é questionável a legitimidade do poder, pois mesmo diante de um sistema jurídico de proteção ao cidadão, houve regimes totalitários que usurparam essa proteção como é o caso do Brasil.

Atualmente, esses sistemas jurídicos de Estado Democrático de Direito não trouxeram exata aplicação concreta e mesmo sua base é colocada em questão, na medida em que se observa os fatos recentes, pois uma parte da população não vive a efetividade dos seus direitos fundamentais e um caso como de fala em tom repressivo a um grupo considerado por suas características históricas de luta por direitos fundamentais é um aspecto que desequilibra o sistema democrático instalado no Estado, o que consequentemente pode evidenciar a baixa qualidade da democracia no Brasil.

---

<sup>3</sup> “Democracia, na perspectiva gradualista, é um processo contínuo, um empreendimento coletivo permanente, que estará sempre incompleto, sujeito a avanços, mas também a retrocessos. Pensar em gradações a partir de um tipo-puro ideal permite notar o caráter inacabado deste projeto político, que não se paralisa com a realização de eventuais requisitos mínimos que ultrapassam o limiar do *continuum*. (MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. **Classificando Regimes Políticos na América Latina, 1945-1999**. Revista de Ciências Sociais, vol.44, nº 4, ano 2001, Rio de Janeiro-RJ, p. 141).

## 1.2. A ditadura militar e os impactos na democracia brasileira

No artigo intitulado *A construção da democracia no Brasil: a difícil relação entre Direito e Política*, de Clarissa Tassinara e Danilo Pereira Lima foi apresentado uma importante análise do que se propõe acima.

Na democracia brasileira, galgada pela construção de um Estado autoritário, ocorreu imperfeições que trouxeram um sistema frágil de representação, incapaz de mobilizar a conjuntura política e transformá-la em um ambiente democrático e capaz de responder aos movimentos sociais, as minorias e as transformações da sociedade. Mesmo após a redemocratização e a Constituição Federal de 1988, parte da sociedade está marginalizada e não é ouvida, o que ocasiona déficit de cidadania, consequentemente, a negação da ideia de um governo responsável (TASSINARA e LIMA, 2016, p. 158).

Os autores buscam o episódio da Guerra de Canudos como um ponto histórico para explicar a construção do Estado brasileiro, baseado no romance de Mario Vargas Llosa *A guerra do fim do mundo*. É possível notar que no romance foi apresentado a organização dos elementos estruturantes da República que nasciam naquela época, fim do século XIX baseado no modelo personalista e tradicional do sistema político e a presença das Forças Armadas que constantemente atuavam nas decisões políticas e funcionavam como mediadoras entre os conflitos políticos.

Logo, é possível identificar que a estrutura do Estado Brasileiro construído desde aquele tempo tem como pilar o afastamento da sociedade e suas demandas do processo decisório e das discussões políticas. O Estado, por meio das oligarquias dominantes, tomou para si o dever de construir o país e o seu protagonismo induz à ideia de que as conquistas sociais são uma concessão do Estado, ou seja, uma modernização autoritária, pois não houve o processo histórico de construção da mobilização social<sup>4</sup>. O Estado concede ou tira, sem participação popular, os direitos fundamentais do seu povo.

Já na transição da democracia brasileira ocorrida entre o período do regime militar e a redemocratização, entre os anos de 1964 a 1985, época que passa pelas condicionantes políticas e ideológicas que influenciaram no processo de construção do regime democrático, sendo apropriado analisar as variáveis que integram os elementos históricos.

---

<sup>4</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 176.

É preciso colocar que o golpe militar de 1964 como toda ruptura não surge instantaneamente por um grupo de militares que se rebelam e assumem o poder. Eles possuem várias faces, mas, antes de qualquer ato, eles existem (RUNCIMAN, 2018, p. 42) como sintomas do atraso de Estados em que a democracia não teve tempo de se estabelecer e desenvolver.

O professor Adriano Codato em seu artigo intitulado *Uma história política de transição brasileira da ditadura à democracia* expõe sua narrativa fazendo um resumo dos fatos políticos. Para entender o regime ditatorial que chegou ao poder é preciso compreender a história nacional, ou seja, os contextos e a relação entre os autores, no caso, as Forças Armadas, o Estado e a sociedade<sup>5</sup>. A primeira surgiu do elitismo, da forma hierarquizada e burocrática, calcada na aversão às políticas populistas e de massa e a convicção de que as eleições trazem resultados ruins (CODATO, 2005, p. 169).

Nesse período de enrijecimento do autoritarismo, as agremiações políticas perderam seu papel de representação popular e as classes sociais não foram os únicos atores do processo político, o que se assemelha aos tempos atuais, ante a ausência de representação do povo nos partidos políticos, o que é muito prejudicial, pois, há 32 partidos políticos com registro no Tribunal Superior Eleitoral (TSE)<sup>6</sup>.

Nesse ponto em que o autor coloca o crescimento do autoritarismo,<sup>7</sup> é possível comparar com a atualidade presenciada pelo Brasil, pois as Forças Armadas ganharam espaço político dentro das estruturas burocráticas do governo, inclusive sendo pauta de grupos de extrema-direita que aspiram a ascensão da Ditadura Militar vivida entre 1964-1985.

No Brasil, a transição do regime ditatorial para formas de governo democrático ocorreu de duas maneiras: a “transferência de poder dos militares para os políticos (...) e submissão,

---

<sup>5</sup> No caso do Brasil, a influência dos militares na política foi um fato recorrente em todo o período republicano. No período em que prevaleceram no Brasil governos autoritários (1964-1985), Alfred Stepan, cientista político e pesquisador das relações civil-militar no Brasil, identificou no militar brasileiro características de profissionalização que criaram as condições para uma expansão daquilo que os militares compreendiam como seu papel na sociedade civil e política. Segundo Stepan, os militares começaram a identificar incompetência na liderança civil para a formulação e execução de políticas públicas como uma das causas do subdesenvolvimento e, em consequência, fator de fragilidade para a segurança nacional. Essa compreensão teria provocado a progressiva intromissão militar na condução dos assuntos de Estado. A partir de então, emerge um perfil profissional que Stepan chama de "novo Profissional militar da segurança interna e do desenvolvimento nacional" (STEPAN, Alfred. **Os militares: da abertura à nova república**. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 1986. p. 58.

<sup>6</sup>A informação parte do sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

<sup>7</sup> Oliveiros Ferreira propõe uma outra divisão entre as duas principais correntes político-ideológicas das Forças Armadas: o “estabelecimento militar”, i. e., aqueles que agiriam de acordo com a legalidade constitucional, e o “partido fardado”, i. e., aqueles militares dispostos a intervir na política para estabelecer a lei e a ordem constitucional (FERREIRA, O. S. 2000. **Vida e morte do partido fardado**. São Paulo: Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial. p. 63).

aqui vista como negociação dos militares aos políticos da oposição moderada ao regime” (CODATO, 2005, p. 173-174).

A transição ocorreu de forma negociada de modo que alguns direitos foram incrementados no cenário social, sob o aval do governo, ou seja, a transição de regime ocorreu de forma controlada pelos militares da alta patente, desde que suas posições e vontades fossem respeitadas, pois não poderia abrir caminho a uma ruptura democrática. Nas palavras de Geisel era uma “democracia relativa” (CODATO, 2005, p. 181). Assim, pôde-se concluir que a liberalização dada pelo governo não significava democratização.

Merece destaque uma passagem da obra de David Runciman (2018, p. 192), *Como a democracia chega ao fim*:

“Uma democracia realmente desatenta ou intimidada pode achar que um mau imperador pode se infiltrar em suas instituições, tornando mais difícil se livrar dele. Erdogan está em cena na Turquia já há dezoito anos, e não dá sinal de que esteja indo embora”.

A verdade é que os militares sempre estiveram na cena política do Brasil, hora ratificando os movimentos políticos, ora decidindo diretamente a vida nacional. Atualmente, o ex-deputado Bolsonaro é o Presidente da República sendo claro seu alinhamento com as Forças Armadas, inclusive com vários integrantes da área da Defesa Nacional no 1º e 2º escalão do governo e a metodologia ríspida que utiliza para governar o país, baseando seus atos em opiniões de militares que comandam as pastas ministeriais.

É preciso destacar que o regime militar nunca foi estável durante sua atuação, pois existiam grupos rivais entre as Forças Armadas, os líderes conservadores e os liberais (CODATO, 2005, p. 179). O que mantinha essas disputas amenas eram os resultados positivos, sob o ponto de vista econômico que surgia.

Importante ressaltar que os governos militares, pela essência do autoritarismo<sup>8</sup>, tomavam para si, como donos, os direitos individuais e aparentavam ser proprietários das estruturas do Estado, além de que negociavam e faziam concessões como uma forma de aliviar a pressão social ou melhorar sua relação com o ambiente político, o que era uma adequação do cenário a

---

<sup>8</sup> Explica Daniel Sarmiento sobre o autoritarismo da Ditadura Militar: “Os atos de censura eram graves erros morais, merecedores da mais severa reprovção. Era um tempo “heroico”, por assim dizer, da liberdade de expressão, porque o preço que se pagava pela rebeldia era muito alto: a liberdade de ir e vir, a integridade física e às vezes a própria vida. Havia os “bons”, que desafiavam o regime, e os “maus”, que censuravam e perseguiam os “bons”. A situação era terrível, mas, sob o prisma dos valores em jogo, não havia um “caso difícil”. Aquelas restrições à liberdade de expressão eram simplesmente erradas e ponto final” (SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Revista de Direito do Estado. Renovar, ano 1, nº 4, 2006, pag. 1).

seu favor, o que demonstra o patrimonialismo vivido na história da democracia brasileira, sendo a elite<sup>9</sup> a detentora indireta do poder de conceder ou retirar a liberdade.

Durante a época de autoritarismo militar, havia um agravante que potencializava a ditadura. A oposição partidária ao regime militar representada pelo MDB, antigo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) era afastada dos movimentos populares, não detinha diálogo com o povo que lutava pela volta da democracia. Logo, as classes populares de trabalhadores da indústria, do comércio, do meio rural e estudantes foram se aglutinando e formando movimentos de massas grevistas, sendo que os sindicatos eram as entidades mais presentes na oposição e luta aos governos militares.

Pelo que foi exposto e pelos fatos históricos que marcaram a democracia brasileira mantendo o alinhamento entre a democracia e o Poder Judiciário, é possível entender que aquela é o regime político mais adequado na contemporaneidade, pois, a única forma de um povo seguir as normas é quando essas são criadas por este Poder, garantindo a autonomia.

Para a solidez do regime democrático é fundamental a existência da soberania popular, sendo a liberdade um direito fundamental que deve ser preservado, mas, a democracia, explica o autor, não pode criar padrões de igualdade entre os membros políticos e, em alguma medida, traz complicações à autonomia, dado que basta imaginar o poder regulador de algumas instituições como as Cortes Constitucionais (MACHADO, 2013, p. 11-12).

No sistema constitucional atual, compete ao STF interpretar a Constituição, sendo a Corte guardiã essencial do texto magno, pois é sua a função de estabelecer ordem e consenso, fatores esses destoados da realidade política por vezes, além de analisar a Carta Magna, sem observar pressões populares ou a instabilidade eleitoral<sup>10</sup>.

A liberdade, elemento garantidor de um ambiente democrático, necessita estar presente nos debates e na vivência dos cidadãos, mas, não pode servir para macular ambientes de segregação causados pelo ódio e preconceito existentes atualmente.

É atribuição do Poder Judiciário, órgão que não se alinha aos momentos políticos, distinguir as manifestações da vontade popular, como as manifestações de ódio, pois elas não têm o mesmo peso. Há vontades populares que possuem *status* superior, devido a sua

---

<sup>9</sup> Em um documentário, recentemente divulgado pela provedora global de entretenimento Netflix chamado, **Democracia em vertigem** (2019), é possível verificar a expressão do patrimonialismo da burguesia que se sobrepõe ao próprio Estado, quando em um evento no Palácio dos Bandeirantes um político fica surpreso com a presença de um empresário e pergunta: “Você por aqui? O empresário responde: “Eu sempre estive aqui. Vocês políticos é que sempre se mudam”.

<sup>10</sup> WHITTINGTON, Keith. **Political foundations of judicial supremacy: The presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 1).

relevância, em detrimento de processos legislativos cotidianos que instrumentalizam interesses partidários e eleitorais de curto prazo<sup>11</sup> e também correntes de pensamentos obscurantistas e discriminatórios.

Por essa passagem, é possível perceber que a democracia brasileira foi construída no Brasil sob grande influência das elites econômicas que ditavam as regras políticas do país, sem participação da sociedade civil<sup>12</sup>. Durante a ditadura, foi possível verificar as fraturas da democracia, haja vista que torturas foram realizadas em vários manifestantes opositores e o Estado nunca observou efetivamente os acontecimentos da época, não obstante o alcance necessário da Comissão da Verdade nos vários âmbitos da Federação.

Além da presença integral das forças armadas no ambiente político nacional atuando em várias frentes, a escravidão, a qual resultou na sedimentação no espectro social do racismo faz parte do cotidiano da vida dos brasileiros e brasileiras, como é possível verificar nas periferias das cidades em que a maioria das pessoas são negras. Para essa população, há enorme exclusão social e as barricadas da ditadura e os muros da casa grande ainda impedem o exercício da cidadania democrática.

---

<sup>11</sup> ACKERMAN, B. **We the people**. Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 10.

<sup>12</sup> Esse é um ponto defendido por Bobbio como uma das coisas que a democracia, enquanto sistema prometeu excluir da sociedade, mas não obteve êxito (BOBBIO. Norberto. **A era dos direitos**. 9º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 85).

## 2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

Ao retratar a história da democracia brasileira foi possível perceber que a construção política do Brasil não elaborou da melhor maneira bases sólidas da democracia criando um ambiente desfavorável ao fortalecimento de direitos fundamentais como a liberdade.

Atualmente, é possível observa no cenário social uma crescente onda de discursos de ódio proferidos contra minorias, sob vários instrumentos de comunicação, em especial nas redes sociais. Todos aqueles que expõem visões agudamente preconceituosas e criam ambiente violento se baseia no seu direito à liberdade de expressão e, a partir daí constrói um ambiente livre a propagação de ideias segregacionista e excludentes o que não se conspira ao estabelecimento da democracia.

### 2.1. Conceito e história da liberdade

Historicamente, a liberdade de expressão consolidou-se como pauta dos movimentos liberais burgueses, sob o ângulo econômico, e por meio dela, os Estados Modernos foram construídos e formaram sociedades em que o indivíduo tem a sua dignidade humana respeitada, em tese, e previstas nos textos legais.

Sob essa perspectiva, houve uma quebra da estrutura social até então estabelecida, pois nasceu a racionalidade laica, baseada nos ideais iluministas, em que o pensamento político diverge do pensamento religioso, ao adquirir autonomia desse último. Nesse período, pode-se afirmar que as liberdades, enquanto direitos fundamentais, foram construídas através de constantes lutas por independência entre o Estado e a religião, por intermédio do desenvolvimento do pensamento científico e mediante pressão da classe burguesa.

O conceito de liberdade<sup>13</sup> pode ser dividido em dois âmbitos, conforme expõe Isaiah Berlin<sup>14</sup>: a liberdade negativa, que limita as ingerências, ou seja, a limitação das atuações estatais e a liberdade positiva, a qual direciona à participação política.

---

<sup>13</sup> Nessa perspectiva, Norberto Bobbio divide os Direitos em gerações: a primeira geração de direitos é justamente, composta pelas liberdades que são direitos negativos, ou seja, aqueles responsáveis a coibir a atuação do Estado, afastando tais liberdades. Esses direitos individuais possuem natureza civil e política e nasceram pela necessidade de proteção dos indivíduos, em relação ao Estado, notadamente, seus representantes que utilizam do poder legal para promover vontades próprias, sem interessem comum (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 10).

<sup>14</sup> BERLIN, I. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Humberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Ed. da UNB, 1981. p. 162.

No entanto, essa concepção desenvolveu-se na presença do Estado Liberal, na medida em que demandas sociais foram surgindo e desigualdades materiais foram crescendo no espectro social, conseqüentemente, um novo tratamento ao conceito de liberdade foi assimilado às estruturas estatais e os direitos sociais ganharam notoriedade.

Nesse momento histórico, a fragmentação do tecido social elevou as tensões entre os grupos marginalizados e o Estado, pois a desigualdade social e injustiças no campo econômico e político levaram ao nascimento de movimentos organizados com pautas definidas. Assim, a liberdade de expressão também foi atingida, na medida em que era necessário reafirmá-la para que as lutas sociais pudessem ser vistas e reconhecidas. Da mesma forma, a democracia transformava-se adquirindo um caráter pluralista de suas dimensões no sentido de reconhecer as diferenças do estrato populacional (FREITAS e CASTRO, 2013, p. 343).

A democracia construída nos Estados, caracterizada por padrões liberais, contemplou a liberdade de expressão e considerou inclusive o discurso de ódio<sup>15</sup>, pois a liberdade prevaleceu sobre a dignidade do ofendido. Ademais, (FREITAS e CASTRO, 2013, p. 345) imperou-se a aceitação dos referidos discursos, visto que, pela ótica liberal mercadológica, o melhor discurso sobressaía aos demais.

Com o início do século XX, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial, com a ascensão dos regimes fascista italiano, nazista alemão e os sinais das transformações sociais oriundas do capitalismo implantado pela burguesia da Idade Moderna, a liberdade de expressão passou a ser reivindicada pelos movimentos emancipatórios, na perspectiva da inclusão social e ao mesmo tempo sofreu restrições, em razão do ódio e do pensamento discriminatório.

Hodiernamente, essa problemática no tocante às restrições têm gerado espaços de debates entre os juristas - inclusive dentro dos Tribunais - cientistas sociais e jornalistas, nacionais e internacionais, devido à alta incidência de manifestações discriminatórias de ódio no âmbito social. Contudo, não parece haver consenso, em especial na atuação judicial dos casos apresentados, em razão da alta complexidade jurídica e do valor humano agregado à discussão.

## **2.2. O enfrentamento ao *hate speech* em alguns países**

---

<sup>15</sup> O Conselho da Europa conceitua o discurso de ódio como sendo “cada expressão que difunde, incita, promove ou justifica o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou qualquer forma de intolerância, incluindo intolerância causada por nacionalismo e etnocentrismos de caráter agressivo, discriminação ou hostilidades contra minorias, migrantes e pessoas de origem estrangeira é considerado uma espécie de discurso do ódio” Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en).

Daniel Sarmiento apresentou em seu artigo *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"* ponto de envergadura maior discutido neste trabalho acadêmico, qual seja, a relação contemporânea entre a liberdade de expressão<sup>16</sup> e as manifestações de ódio.

Essas manifestações são vinculadas de maneira violenta que atacam e incitam ódio entre as pessoas. Incorporam uma ideia discriminatória sobre um grupo social como negros, pobres, mulheres, deficientes, LGBTs, religiosos, estrangeiro etc. Não se trata de um debate de ideias em que há divergências sobre alguns pontos em discussão, mas de profunda cisão na interação entre as pessoas devido ao ódio propagado.

Contemporaneamente, pois passado a Ditadura Militar e a redemocratização brasileira, hoje o problema não são os atos do Estado, como a censura - não obstante acontecimentos dessa magnitude acontecerem esporadicamente - mas sim a difícil atividade dos juízes e legisladores em apresentar um equilíbrio nas suas decisões que convirjam os princípios constitucionais.

Em função disso, o assunto tem causado um longo debate dentro das Cortes Constitucionais dos Estados e até em Cortes Internacionais de Direitos Humanos (SARMENTO, 2006, p. 3). De um lado, estão aqueles que entendem haver abertura dentro da liberdade de expressão para manifestações de ódio que a sociedade repele. Contra essas ideias devem ser propagadas boas razões e promover o debate, não a censura. Do outro lado, estão aqueles que defendem a abusividade das manifestações de intolerância, as quais violam princípios fundamentais consagrados pela sociedade ao longo do tempo.

Em muitas dessas situações, via internet, ocorre a divulgação das chamadas *fake news* - nome que se dá as notícias falsas. Nesse contexto, as notícias falsas podem atingir uma pessoa ou um grupo. De toda maneira, o que se verifica quando esses conteúdos desarrazoados atingem uma pessoa é a baixa autoestima, depressão, tentativas de suicídio e automutilação. Em grupos sociais, o impacto envolve desgaste no laço social, exclusão dos membros do ambiente público de debate e opressão sectarista, os quais ameaçam a democracia.

Na esfera internacional, notadamente a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) destaca-se pela atuação desfavorável a manifestações de ódio. Um exemplo é o caso Belkacem

---

<sup>16</sup> A liberdade de expressão vista como um fenômeno social afirma-se a partir do séc. XVIII, ao ser desdobrada em liberdade de imprensa e liberdade religiosa e tornou-se importante para as aspirações liberais da burguesia em ascensão, à época, propagando ideias revolucionárias para a afirmação do Estado Laico e não subordinadas à poderosa Igreja Católica (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, julho. 2013, p. 328).

vs Bélgica<sup>17</sup> em que a Corte de Direitos Humanos entendeu que houve abuso do direito à liberdade por parte de Belkacem em suas declarações contra todos os não muçulmanos.

Naquela região, há preocupação oriunda das estruturas políticas dos Estados europeus com o discurso de ódio, apesar de não haver arcabouço normativo específico direcionado ao combate ao *hate speech*. Destaca-se medidas como da Comissão Europeia para o combate ao racismo e à intolerância, com parcerias com o Facebook, Twitter, Youtube, Google e Microsoft (SARLET, 2018).

Com o caso *Ellwanger no Habeas Corpus* 82.424/RS, o STF, em 2003, entendeu que as manifestações antissemitas não comportam a liberdade de expressão e podem ser objeto de prática criminosa classificada como racismo<sup>18</sup>. Naquela oportunidade, o STF buscou fortalecer o entendimento contrário à proteção constitucional do discurso de ódio.

O autor retrata o *hate speech*<sup>19</sup> sob a ótica do tratamento dado ao tema em três países: nos EUA, Canadá e Alemanha. Além disso, busca analisar como cada um desses países respondem a esse problema.

Nos EUA, a Suprema Corte já analisou algumas vezes discursos de ódios oriundos, em especial, de agremiações segregacionistas como a Ku Klux Klan, desde o pós- Segunda Guerra Mundial. Em alguns casos houve proibição às manifestações de ódio por ofensa a dignidade da pessoa humana, o que extrapolou a liberdade de expressão.

Em um caso, a Corte relativizou o entendimento sobre a expressão do discurso e condenou apenas ações que efetivaram o discurso e não as falas em si. Palavras que por si só não invocaram raça, cor, credo, religião ou gênero foram permitidas.

Em outro caso, no ano de 2003, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a lei penal que criminaliza a queima de cruzeiros com intuito de intimidar um grupo ou pessoa é

---

<sup>17</sup> Fouad Belkacem foi um líder e porta-voz da organização “sharia4belgium”, que propagava e incitava mensagens de ódio contra pessoas que não eram muçulmanas. O maior objetivo do grupo era a transformação da Bélgica em um país islâmico. Porém, após a prisão desse líder o grupo foi dissolvido logo depois. O principal meio de propagação de suas mensagens era pelo Youtube. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que as lições de combate e mensagens de superioridade dos muçulmanos em relação àqueles que não cultuavam do Islã feriram valores de tolerância, paz social e não discriminação. O líder Belkacem ao defender a Sharia incitando a violência como forma de defesa da ideia foi considerado, pela Corte como um discurso de ódio, o que motivou a aplicação do artigo 10 da Convenção sobre os Direitos Humanos ao basear suas manifestações na liberdade de expressão, o que foi considerado subversão ao espírito da Convenção.

<sup>18</sup> HC 82.424/RS, Plenário, Rel. Ministro Moreira Alves. Julgamento concluído em 17 de setembro de 2003 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424**. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>.

<sup>19</sup> Conforme aduz Freitas e Castro o discurso de ódio possui um elemento central que é a expressão de um pensamento que “desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos ou grupos sociais”. Esse pensamento busca discriminar, sem precedentes e limites, aquele que é considerado diferente em razão de etnia, orientação sexual, condição econômica ou convicção política (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, julho. 2013, p. 344).

inconstitucional. Mas, se houver ameaça ofenderia a 1º Emenda da Constituição, notadamente, a liberdade de expressão.

Foi percebido pelo autor que a tradição norte-americana legitima o *hate speech*, pois há uma carga histórica de intensa opressão sobre os negros, o que faz com que o aspecto da liberdade seja visto em um patamar superior à igualdade, a ausência de limites aos comportamentos discriminatórios entre os Estados, sendo reprovável, tão somente, o comportamento estatal (SARMENTO, 2006, p. 11). Logo, o elemento histórico compõe uma determinante para a permissão de mensagens discriminatórias.

Concluiu que nos EUA entende-se que as manifestações de ódio e intolerância, em razão da histórica construção individualista daquela sociedade, fossem protegidas pela liberdade de expressão. Contudo, esse posicionamento não é vencedor no debate atual e não convence a Academia e a sociedade.

Diferentemente, no Canadá ocorreu um movimento legalista que incrementou na sua legislação constitucional, a liberdade de expressão, o multiculturalismo e a limitação aos direitos fundamentais, desde que sejam justificáveis obedecendo a dois controles: um objetivo, justificador da restrição e um outro controle que atenda ao princípio da proporcionalidade com a mínima intervenção necessária sobre os direitos fundamentais. Não obstante, a Corte canadense já decidiu pela manutenção do *hate speech* respaldada na liberdade de expressão.

Para Sarmento<sup>20</sup> a Suprema Corte do Canadá sedimentou seu entendimento na igualdade e multiculturalismo estabelecidos na Constituição de tal Estado, uma vez que analisou os impactos negativos do pronunciamento opressor sobre o oprimido e a sociedade. Em relação a proporcionalidade, a Corte verificou o impacto da criminalização do *hate speech* e concluiu que as declarações originadas desse tipo de discurso são muitas vezes mentirosas e não apresentam melhores condições de vida às pessoas (SARMENTO, 2006, p. 17):

“(...) a Corte observou que a disseminação de certas ideias profundamente contrárias aos valores democráticos pode prejudicar, ao invés de promover o autogoverno. Este seria exatamente o caso do *hate speech*, que, nas palavras da Corte, é “completamente incompatível com as aspirações democráticas que a liberdade de expressão garante”.

A Corte entendeu que a restrição ao discurso de ódio de fato implica na limitação da liberdade de expressão, mas tal subtração é constitucionalmente legítima.

---

<sup>20</sup> 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, 2006, p. 17.

Na Alemanha, (SARMENTO, 2006, p. 20) a liberdade de expressão é entendida como um bem jurídico assim como outros, sobretudo os direitos da personalidade. Nesse país, há dois papéis desenvolvidos pela liberdade de expressão: subjetivamente, é uma garantia para a autorrealização do indivíduo na sociedade e, objetivamente, é a liberdade garantida de um debate público, plural e aberto sobre aquilo que é de interesse público.

Também há um elemento importante sobre o discurso de ódio colocado na legislação constitucional alemã que é a democracia militante. Esse elemento envolve a ideia de que se deve defender a democracia daqueles que querem subvertê-la e que se dirijam contra a Lei Fundamental. Com isso, prevê a vedação da criação de associações com esse intuito, a decretação da privação de direitos fundamentais, a limitação das liberdades e a extinção de partidos políticos (SARMENTO, 2006, p. 22).

A decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão aderiu a uma posição adotada pela sociedade alemã ao longo de sua história e da própria Corte. Isso ocorre, porquanto que esse Tribunal, não obstante ter se tornado mais liberal e favorável à liberdade de expressão, em situações sensíveis como a do discurso de ódio, posicionou-se no sentido de proibir tais manifestações<sup>21</sup>, em razão do marcado período autoritário vivido na década de 1930 e 1940.

Logo, na Alemanha, a liberdade de expressão possui limitações quando é utilizada de maneira distorcida, ou seja, desvinculada da ideia que se concebeu enquanto um direito que visa expandir as relações sociais e não as oprimir.

Tal liberdade não pode ser um mecanismo de defesa daqueles que proferem discurso de ódio e mensagens discriminatórias, o que é reflexo do fato de que esse país fracassou nas duas grandes guerras ocorridas e vivenciou as políticas extremistas do regime nazista as quais trouxeram profunda cisão democrática. Assim, a história democrática alemã revela a gravidade do *hate speech* que hoje é encarado como inimigo da nação e da democracia.

### **2.3. As consequências do hate speech e o panorama brasileiro**

Como visto, no âmbito internacional, o *hate speech* é visto como um fato punível que deve ser combatido pelos Estados, o que foi exaustivamente debatido na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação racial, Xenofobia e Intolerância Correlata,

---

<sup>21</sup> Com a consagração da Constituição Alemã, a Lei Fundamental de Bonn, a dignidade humana adquiriu valor máximo dentro do ordenamento jurídico. Disso, decorreu a ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Havendo a violação a um princípio constitucional, a medida tomada é a utilização do princípio da proporcionalidade.

em 2001, na qual foi reafirmada a necessidade de combate às manifestações de ódio e preconceitos voltadas a grupos raciais e étnicos, em especial a difusão dessas ideias por meio da internet (SARMENTO, 2006, p. 26).

No Brasil, a liberdade de expressão não tem caráter absoluto e não é considerada um direito fundamental de maior hierarquia, como é nos Estados Unidos. Por aqui, esse direito foi compatibilizado com outros direitos fundamentais consagrados e a sua violação pode ser solucionada pela utilização do princípio da proporcionalidade ou outros recursos hermenêuticos (FREITAS e CASTRO, 2013, p. 349).

A liberdade de expressão possui a característica de ser comunicativa, em razão de apresentar um sentimento de permissão ao diálogo, consubstanciado em um ambiente democrático que possui caráter pluralista e admite a tolerância, respeitado a alteridade e a personalidade do ofendido. Todavia, essa composição é inviabilizada pelo discurso de ódio, ante a dissociação da comunicação garantida pela liberdade o que não se coaduna com os efeitos opressivos e de exclusão da cidadania.

Esse ambiente de fúria é hoje um dos principais quadros antidemocráticos que se vivencia e foi examinado pelo STF recentemente no Inquérito 4.694/DF. A polarização do debate político<sup>22</sup> surgiu ao longo do século XXI com a massificação do uso da internet e acarretou por legitimar a manifestação de ódio como as proferidas pelo ex-deputado referido, o que exclui um debate democrático no cenário social.

No Brasil, como visto no capítulo anterior, a história da democracia brasileira foi marcada por transformações políticas as quais não trouxeram um ambiente verdadeiramente democrático, de tal maneira a sociedade foi se desenvolvendo sem conceber o significado e a importância desse regime, essencial ao desenvolvimento dos direitos fundamentais e do país. Os militares e a elite sempre tomaram as decisões sem debater com as massas populares e os direitos foram incrementados por meio de concessões.

Esse caminho trilhado pelo Brasil atingiu evidentemente os direitos humanos e a percepção do Poder Judiciário, enquanto um Poder garantidor da ordem jurídica e do reconhecimento de direitos, em razão da fraca atuação dos Tribunais e da Corte Constitucional na afirmação de direitos que vão ao encontro da consolidação democrática.

---

<sup>22</sup> Sarlet acrescenta que “a difusão consciente de afirmações fáticas comprovadamente inverídicas não contribui para a formação da opinião no contexto público e, portanto, não se encontra protegida pela liberdade de expressão. Ademais, a negação do genocídio nacional-socialista extrapola as fronteiras de um embate de ideias pacífico na esfera pública e indica uma afetação da paz social” (SARLET. Ingo Wolfgang. **Liberdade de expressão e discurso de ódio – de Karlsruhe a Charlottesville**, 2018).

Dessa forma, é perceptível que tanto alguns Estados quanto suas Cortes Supremas não souberam lidar com o *hate speech*, uma vez que deixaram de cumprir recomendações internacionais de atenção às manifestações discriminatórias que a ordem jurídica absorveu, como ocorreu nos EUA e no Brasil, expressões de ódio que ocasionaram rupturas políticas graves à democracia, visto vez que o debate manipulado pelo ódio exclui as minorias e cria um espaço de legitimação da violência, a partir da manifestação de tal pensamento.

Ao analisar os impactos da regulação do *hate speech* e a relação dele com a liberdade de expressão, Sarmiento (2006, p. 30) apresentou o argumento do filósofo britânico John Stuart Mill que enalteceu a liberdade de expressão como meio para se atingir a verdade. Aquele autor desenvolveu seu argumento aduzindo que as ideias apresentadas pelas pessoas não podem ser consideradas totalmente erradas pela maioria, pois o ser humano não é falível como meio de buscar a verdade e a liberdade em expressar deve ser salvaguardada.

A busca da verdade em um debate não se coaduna ao *hate speech* porque para que aquela discussão seja frutífera é necessário que os debatedores estejam em igualdade de condições de fala e reflexão sobre o que é dito pelo outro. Entretanto, com a presença do discurso de ódio, há o elemento da opressão que gera a violência sobre o outro, a desigualdade e, portanto, um ambiente antidemocrático, sem condições de se concluir pela verdade.

Nesse sentido, para que ocorra um cenário de democracia real (SARMENTO, 2006, p. 32) é preciso um espaço público robusto e dinâmico em que as ideias possam ser debatidas com franqueza. Esse ambiente plural, por natureza, permite formar as convicções sobre os temas controvertidos e a consciência política que viabiliza o controle social sobre os atos de governo e, assim das falhas cometidas desde ilegalidades administrativas até penas.

Contudo, o discurso de ódio nega o debate plural, retira o caráter de igualdade que pressupõe a democracia que se afina na liberdade de expressão. Ademais, legitima a discriminação e a inferioridade, o que é ilustrado de diversas formas, como em falas de autoridades públicas sobre minorias sociais. A saber, claramente, o ex-deputado Bolsonaro apresenta um discurso de ódio, no episódio em que esteve no Clube Hebraica no Rio de Janeiro proferindo manifestações racistas contra quilombolas, pessoas humanas, os comparando com bois, em razão do termo “arobas”, unidade de medida característica de tais animais.

Logo, o *hate speech* contribui para um ambiente que se reproduz a violência do oprimido ou o seu silêncio, conseqüentemente, subtrai o funcionamento do processo democrático. Em relação à violência, cria um ambiente de guerra no espaço público, uma batalha entre inimigos (SARMENTO, 2006, p. 33). No caso da humilhação que leva ao silêncio, ocorre o abandono da esfera pública, a privação da sua liberdade, da cidadania e do direito a ter uma voz.

Expressões discriminatórias e de intolerância, ao mesmo tempo que oprime e estigmatiza um grupo, também propaga a ideia do ódio. Assim, o discurso de ódio produz menos discussões até se chegar ao silêncio, como ocorria na Ditadura Militar do Brasil.

#### 2.4. Há limites à liberdade de expressão?

Não é difícil perceber a relevância dessa indagação para a atualidade. Isso, porque o cenário político nacional é de grande polarização entre os campos progressista e conservador, de modo que, desenfreadamente, o ex-deputado, atual Presidente da República, inflado pelo seu cargo de alta envergadura, cria diversos meios de manifestar o seu discurso de ódio, seja por meio de falas à imprensa, seja por meio das redes sociais, vistas hoje como grandes impulsionadoras desse tipo de discurso, o que gera sensacionalismo, que causa sentimento de ódio e atos administrativos de governo, os quais atingem a toda a sociedade dos violentados pela sua intolerância.

Afirma Daniel Sarmiento (2006, p. 34):

“(...) democracia só se realiza através da inclusão no espaço público dos integrantes dos grupos tradicionalmente excluídos, aos quais também deve ser reconhecida a possibilidade de se autogovernarem. A história da democracia ao longo dos séculos XIX e XX foi exatamente a da paulatina extensão dos direitos políticos aos membros destes grupos – negros, mulheres, pobres etc. Mas se considerarmos que a democracia não se resume à esporádica participação em eleições, mas envolve também a capacidade de cada membro da coletividade de influenciar com as suas opiniões a formação da vontade coletiva, veremos como a exclusão e a alienação dos integrantes dos grupos estigmatizados, provocadas pelo hate speech, são prejudiciais à empreitada democrática.”

Assim, a restrição que é necessária ser colocada ao *hate speech* não tem o condão de excluir os dissidentes do que é colocado pela maioria. A proibição que se busca implementar no debate público refere-se a garantir a integridade desse debate, ainda mais necessária em uma sociedade culturalmente heterogênea, como a brasileira.

Nesse caso, o pressuposto básico é a igualdade formal entre os indivíduos, o que já exclui o discurso de ódio, de forma que esse possa desempenhar de maneira adequada o papel numa democracia, marcada pelo pluralismo de ideias e concepções dos valores morais, jurídicos e econômicos.

Todavia, há posicionamentos da Suprema Corte de modo diversos, como se verá a seguir, os quais contrariaram posicionamentos de Cortes Superiores de outros Estados, como a do Canadá e da Alemanha, países com uma democracia madura. Rejeitaram a denúncia

apresentada pelo MPF, baseado no argumento da liberdade de expressão que os indivíduos possuem ao manifestar o seu pensamento.

Tal decisão não está de acordo com o que afirma Sarmiento, pois a restrição ao discurso de ódio não ofende os direitos fundamentais, nem a liberdade de expressão e tampouco a democracia, pelo contrário, o ódio propagado sem aplicação de medidas judiciais pertinentes legalizam a violência, a opressão e a discórdia, elementos esses díspares do que foi consolidado na Constituição Federal de 1988.

O Brasil como um país multicultural necessita implementar em seu espaço público o aspecto da tolerância. Nesse contexto, Daniel Sarmiento discute até que ponto é possível tolerar o intolerante, haja vista a íntima relação entre o limite da tolerância, da liberdade de expressão e do discurso de ódio.

Rawls<sup>23</sup> preocupado na fundamentação de sua teoria de justiça apresentou caminhos para conseguir uma sociedade justa e apontou a estabilidade, pluralismo e democracia escritos em uma Constituição como elementos essenciais para tal feito. Para o autor, faz parte desse sistema de justiça o princípio da liberdade, ou seja, a presença das liberdades individuais agrega à sua concepção de sociedade justa e ocupa um lugar de destaque nas democracias constitucionais.

Não é possível imaginar a consolidação do Estado democrático de Direito sem a presença da liberdade, de maneira a considerar as liberdades institucionalmente definidas e protegidas pelas normas constitucionais. Contudo, há momentos em que pela própria manutenção da liberdade, essa deve ser restringida.

Para Sarmiento, o filósofo norte-americano o autor aduz que em uma sociedade justa, a restrição à liberdade do intolerante é permitida, na medida em que sua intolerância atinge a segurança coletiva e as instituições que mantêm a sociedade. Portanto, os limites à intolerância ser apresentados pelas estruturas de Estado contra os intolerantes que pretendam modificar a própria tolerância e liberar todas as formas de preconceito e ódio respaldados na sua liberdade tolerável.

Como medida para a limitação do tolerável, Sarmiento (2006, p. 41) apresenta a ameaça aos direitos humanos, pois o *hate speech*, que em última análise atinge os direitos humanos, contraria a consolidação do Estado democrático e o sistema internacional dos direitos da pessoa humana, sendo imperioso um mecanismo que responda a intolerância violadora.

Sarmiento defende em seu artigo a técnica da ponderação como solução aos problemas relacionados ao *hate speech* e a liberdade de expressão, baseada no princípio da

---

<sup>23</sup> RAWLS. John. **Uma teoria de justiça**. Trad. de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 34.

proporcionalidade, o qual confere mais transparência e controlabilidade. Para além disso, esse autor defende parâmetros materiais que conferem previsibilidade e segurança à solução proposta pelo intérprete e reduz margens de arbítrio (SARMENTO, 2006, p. 55).

Outra maneira de limitar a liberdade de expressão, como maneira de evitar a propagação de discurso de ódio leva em consideração a legislação infraconstitucional. O indivíduo detém sua liberdade, garantida pelo ordenamento jurídico, sendo que esse direito fundamental não está acima de outros direitos, mas que permite a ele tomar livremente suas decisões até encontrar uma lei que lhe imponha ou proíba tal ação (FREITAS e CASTRO, 2013, p. 333/334).

É perceptível que a colocação de atores sociais poderosos, sob o ponto de vista tecnológico e econômico, diante da ausência de regulação que criminaliza o discurso de ódio e cria meios de investigação, com efetiva atuação estatal para o combate dessas ideias implica em violação, como já mencionado, de direitos da personalidade, e atinge um dos institutos que se afina o Estado Brasileiro Democrático e de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana porque aqui o valor moral da humanidade é deixado de lado.

Contudo, adverte-se que a intervenção estatal, seja pela via legislativa, judiciária ou qualquer outra criada pelo Estado, não deve violar, da mesma forma, outros direitos fundamentais, como a liberdade da expressão (SARLET, 2018).

Dworkin<sup>24</sup> defende um outro ponto em relação à limitação da liberdade de expressão. Para ele, o discurso de ódio tem um papel importante na proteção das minorias, pois é a partir da manifestação do pensamento discriminatório que o Estado cria ações afirmativas de inclusão dos oprimidos, garantindo a dignidade deles e não o silêncio forçado.

Há prejuízos quando o governo ou um grupo político limita a manifestação alheia, pois o jus filósofo acredita que há intenção de silenciar a oposição política ou o pensamento divergente, não sendo democrática tal atitude.

Para Dworkin, o tipo mais correto de democracia é aquela comunitária e não majoritária. Assim, a decisão apenas será legítima se todos os cidadãos puderem participar e manifestar sua opinião, chegando a apresentar um pensamento de repúdio, de ódio e preconceituoso, pois somente com sua voz será imposto aos intolerantes a legitimidade da lei, aqui vista dessa maneira, como vontade popular.

Logo, a limitação ao discurso de ódio desagrega e retira o elemento democrático das decisões políticas tomadas pelos governantes, em razão de a liberdade de expressão garantida

---

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 364.

a todos, sem restrições materiais, é que promove a legitimação das leis que devem ser respeitadas pelos intolerantes.

Contudo, o autor ao apresentar que a legitimação legal, vinculada ao processo democrático comunitário de construção da decisão política tem de respeitar a liberdade irrestrita da manifestação do pensamento, não observa as consequências substanciais ou reais para o oprimido, pois o discurso de ódio não é somente uma manifestação como aquela civilizada.

Novamente a construção de processo democrático consolidado dentro da sociedade é medida que se impõe para a elaboração de uma sociedade que seja capaz de aglutinar pensamentos de ódio e violências contra minorias. Da mesma forma, o Poder Judiciário assume papel relevante na medida em que coíbe a proliferação de ideias segregacionistas e garante a paz social, elemento essencial a manutenção democrática do funcionamento da sociedade e de suas relações das simples até as mais complexas.

Isso significa dizer que o ordenamento jurídico deve blindar o espaço social das falas de ódio, por meio da força coercitiva e de interpretação as normas legais e constitucionais atribuídas ao Poder Judiciário, sendo desconstruído ao fortalecimento da democracia posições que legitimam e criam espaço a manifestações de ódio.

A apresentação de um pensamento preconceituoso, ainda mais quando colocado por autoridade política, legitima um debate de violência, intimidação e medo, bem como ataques massivos a grupos minoritários socialmente. Esses acontecimentos são vistos recorrentemente no âmbito virtual e político, de tal forma que, nesse ponto, o pensamento de Dworkin confronta-se com a realidade.

De fato, a anuência ao discurso de ódio amplia o acesso à intolerância e ao pensamento discriminatório. A partir do momento em que se torna legítimo a colocação desse pensamento no debate público, mesmo que legitimado uma lei contrária ao ódio, ele permanece pela veemência e credibilidade do intolerante, de forma que a prática do ódio se mantém, ferindo princípios fundamentais e conseqüentemente, a democracia.

### 3. A RELAÇÃO ENTRE A DEMOCRACIA E O PODER JUDICIÁRIO

O problema do discurso de ódio tangencia a discussão sobre a qualidade do regime democrático vivido em um Estado, pois como visto no capítulo anterior, há um influente impacto nas relações sociais e os ambientes públicos de debate tornam-se ríspidos e centrífugos. Logo, tais acontecimentos esbarram-se na atuação do Direito e daqueles que aplicam as leis esse tema, fato que denota a importância de se analisar a relação que há entre o Poder Judiciário e o regime democrático.

A liberdade de expressão, princípio maior da Constituição Federal, é sempre avaliada nas Cortes Constitucionais, a partir de um ângulo determinante sobre a interpretação da Constituição, de modo que tal atitude preserva a democracia contra erosões sociais. Nessa ótica, que se pode afirmar ser o Poder Judiciário, um agente democrático.

No que concerne a tal consideração, é preciso ter atenção aos conceitos abertos e à inflação de princípios estampados na Constituição de 1988, haja vista a possibilidade de alargamento dos conceitos da liberdade e a consequência gerada pela ampliação dessa, o que como descrito acima, permite a atuação de correntes opressoras que se baseiam nessa expansão libertária para manifestar suas ideias discriminatórias.

#### 3.1 A interpretação jurídica no regime democrático

No ensinamento Cambi<sup>25</sup> é ressaltado a teoria da argumentação. Essa teoria inibe a confusão do julgador entre o texto legal e a norma jurídica (resultado da interpretação), bem como sua atuação, a partir de impulsões ou emoções. Da mesma forma, deve ser evitada, por essa teoria, a utilização vaga de princípios jurídicos e recomenda-se que a fundamentação seja tão mais intensa quanto mais forem vagas as normas aplicadas em discussão.

José Júlio da Ponte Neto escreveu um importante artigo intitulado *O Poder Judiciário e a concretização da democracia participativa* para entender a importância e o impacto do Poder Judiciário nas transformações sociais e as consequências à democracia participativa. Esse regime de governo é concebido na tomada das decisões sobre as políticas públicas, pois na ausência desse processo decisório popular surge a estagnação social, o clientelismo e a corrupção (Ponte Neto, 2008, p. 200).

---

<sup>25</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 111.

Há uma clara visão desse autor pela importância da participação dos cidadãos na vida política municipal (seu ponto de referência, dado a proximidade entre o indivíduo e as transformações sociais existentes na localidade) como um instrumento que desenvolve a democracia participativa elevando a sociedade a um nível que se desvincula das mazelas dos políticos, como corrupção, ineficiência e clientelismo.

Para esse autor, cabe aos órgãos judiciais concretizar o processo democrático representativo contra as ingerências sofridas pela sociedade, visto que o controle judicial faz parte da democracia e a fortalece, por isso a enorme contribuição do Poder Judiciário como órgão de fiscalização do Estado e do controle de legalidade.

Além disso, conforme entende Ponte Neto (2008, p. 205), a judicialização da política e das relações sociais promove: afirmação da cidadania, estabelecimento da democracia representativa e participativa, fortalecimento da sociedade organizada, consolidação dos valores fundamentais dos direitos individuais e da coletividade.

O autor vê o processo de judicialização das relações políticas como sensato, na medida em que concretiza os direitos e consolida o elemento democrático da sociedade. Ademais, chama a atenção para a importância dessa atuação, como na seguinte passagem de Lima<sup>26</sup>:

Essa verificação conservadora é o reconhecimento que a função do Judiciário, com todo seu significado social, não pode ser independente da estrutura dos poderes do Estado em assuntos que lhe digam especial interesse de transformação, dado que potencialmente pode desempenhar no desenvolvimento das interpretações normativas constitucionais ou infraconstitucionais significativas alterações à existência da sociedade.

No campo do Direito, o Poder Judiciário é colocado pelo sistema democrático constitucional como mecanismo estatal de jurisdição, garantindo a Justiça e interpretando as normas jurídicas. No entanto, os órgãos jurisdicionais desde o início da República até o fim da Ditadura Militar, em 1984 foram condicionados a aliar as oligarquias dominantes do país.

### **3.2 A atuação jurisdicional nos regimes políticos**

A Corte Constitucional, criada em 1891 pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e hoje chamado Supremo Tribunal Federal, desde então, criou os modelos de

---

26 LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Judicialização da Política e Comissões Parlamentares de Inquérito: Um problema da Teoria Constitucional da democracia**. In: SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 218.

controle de constitucionalidade submetidos à manutenção dos regimes, em especial aos governos autoritários. Portanto, o Direito vivenciava seu desenvolvimento, sob o aval político.

Ao longo do tempo, foi estabelecido pelos órgãos judiciais, em especial a Corte Constitucional, um novo modelo de controle de constitucionalidade que abre novos conceitos, de conteúdo axiológico amplo e avança em espaços não atingidos pelo Direito anteriormente, principalmente com a promulgação da Carta Política de 1988.

O Poder Judiciário passa a ter o papel republicano legitimador dos direitos sociais não concedidos pelo Estado, por meio da adoção de um Estado Constitucional pós-88 garantidor de Direitos Fundamentais, vivendo uma nova fase da democracia, em que o Direito e a política são vistos como elementos independentes.

A Constituição Federal apresenta um modelo de Estado garantista havendo horizontalidade entre os campos jurídico e a político. Entendeu o constituinte originário que a sociedade não desbancaria essa separação e autonomia dos Poderes e as instituições caminhariam para a normalidade democrática. Todavia, a história da atuação do juiz sempre levou em conta o ambiente político.

### **3.3 O ativismo judicial no Estado Democrático**

A criação de uma nova ordem constitucional pós-88 explica o exagerado número de ações judiciais existentes na Justiça Brasileira e os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, pois, com o esvaziamento do ambiente político, instrumentalizada no Estado pelos Poderes Legislativo e Executivo, direcionou o debate das questões constitucionais aos órgãos judiciais, em especial ao STF (TASSINARA E LIMA, 2016, p. 167).

O controle jurisdicional denominado de ativismo judicial, é fundamentado no próprio ordenamento jurídico, mas que permite ampla margem de atuação abarcando fronteiras largas, as quais a Constituição Federal de 1988 incrementou ao Direito Brasileiro ao permitir que o Poder Judiciário tangenciasse campos típicos do Poder Legislativo e da vontade popular.

Segundo Ferreira<sup>27</sup>, uma das razões que influenciam a expansão da atuação judicial ativista é o enfraquecimento da própria democracia representativa, movimento que permite que o Judiciário preencha o vazio de representação deixado pelos Poderes Legislativo e Executivo, os quais não conseguem atuar sobre as políticas sociais colocadas pela Constituição.

---

<sup>27</sup> FERREIRA, E, M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2014. p. 72.

Há ainda outros pensadores que imaginam as causas do ativismo judicial pela atividade expansiva dos magistrados. Para Ferreira Filho<sup>28</sup> há três fatores que justificam essas causas. Primeiro, ocorreu aumento do controle judicial das políticas e atos administrativos, por meio da visão constitucional desses elementos. Segundo, baseada na ascensão do prestígio dos magistrados, enquanto elite instruída e preocupada com o justo, em detrimento do descrédito dos agentes políticos. Por fim, a percepção dos magistrados enquanto elite, responsável por dizer e fornecer o bem comum.

O autor também coloca uma antítese ao ativismo judicial quando aduz que a função jurisdicional, em larga escala, utilizada para ampliar os limites do ordenamento jurídico, ocasiona o locupletamento do processo democrático. Logo, (Ferreira, 2014, p. 88) aponta desconfiança à atuação do Poder Judiciário, em seu controle de constitucionalidade, ao traduzir e interpretar os valores fundamentais da sociedade.

É nesse ponto que Eder Ferreira aborda a problemática da democracia e o ativismo judicial, pois, com a crescente participação dos órgãos jurisdicionais na tomada de decisões, a população afasta-se desse processo decisório, uma vez que o poder emana do povo, conforme dispõe a Constituição.

Não se coloca somente o tópico de discussão no Poder Judiciário das questões de conceitos abertos, mas também da “(...) aferição da constitucionalidade destas questões quando o parâmetro de aferição se mostra extremamente fluído, dificultando precisar se o Poder Judiciário exerce sua função nos limites essenciais a ele confinados (...)” (Ferreira, 2014, p. 119).

As Cortes Constitucionais buscam o exercício argumentativo, como maneira de exibir as soluções às questões fundamentais da sociedade, com o máximo de racionalidade, como aponta Mendes<sup>29</sup> e nesse sentido realiza observações mais apuradas dessas questões. Diametralmente, o grau de racionalidade argumentativa perde espaço, sob o ponto de vista da participação, quando comparado ao processo político democrático.

Nesse campo de deliberações judiciais sobre matéria legislativa, atualmente, é possível verificar reações entre os polos dos Poderes da República. Em caso recente, o STF julgou várias ADIs reunidas e declarou inconstitucional o art. 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que

---

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do judiciário e suas implicações**. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord. e coautor). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 56.

<sup>29</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Desempenho deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF**. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Org.). Direito e interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 346.

previa a redução da jornada de trabalho e salários para que os órgãos se adequassem às limitações da lei fiscal<sup>30</sup>. Logo em seguida, o Presidente da Câmara dos Deputados, o deputado federal Rodrigo Maia<sup>31</sup>, declarou a imprensa a necessidade de aprovar uma Proposta de Emenda à Constituição que permitiria a redução de jornada e salário dos servidores públicos, indo em contramão ao decidido pela Corte Suprema.

Juristas como Elival da Silva Ramos e Humberto Ávila apontam que é necessário delimitar o campo de atuação jurisprudencial que sofre influência do moralismo jurídico, por meio de balizas normativas à interpretação do Direito, buscando adquirir compatibilidade “(...) com os ideais democráticos a linha de um positivismo renovado”<sup>32</sup>.

Recentemente, o STF através de duas decisões liminares proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes e pelo atual Presidente da Corte Ministro Dias Toffoli determinaram a suspensão da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que manteve a ordem do prefeito Marcelo Crivella em apreender os materiais ditos impróprios ao público infantil na Bienal do Livro.

Nesse episódio, o Supremo entendeu que a apreensão daqueles materiais fere a Constituição Federal por ser uma manifestação de preconceito e discriminação, podendo ser equiparado à censura. Nesse sentido, muitos magistrados atualmente engajassem-se na linha de preservação da liberdade de expressão, sendo esse mesmo fundamento que rejeitou a denúncia do MPF sobre as manifestações do ex-deputado Bolsonaro.

Contudo, há uma distinção entre a liberdade de expressão aqui discutida quando confrontadas, pois, no caso da Bienal do Livro, o direito foi utilizado para incluir um material que retratava uma realidade social que é a comunidade LGBT. No caso do Inquérito 4694, a fala do denunciado tinha o tom de exclusão, de expressar um pensamento opressivo, com pejoração e desdenho.

Assim, o STF não possui uma posição bem definida, quando se trata das liberdades comunicativas sobretudo de frente a discursos de ódio e, por consequência, os limites que podem ser impostos a esses direitos constitucionais.

É bem verdade que a Corte Constitucional indicou posições favoráveis à liberdade de expressão em casos que confrontaram esse direito fundamental a outros, a saber, os direitos de

---

<sup>30</sup> É possível verificar a notícia em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/stf-forma-maioria-impedir-reducao-salarios-servidores>.

<sup>31</sup> É possível verificar a notícia veiculada por Rodrigo Maia em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/apos-stf-maia-diz-que-reducao-de-jornada-e-salario-de-servidor-deve-ser-feita-por-pec.shtml>

<sup>32</sup> RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

personalidade. São casos como a antiga Lei de Imprensa, criada no regime militar e que foi declarada incompatível com a Constituição Federal.

Outro caso foi o entendimento sobre a marcha da maconha<sup>33</sup>, em que os Ministros entenderam que a manifestação pública em favor do consumo da maconha não é um tipo penal da apologia ao crime. Mais recentemente, o STF decidiu que a prévia autorização do biografado é inconstitucional (SARLET, 2019).

### 3.4 A construção do positivismo jurídico no espaço democrático

Na sua obra *Levando os direitos a sério*, Dworkin apresenta o positivismo jurídico enquanto teoria do direito com os seguintes preceitos (DWORKIN, 2002, p. 28): o direito de uma comunidade é um conjunto de regras que determinam qual comportamento será punido pelo Poder Público. Para identificar esses comportamentos, é preciso utilizar o que o autor chama de teste de *pedigree*, que avalia as maneiras que foram adotadas as regras jurídicas. Se não for possível utilizar essa regra, aplica o discernimento pessoal do juiz. Se alguém tem obrigação jurídica então nesse caso há o enquadramento a uma regra jurídica.

Com base nesses preceitos, o filósofo Hart<sup>34</sup> construiu o seu pensamento sobre o positivismo jurídico, mas é criticado por Dworkin, pois afirma que quando os juristas debatem sobre os direitos e obrigações jurídicos, em especial nos casos difíceis em que há problemas referente a conceitos, eles recorrem a modelos que não funcionam como regras, como os princípios, políticas e outros padrões (DWORKIN, 2002, p. 36).

Os princípios jurídicos são utilizados pelos juristas, principalmente na solução dos casos difíceis. Portanto, os princípios são utilizados e incluídos no Direito tanto quanto as regras jurídicas, do mesmo modo, o poder discricionário dos juízes e demais autoridades. Esse poder deve ser utilizado no sentido forte, ou seja, a autoridade utiliza a discricionariedade pelo bom senso e equidade, mas sem um padrão formulado em que a discricção deve encaixar-se.

---

<sup>33</sup> Ingo Sarlet afirma que os direitos e garantias fundamentais chegaram em seu nível mais elevado, em aspecto quantitativo e qualitativo, apresentando uma rede de proteção e reconhecimento, notadamente das liberdades, seja na perspectiva do direito constitucional positivo seja no plano jurisprudencial. Assim, o Poder Judiciário brasileiro, com destaque aos tribunais superiores e ao STF, tem protagonizado, em nível lento e crescente uma posição preferencial às liberdades. (SARLET. Ingo Wolfgang. **Liberdade de reunião, petróleo e teoria da conspiração**, 2019).

<sup>34</sup> Da mesma maneira que Hans Kelsen, o filósofo Hart construiu seu pensamento jurídico embasado no formalismo analítico positivista. Todavia, esse formalismo não trouxe soluções a problemas sociais da época, pois o sistema jurídico entendia que a norma escrita era a principal fonte jurídica, mas havia necessidade de mais poder hermenêutico aos juízes.

Com isso, Dworkin quer apresentar para sua teoria a solução para os casos concretos difíceis, democraticamente aceitos. O juiz pode utilizar dos princípios e esses podem excluir as regras jurídicas, discricionariamente, desde que não seja dentro de um mar de padrões extrajurídicos em que o julgador escolherá por uma preferência pessoal.

Casos de grande envergadura constitucional como o do Inquérito 4.694/DF expõe alguns problemas correlacionados àqueles que Dworkin expõe em seu pensamento filosófico: trata-se dos casos constitucionais<sup>35</sup>.

A Suprema Corte norte-americana adotou o lado liberal em suas decisões sobre aspectos constitucionais polêmicos como a segregação. A contrário modo, existia o lado estrito que vislumbrava uma interpretação constitucional mais objetiva e menos vaga dos casos constitucionais, sendo defendida pelo Presidente Nixon.

Temas como a liberdade de expressão envolvem duas questões (DWORKIN, 2002, p. 210):

“ (1) Que decisão é exigida pela adesão estrita, isto é, fiel, ao texto da Constituição ou à intenção daqueles que o adotaram? (2) Que decisão é exigida por uma filosofia política que adota uma concepção estrita, isto é, estreita, dos direitos morais que os indivíduos têm contra a sociedade? ”

Uma interpretação estrita do texto constitucional constrói uma concepção estreita dos direitos constitucionais, pois limita o reconhecimento de direitos à visão de um grupo limitado de pessoas, os constituintes, que viveram um determinado período da história. Essa corrente deslegitima o lado liberal, na medida em que a interpretação dos liberais é extrapolada pela visão estrita do grupo que construiu as normas constitucionais.

Afirma Dworkin que as cláusulas vagas não podem ser vistas como um descontrole ou ausência de sentido, pois apenas são vagas se o seu conteúdo for visto em um ângulo particular. É isso que pode ter ocorrido na decisão judicial sobre o Inq. 4.694/DF. Por um lado, o STF está utilizando o conceito da liberdade de expressão para demonstrar que o discurso de ódio pode ser padrão um de comportamento social e assim, a sociedade elabora seu próprio padrão de comportamento. Do outro lado, o STF poderia ter formulado uma concepção particular da liberdade de expressão, a partir da experiência histórica dos juízes.

Aqui está em discussão o conceito e a concepção. O primeiro é o significado do conceito da liberdade, sem uma visão pessoal. A segunda elabora o sentido do conceito de liberdade e o

---

<sup>35</sup> Segundo Hubner, o filósofo Dworkin possui uma concepção constitucional de democracia baseado em requisitos morais substantivos que não exigem um procedimento majoritário, esse pouco importa, mas é necessário apresentar uma resposta certa sobre os direitos fundamentais. A resposta certa é inspirada no ideal de igualdade e filiação moral do indivíduo à comunidade (HUBNER, Conrado Mendes Hubner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – USP. 2008, p. 108).

aspecto subjetivo está colocado na análise (DWORKIN, 2002, p. 213). Logo, uma cláusula vaga como a liberdade, somente será vazia de significado e incompleta se buscar concepções particulares, mas, se encarar como um conceito moral, pela teoria do Direito, o direito à expressão terá sentido mais preciso.

Ainda sobre os casos difíceis e controversos, Dworkin expõe duas filosofias que orientam os tribunais a resolver as controversas: o ativismo judicial e a moderação judicial.

Pelo primeiro, no ativismo judicial, deve o juiz aceitar as cláusulas constitucionais vagas e desenvolvendo princípios como legalidade, igualdade e liberdade, revendo-os periodicamente, à luz da visão moral. Já, na moderação judicial, os juízes devem se manter inertes diante das incongruências das decisões dos governos em relação às cláusulas vagas, atuando somente em caso de extrema distorção à moralidade política, ou seja, na primeira há mais atuação judicial e moral do que na segunda (DWORKIN, 2002, p.216).

Na moderação judicial tem-se dois fundamentos importantes: a teoria do ceticismo e a teoria da deferência judicial. Ambas reconhecem a existência de direitos morais em desencontro com o Estado, mas na teoria cética esses direitos devem estar dispostos nas normas jurídicas, limitados às violações a moralidade, enquanto na deferência os direitos morais ultrapassam aqueles que já são garantidos. Todavia, o caráter e a força desses direitos são discutíveis, cabendo às instituições políticas dirimirem.

Para os céticos, a decisão do STF baseada na liberdade de expressão estampada na Constituição Federal de 1988 e elaborada por representantes eleitos, os constituintes originários, estaria dentro do aspecto conjuntural democrático e cabível, sob o ângulo constitucional.

Ao pensar em tal aspecto, (DWORKIN, 2002, p. 222/223) a teoria da deferência torna-se mais próxima. Sob o olhar democrático, questões relativas a princípios morais e políticos devem ser solucionadas por órgãos da política que tenham responsabilidade, diferentemente dos tribunais. O Poder Legislativo pode tomar decisões mais bem fundadas do que os juízes, nos casos constitucionais que discutem o direito moral. Além disso, é mais conveniente, sob o ponto de vista democrático que a instituição política resolva um caso constitucional dessa magnitude.

Para essa versão, o processo político orgânico pode garantir mais segurança aos direitos humanos, em detrimento da intervenção racionalista dos Tribunais. Assim, a liberdade de expressão, os direitos morais, como Dworkin chama, emergem das discussões políticas, mas há um grande problema nisso, pois, se poderia imaginar que não há nenhum direito contra o Estado e que, no processo de evolução da discussão política, o progresso moral nem sempre acontece.

Para explicar a relação entre a teoria da democracia e a implementação moral, necessária análise para entender o movimento jurídico realizado pelo Supremo, sob a égide do regime democrático concebida hoje, Dworkin inicia seu pensamento nos argumentos de Lorde Devlin, o qual concluiu pela criminalização de ações homossexuais. Esses fundamentos originam do direito da sociedade em proteger a si mesma e a possibilidade jurídica da maioria em impor suas regras morais e defender o ambiente social das transformações não aceitas (DWORKIN, 2002, p. 375).

O segundo argumento, de maior ênfase para o filósofo, foi construído da seguinte maneira: a prática homossexual modificaria os quadros familiares a ponto de interferir na economia, na educação e lazer da sociedade, afetando preços, salários e padrões das famílias. Uma vez modificados, compete aos legisladores protegerem a instituição familiar contra as imoralidades, assim vista pela sociedade, logo a liberdade individual conta menos do que a família tradicional.

Assim, o legislador deve agir nos termos do que a maioria da sociedade entende, mesmo que uma minoria discorde, pois é a comunidade que assume a responsabilidade moral, em razão de ser atingida pelas sanções da lei penal (criminalização das práticas homossexuais) quando posta em prática (DWORKIN, 2002, p. 382-383).

Dworkin expõe sua discordância no pensamento de Devlin argumentando que alguns tipos de linguagem moral como preconceito e posição das ideias segue padrões na argumentação, assim apontando erros na sociologia da moralidade do filósofo. Logo, o direito penal não deve ser extraído da moral pública.

Ele inicia seu argumento dando um exemplo, se um cidadão decide não votar em um candidato por esse ser homossexual por causa dessa condição que desvirtua da moralidade do eleitor, mesmo diante da injustiça que pode ser alegada, o voto do indivíduo está baseado numa posição moral que ele detém enquanto membro daquele povo, qual seja, em desconformidade com a homossexualidade.

Esse é o ponto defendido pelo STF ao enquadrar as falas do então deputado federal à liberdade de expressão, direito consagrado pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, mas que, nessa situação, conserva uma posição sobre a moralidade, baseada em um direito moral de agir seguindo as próprias convicções.

Ainda, sobre o segundo argumento de Devlin, a posição moral tem um sentido antropológico, na medida em que ela é preenchida pelos costumes e convicções, experiências e preconceitos. Dessa forma, estaria o indivíduo impondo uma visão pessoal caracterizada pela

sua subjetividade, pelo preconceito e pela aversão individual, o que não é uma razão satisfatória para limitar a liberdade.

### 3.5 A liberdade na visão dworkiana

No que tange à liberdade, na obra de Dworkin, é apresentado o pensamento do filósofo John Stuart Mill, no capítulo 11. Para esse sábio, a liberdade<sup>36</sup> é o princípio máximo da sociedade, pois, por ela, a individualidade humana é desenvolvida a partir da sabedoria, das vontades pessoais e da virtude, admitindo a liberdade como único objetivo da política social (DWORKIN, 2002, p. 401).

Não obstante, Dworkin afirma que Mill contradiz-se na medida em que acredita que a virtude é alcançada com a empatia, ou seja, com a preocupação com o outro. Além disso, seria ingênuo pensar que o princípio da liberdade pensada por Mill comportaria uma validade incondicional.

Concordando com Himmelfarb, historiadora americana, Dworkin aduz que a liberdade absoluta corrói a sociedade, permitindo que a população não respeite princípios como a prudência e a moderação, podendo comportar a violação da própria liberdade. Também aqui, Dworkin traz suas críticas.

Ele afirma (DWORKIN, 2002, p. 404) que a autora historiadora não separou dois tipos de liberdade: aquela vista como licença, livre de restrições sociais ou jurídicas, e aquela percebida como independência, com atuação independente e igual, não inferior. Quando se busca proteger a liberdade de expressão política, conseqüentemente, é atingido esse direito colocado como licença.

Ao decidir pela rejeição da denúncia, o STF colocou a liberdade como licença, a um nível superior aos outros valores como a igualdade entre as pessoas e a dignidade humana. Isso denota, assim como argumentou Himmelfarb (DWORKIN, 2002, p. 405), que a liberdade absoluta vista como licença pode levar à anarquia.

Ao conceituar a democracia, o autor anexa ao seu pensamento à amplitude de escolhas dos representantes como maneira de viabilizar um ambiente democrático. Os eleitores devem ter alternativas reais para escolher entre um candidato ou outro. Esses, no que lhes concernem, necessitam ter condições jurídicas de expressarem suas opiniões, o que leva ao ponto nevrálgico

---

<sup>36</sup> Em sua obra “*O império do Direito*”, Ronald Dworkin entende que a liberdade deve ser resguardada ao uso de todos os indivíduos, mas, não pode atingir o princípio da igualdade, em especial nas situações de conflito judicial. O juiz deve atender, como integridade, tanto à liberdade quanto à igualdade e também a moral da comunidade.

deste trabalho, diante da decisão do STF, pois, em que medida a liberdade de expressão é vista como uma garantia, diante do uso discriminatório desse direito?

### 3.6 O método da decisão correta

Questões dessa magnitude que envolve a prática jurídica contemporânea busca no conceito do Direito a base para construir uma decisão que seja bem fundamentada e correta, mas, a argumentação de Dworkin se opõe ao convencionalismo, corrente que entende ser a lei um resultado da convenção decidida pelo povo e do pragmatismo, segundo a qual a lei corresponde a específicas metas políticas.

Na prática jurídica, os processos envolvem questões de fato, de direito e aquelas ligadas pela moralidade, política e fidelidade. Inicialmente, é preciso identificar a existência ou não do fato, depois a aplicação desta ou daquela lei e, por fim, a se não houver a aplicação legislativa, sendo um caso injusto se deve manter uma indenização (DWORKIN, 1999, p. 5).

A primeira e a terceira questões não envolvem grandes contestações, mesmo pode haver divergência quanto a moralidade, visto ser um elemento do plano abstrato e individual. A grande questão é saber qual o direito aplicável e o que ele estabelece. Desse modo, a divergência entre os juízes e juristas é qual direito aplicar e se possível aplicação de um direito, o que leva a concepção do que é o direito para eles.

Dworkin afirma<sup>37</sup>:

“(...) é inquestionável que os juízes “criam novo direito” toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição – por exemplo, de que a segregação é inconstitucional, ou que os operários não podem obter indenização em juízo por danos provocados aos companheiros de trabalho – nunca antes oficialmente declarados. Em geral, porém, apresentam essas “novas formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido”.

A decisão do Supremo traz à tona a problemática do que é o Direito quando um caso concreto de discurso de ódio ocorre. O Tribunal entendeu por negar a aplicação de um direito sancionatório, a lei 7.716/89 e reafirmou a o direito constitucional à liberdade, o que configurou nova roupagem constitucional a um fato jurídico relevante ao Estado democrático. Assim, pelo exposto, esse direito fundamental sempre esteve aberto as manifestações discriminatórias, havendo normalidade democrática e constitucional às falas do ex-deputado.

---

<sup>37</sup> DWORKIN. Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 9.

A análise da concepção do Direito envolve duas perspectivas (DWORKIN, 1999, p. 17): a externa e a interna. A primeira é aquela visualizada por um historiador ou sociólogo que apresentam características argumentativas incompletas. A segunda, é a visão do participante do processo judicial e analisa a questão de acerto e verdade dos argumentos do juiz.

Nesse sentido, a interpretação do direito é ponto de grande discussão no pensamento de Dworkin e leva em consideração para a formação dela, o uso linguístico na verificação da veracidade ou incorreção das expressões jurídicas, bem como os seus fundamentos. Mediante essa interpretação, a decisão judicial é consolidada.

O processo de interpretação é composto pela dimensão substantiva, de juízos morais e, portanto, controversos pelos desacordos morais existentes nas realidades substancialmente diversas dos magistrados (DWORKIN, 1999, p. 48). No intuito de apresentar uma solução ao problema das diversidades interpretativas e as suas incongruências, as quais incidem na essência do direito, observáveis nos casos reais em que foram submetidos a apreciação judicial da Suprema Corte norte-americana foi apresentado um conceito interpretativo para o Direito.

A interpretação construtiva é baseada na ideia de que o intérprete constrói o objeto a ser interpretado e ao final, o resultado dessa interpretação seria, para Dworkin, a resposta correta. O passado de um tribunal se relaciona ao presente e a nessa junção analisada pelo método interpretativo proposto chega-se ao resultado certo.

A forma dinâmica com que ocorre as interpretações judiciais levam a cabo o rompimento de um paradigma construído surgindo uma nova interpretação que poderá ser adotada aos novos juízes. Com isso, o STF ao apresentar esse novo paradigma frente a liberdade de expressão corrobora ao movimento de interpretação dos juízes sobre o tema em outras instâncias.

O apontamento que se coloca é que as desigualdades teóricas do Direito correspondem ao modo de se analisar a moral, a política e o direito, sendo justificável às soluções dos casos concretos, o surgimento de novos fundamentos de direito ou uma nova moral política concebida pela comunidade.

Para Dworkin, o direito como integridade é a melhor solução para se almejar uma interpretação construtiva da situação real *sub judice*, pois, pela integridade as decisões judiciais buscam um conjunto único e coerente de princípios, baseado na moralidade, o que consequentemente institui a democracia (DWORKIN, 1999, p. 115).

A interpretação, pautada pela análise dos princípios morais, quando implantada no conjunto da integridade composto pela adequação e justificação fornece os elementos corretos ao caso judicial, a justiça e a racionalidade da decisão. Seguindo esse método dworkiniano, o

qual é representado pelo juiz Hércules, prospera-se o ideal democrático que resguardará a Constituição e o seu sentido.

#### 4. A DECISÃO DO STF NO INQUÉRITO 4.694/DF

A abordagem apresentada nesse trabalho acadêmico discutiu a profunda instabilidade democrática vivida na história do Brasil, marcada por a construção de instituições estatais contaminadas por interesses particulares das elites e dos militares, esses que sempre estiveram na cena política, o desapego pelo ambiente democrático, pois não foi implantado mecanismos de participação do povo nas decisões de seus interesses e o Poder Judiciário, garantidor da lei e da ordem democrática, por vezes esquivou em desempenhar o seu papel na manutenção de direitos.

Esse quadro demonstra que a atuação judicial, resultado do que é a sociedade e o que ela foi capaz de construir enquanto grupos sociais até aqui, não apresenta instrumentos que concebam a democracia, em razão do fraco desempenho desse regime, como visto. Assim, o Poder Judiciário não apresenta base histórica, social e jurídica para se colocar enquanto defensor desse regime e coibir a atuação de elementos que ferem a democracia.

Especificamente o Supremo Tribunal Federal que se incube de interpretar as normas constitucionais deixou de apresentar um panorama de atuação coibindo manifestações de ódio para permitir que essa atuação discriminatória seja permitida no âmbito da liberdade. Mas, a trajetória do Tribunal foi invertida ao longo desse início de século, nas oportunidades em que foi possível manifestar sobre o tema.

Como já discutido, no caso Ellwanger, julgado em 2003, o STF denegou ordem pleiteada por um escritor de livro com conteúdo racista e antissemita, por enquadrar tal conduta no art. 20 da lei 7.716/89. Naquela oportunidade, não muito distante da atual, o Tribunal concluiu que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, sob pena de subverter a estatura constitucional e a ordem democrática.

Porém, em 2014, o STF mudou seu entendimento ao rejeitar denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, por meio do Inquérito 3.590/DF, substanciada na postagem de um parlamentar em rede social, a qual afirmava que “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime e rejeição”. A Primeira Turma rejeitou a denúncia por não considerar tais manifestações de ódio crimes puníveis pela lei 7.716/89.

Em 13 de abril de 2018, a Procuradoria Geral da República (PGR) apresentou denúncia em desfavor de Jair Messias Bolsonaro, deputado federal a época, imputando-lhe os delitos dispostos no art. 20, caput, da Lei 7.716/89, por duas vezes, na forma do art. 70 do Código Penal (CP). A lei referida define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Segundo a denúncia apresentada pela PGR, o ex-deputado esteve no Clube Hebraico do Rio de Janeiro, em abril de 2017, e proferiu discurso de ódio com conteúdo discriminatório ao referir-se a quilombolas, mulheres, índios e membros da comunidade LGBT. Alegou que houve o induzimento e aceitação feito pelo denunciado ao público em pensar igual. Tais atos feriram a Constituição Federal de 1988, cabendo indenização por danos morais coletivos, no importe de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

O denunciado, em sua defesa, aduziu que houve prejuízo a ampla defesa, não sendo possível individualizar o núcleo típico. O Estado Brasileiro garante a todos a liberdade de pensamento e sua expressão, sendo que o conteúdo da fala foi no sentido de criticar a política governamental de demarcação de terras indígenas.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), composta pelos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes julgaram o inquérito em 28 de agosto de 2018, mas o Ministro Moraes pediu vista e liberou o voto em 11 de setembro de 2018.

Em sessão de julgamento, o Ministro relator, Marco Aurélio, ressaltou que o art. 20, caput, da lei 7.716/89 é crime de tipo misto alternativo, bastando a descrição de condutas a se enquadrarem em quaisquer dos núcleos de tipologia previstos. Também não há atipicidade, pois, a interpretação sobre o conceito de discriminação é sistemática. Para o Ministro, a discriminação envolve três fases: a diferenciação entre os sujeitos, a superioridade e a repressão ou eliminação sendo essa última fase não ocorreu<sup>38</sup>.

Quando o denunciado falou em demarcação de terras indígenas e o proveito econômico desse território não houve discriminação, no entender do relator, pois não houve o interesse em extinguir a comunidade indígena. Também, a expressão “arroba”, utilizada pelo denunciado não desumaniza os quilombolas, conforme o voto do relator. Por fim, ressaltou que prevalece a imunidade parlamentar, pois o discurso foi proferido em razão da atuação política do deputado federal e sua liberdade ao manifestar o posicionamento. Assim, rejeitou a denúncia apresentada.

---

<sup>38</sup> Esse não é o entendimento de alguns estudiosos conforme se verifica: “(...) vedações expressas infraconstitucionais promovidas pela Lei n. 7.716/89, que tipifica, em seu artigo 20, como condutas criminosas, a prática da discriminação que deprecia e desqualifica em razão da raça, cor, etnia, procedência nacional ou religião. Fica claro, portanto, o limite promovido por texto de lei infraconstitucional à Liberdade de Expressão, consoante o artigo 5º, II da CF/88, que estabelece o princípio da legalidade” (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, 2013, p. 350).

O Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que as falas sobre as mulheres, os índios e os pobres são erros, mas não crimes, pois são abrigadas pelo princípio<sup>39</sup> da liberdade de expressão e a imunidade parlamentar. Já as falas que se referiam aos quilombolas e afrodescendentes são discriminatórias. No mesmo sentido, as expressões direcionadas aos membros da comunidade LGBT foram discriminatórias, por fazer apologia ao crime, conforme arts. 286 e 287 ambos do CP, pois o denunciado disse que violentaria dois homens que estivessem juntos na rua. Assim, o Ministro recebeu parcialmente a denúncia e abriu divergência.

Rosa Weber acompanhou a divergência e recebeu parcialmente a denúncia retificando seu voto, por verificar que as falas sobre os quilombolas foram colocadas de maneira discriminatória.

O Ministro Luiz Fux entendeu que as falas ditas pelo denunciado são manifestações políticas, estão no campo da liberdade de expressão, e tais manifestações foram colocadas como críticas àqueles que na visão do então deputado, não contribuem com o desenvolvimento econômico. O discurso proferido não pode ser criminalizado, em respeito à liberdade individual. Desse modo, rejeitou a denúncia e acompanhou o relator.

O Ministro Alexandre de Moraes pediu vista do processo e em 11 de setembro de 2018 proferiu seu voto. Nele, foi dedicada uma análise aprofundada da imunidade parlamentar material. Separou o instituto pelo critério espacial, sendo que no Parlamento, os membros possuem inviolabilidade absoluta. De outro modo, fora do Parlamento, a cláusula espacial se relativiza e só ocorrerá a imunidade ao congressista que expressar um pensamento ou opinião que estiver em acordo as questões importantes da vida nacional, a vida pública e governamental, ou seja, em razão do seu ofício.

De acordo com o Ministro, as expressões proferidas decorreram do mandato parlamentar, não havendo desvio de finalidade, pois acarream à expressão do denunciado e suas críticas as políticas públicas colocadas no discurso.

A decisão foi publicada com a seguinte ementa:

Decisão: A Turma, por maioria, rejeitou a denúncia, nos termos do voto do Relator, vencidos o Ministro Luís Roberto Barroso, que a recebia, parcialmente, em relação às ofensas aos quilombolas e aos homossexuais; e a Ministra Rosa Weber que, retificando seu voto, recebia a denúncia somente em relação aos quilombolas.

---

<sup>39</sup> Conrado Hubner apresenta uma contribuição sobre a reflexão dos princípios constitucionais: “O princípio, ao contrário, denota um valor moral rígido, que não faz concessões. O agente decisório precisa ser dotado de uma sensibilidade especial para saber balancear as demandas de princípio com a necessidade de acomodação estável à realidade. Não pode apegar-se à ambição de mudança abrupta do princípio. Há de ter flexibilidade para conduzir mudanças graduais e estáveis (HUBNER, Conrado Mendes Hubner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas –USP. 2008, p. 103).

Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. (STF, Inq. 4.694-DF, Relator: Min. Marco Aurélio Melo, Data de Julgamento: 11 de setembro de 2018, Primeira Turma, Data de publicação: 01 de agosto de 2019).

Sendo assim, a Primeira Turma do STF, por maioria, rejeitou a denúncia apresentada pela PGR, conforme decisão do extrato da ata de sessão de julgamento realizada em 11 de setembro de 2018.

O resumo apresentado do que foram os votos dos Ministros demonstram um quadro de modificação de entendimento sobre a abrangência da norma constitucional de liberdade individual, no intuito de atingir manifestações discriminatórias sobre grupos diferenciáveis, sob o ponto de vista étnico, religioso, sexual, gênero etc.

No caso Ellwanger, o STF entendeu que considerações racistas e antissemitas fundamentadas na base constitucional da liberdade de expressão não confere segurança à sociedade de direito. O ódio e a discriminação prejudicam a implementação de uma política de igualdade, o que é uma política democrática. Logo, a igualdade é um elemento a ser respeitado dentro da democracia que objetiva a liberdade de expressão. Se há um discurso de ódio presente, a igualdade é ferida, o que atinge, por conseguinte, políticas democráticas e do próprio direito à liberdade.

É possível notar que a Suprema Corte apontou no julgamento Ellwanger os prejuízos democráticos causados pela imposição do ódio e da ofensa. Contudo, no Inq. 4.694/DF o STF entendeu que tais manifestações não comportam prejuízos à democracia e fazem parte da liberdade de expressão individual.

A partir desse novo entendimento, o Supremo Tribunal traçou um conceito de liberdade implantado na Constituição de 1988 e estabeleceu um padrão de comportamento social que penetra a opinião privada sobre a opinião pública.

A opinião privada é uma preferência pessoal, algo inerente a pessoa humana na sua mais alta forma de subjetividade. Ela pertence a esfera íntima do indivíduo e faz parte de sua personalidade. É o gosto ou desgosto por uma fruta ou programa de televisão. A opinião privada não pode ser base de apoio aos fatos, a confiabilidade, a realidade e racionalidade, pois pertence a preferência das personalidades e não a vida pública burocrática, legal e racional. O discurso de ódio é um exemplo claro do que se caracterizou aqui, pois ausente a razão pública e bem pensada.

A opinião pública é formada pela razão, pela lei e pelo debate democrático em um espaço público individual ou coletivo, em que se discute matérias de interesse público, pelo uso público da inteligência racional e como direito à liberdade de manifestação.

A decisão do STF é uma permissão da opinião privada em opinião pública, sem o uso público da expressão do pensamento, sem a racionalidade pública para exprimir um interesse público ou jurídico. O discurso de ódio, opinião não formulada e não pensada pela razão, mas, colocada pelo sentimento, emoções e violência sobressai à razão política e pública como se aquela opinião irracional superasse os fundamentais da opinião pública.

A proteção à liberdade de expressão envolve tanto a concepção liberal, colocada pelo Supremo Tribunal ao rejeitar a denúncia do Inquérito 4.694/DF em que se protege a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade, ou seja, o Poder Judiciário e, portanto, o Estado garante a participação individual na formação de seu conhecimento substanciado na sua liberdade. Essa concepção vinculada a busca da verdade e da autonomia provada, conforme visto no capítulo três, é defendida por Dworkin e Stuart Mill.

A outra concepção, não verificada pelos Ministros é objetiva, pois apresenta a perspectiva de atuação judicial na proteção do regime democrático e que permite a participação dos cidadãos no debate público e opinião pública.

A visão apresentada nos votos dos Ministros do STF demonstra que a perspectiva liberal é predominante na hermenêutica constitucional, aproximando a visão individual à opinião pública racional, o que gera enormes transtornos sociais e subtrai a atuação de direitos humanos.

O contexto humanitário estampado na Carta Magna de 1988 necessita ser observado na forma de harmonização interpretativa utilizada pelos Ministros. Como visto no capítulo 3, notadamente no subitem 3.6, o método da interpretação integrativa, proposto por Dworkin não foi utilizado, mas, a técnica de ponderação de interesses na análise de dois valores jurídicos.

Contudo, a conclusão do que se coloca atualmente, pela decisão do STF e pelo novo cenário jurídico-político nacional, demonstra que as restrições à liberdade de expressão mais se parecem ao que foi apontado quando retratado nos EUA.

A decisão do Supremo agrega aquela visão norte-americana de que a liberdade de expressão caminha livremente no debate público, embasando as manifestações de ódio e a propagação de mentiras e acusações falsas, sem limites legais ou impostos pela Suprema Corte.

## 5. A DEMOCRACIA AMEAÇADA

É possível considerar que a democracia vive momentos difíceis, mas ela não é eliminada rapidamente. Os acontecimentos históricos engendram a queda da democracia, de forma que o ambiente político se destoa dos elementos democráticos. É a partir disso que é possível compreender os fatos ocorridos anteriormente à denúncia promovida pelo MPF que foi rejeitada pelo STF.

Um fato de grande envergadura ocorrida anteriormente à rejeição da denúncia foi a queda da ex-presidente Dilma Rousseff, em 2016. Desde sua reeleição, em 2014, o governo foi pressionado pela oposição que não aceitou o resultado do pleito e construiu uma base forte de repúdio à administração eleita, dentro do Congresso Nacional liderada, principalmente, por Eduardo Cunha. Com essa base e a aprovação de pautas bombas, um governo democraticamente eleito viu-se na posição de refém de forças políticas conservadoras e liberais, sem poder de resistir, o que ocasionou Dilma Rousseff sofrer *impeachment*.

Esse momento político do Brasil foi marcado por uma profunda radicalização do debate público, notadamente nas redes sociais, e trouxe reflexões sobre a capacidade da sociedade brasileira de lidar com acontecimentos profundos, sob a perspectiva política e histórica. O campo progressista reconheceu a existência de um golpe, uma ruptura promovida pelo próprio governo, uma vez que o sucessor de Dilma, o vice-presidente Michel Temer, pessoa que articulava o *impeachment* formando uma base de deputados e senadores que votariam, mais tarde, pela destituição da Presidenta.

Há uma diferença entre o que se pode chamar aqui de golpe e aquele de 1964. Naquela época restou evidenciado a ausência de democracia, pois os militares tomaram o Poder, nesse as instituições democráticas estavam, aparentemente, em vigor. Como afirma Runciman<sup>40</sup>: “(...) o sucesso do golpe depende da crença de que a democracia continua a existir. Para certos tipos de golpe, a democracia não é o inimigo a destruir.”

No segundo capítulo da obra de Runciman, há uma importante análise das questões fora do campo que incidem sobre o âmbito democrático, como a mudança climática e a tecnologia artificial, sendo essa última um tema a parte que impacta, segundo o autor nos elementos característicos da democracia e que a coloca em risco.

---

<sup>40</sup> RUNCIMAN. David. **Como a democracia chega ao fim**. 1º ed. São Paulo: Todavia, 2018. p. 43.

## 5.1 A atual conjuntura social e as transformações democráticas

No século XXI (RUNCIMAN, 2018, p. 103) vive-se uma sensação de perigo comum que atinge a democracia: a interconexão. Tudo está ligado as outras coisas do mundo, às finanças, à comunicação, à saúde, ao transporte etc. Assim, uma crise financeira pode se espalhar pelo mundo - pelas cadeias globais do capitalismo - uma doença pode surgir e ser transmitida aos quatro cantos do planeta, em razão das inúmeras viagens aéreas diariamente. Tudo isso, sem aviso prévio.

Analogamente, a democracia moderna é artificial e mecânica, promovida por máquinas, botões e conexão. Os governos e partidos políticos situam-se nesse campo ultramoderno promovendo a tecnologia artificial como forma de instrumentalizar suas funções. O exemplo mais em voga são as *fake news*. Logo, a democracia perdeu para o poder corporativo e para as empresas. Hoje são elas que comandam a política global, fomentam a desigualdade social, recebem as regalias fiscais do Estado, e não a democracia, a qual não consegue lidar com esse tipo de corporação gigantesca (RUNCIMAN, 2018, p. 119).

O autor referido trouxe importante crítica ao que hoje as grandes empresas de tecnologias foram capazes de alcançar. Trata-se do bitcoin, uma moeda própria de alto valor e que funciona em um mercado paralelo ao mercado tradicional de moeda dos Estados.

Com isso, o autor depreendeu que, apesar das políticas conservadoras e galopantes, bem como da ascensão da extrema-direita, a democracia atual tem o desafio de reconectar o que vem se desmanchando pela influência das grandes corporações supracitadas (RUNCIMAN, 2018, p. 193). Isso se dá por meio da busca das instituições democráticas que estão sendo esvaziadas, o que gera o vazio político, enquanto um sentimento social.

No Brasil, há crises democráticas, políticas e econômicas. Golpes de Estado serão raros, mas ainda podem acontecer. Todavia, é pela democracia e pelo modo de lidar com os problemas internos que haverá solução, sem espelhar em outras nações.

O modelo ideal democrático foi imaginado em uma sociedade grandiosa, soberana, igual e próspera. No entanto, os indivíduos mais relevantes politicamente tornaram-se mais os grupos e menos os indivíduos, dando valor à organização e à atividade em impor sua supremacia (BOBBIO, 1986, p.23). Deste modo, a sociedade é pluralista e centrífuga com dominação de uns sobre os outros.

Assim, a democracia tende a fragmentar-se, porém mantém facetas de governos autoritários, comandados por grandes corporações e ideais restritivos, atingindo o Poder

Judiciário e sua jurisprudência que assimila o pensamento em voga, ao ponto de garantir um campo fértil à deturpação das instituições democráticas. Como exemplo, o discurso de ódio substanciado no ideal libertário consagrado no texto constitucional, mas que atende a uma visão preconceituosa e violenta.

## **5.2 A atuação das Cortes Constitucionais no meio democrático**

A ideia desenvolvida por Hubner sobre a relação entre a democracia e o controle de constitucionalidade possui sua origem nos debates de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Para Dworkin, como visto, a democracia está além da vontade majoritária, pois também agrega a filiação moral, em que o indivíduo se sente pertencente à comunidade, respeitando os direitos individuais, mesmo sendo esses direitos reconhecidos pelo Tribunal, visto que não é característico da democracia a legitimidade (HUBNER, 2008, p. 7).

Na visão de Hubner, a Corte Constitucional tem um significado democrático, apesar de estar menos evidente que o papel do Parlamento. Esse papel é de garantir, defender e concretizar direitos.

Para os procedimentalistas (HUBNER, 2008, p. 57), o papel da Corte Constitucional é limitado a garantir o processo de formação da maioria dentro do sistema democrático. Assim, a Corte seria chamada quando projetos coletivos excluem grupos minoritários isolados, mantendo e afirmando a liberdade de expressão, reunião, associação e o direito ao voto.

Para os procedimentalistas, o STF ao rejeitar a denúncia formulada pela PGR referente ao discurso de ódio proferido pelo ex-deputado cumpriu com seu papel adequadamente. Mas, não resolve o problema das minorias excluídas dos serviços estatais e do seu reconhecimento social, diante da histórica opressão sofrida e verbalizada no discurso do parlamentar. Logo, argumentos formalmente igualitários não são suficientes.

Outros argumentos são apresentados por Hubner, os quais fundamentam a ideia de supremacia judicial pela Corte Constitucional como: a imparcialidade da Corte ao julgar, não podendo o legislador julgar a si mesmo. A Corte Constitucional dentro do sistema de separação dos poderes é uma instituição moderadora que inibe os abusos eventualmente cometidos pelo Parlamento.

Também, há o argumento da técnica jurídica empregada pela Corte ao analisar o caso concreto, os princípios constitucionais longe de pressões eleitorais. Não se pode negar que há

um fio condutor democrático, visto que os juízes das Cortes Constitucionais, são nomeados por representantes eleitos.

O autor faz uma crítica aos legisladores ao se preocuparem com assuntos alheios aos direitos que estão no cenário político cotidianamente, satisfazendo, tão somente, seus interesses eleitorais como a reeleição, o que, por vezes, é visto como barganha (HUBNER, 2008, p. 72).

Todavia, o ponto em que o autor busca é a intermediação entre a voz da Corte Constitucional e a expressão do Parlamento, um diálogo entre as duas instituições, sendo essa interação visto para escapar a última palavra e dar solução à problemática da democracia, rompendo com a ideia juscêntrica de que a interpretação das normas fundamentais cabe somente ao Tribunal Constitucional.

Há duas categorias que defendem a teoria do diálogo: a primeira propõe que a decisão judicial considere a interação com o legislador. A segunda entende que o diálogo é o resultado necessário da separação dos poderes, mas não da disposição das instituições em dialogar.

Representando a primeira corrente, o autor expôs o pensamento de Alexander Bickel que entende o papel da Corte como defensora do princípio, mas para isso deve saber o tempo de decidir, pois é necessário esperar os processos deliberativos colocados para a sociedade. Se houve decisões diversas da opinião pública, a autoridade da Corte ruirá, sendo o mencionado tempo de espera um elemento natural da democracia (HUBNER, 2008, p. 104).

Já Cass Sunstein, autor adepto ao minimalismo, entende que a Corte deve decidir o mínimo possível, deixando alguns temas não decididos, como aqueles que envolvem questões fundamentais. Na visão minimalista, o juiz deve decidir o mínimo de coisas possíveis, buscando uma solução concreta sem ascender a um nível de razões utilizadas. Tal técnica reduz os desacordos e condicionam a sociedade a ser pluralista (HUBNER, 2008, p. 114).

De maneira diversa, Sunstein afirma que se uma precondição da democracia está em jogo, o maximalismo deve ser almejado, ou seja, havendo controvérsias substanciais com grande repercussão, como o caso do Inquérito 4.694/DF, o maximalismo é mais adequado.

Ainda com base no diálogo, é apresentado a técnica da proporcionalidade<sup>41</sup>. Ela corresponde a um esboço que racionaliza as restrições a direitos fundamentais, submetendo a

---

<sup>41</sup> Por interferência do pensamento alemão, parte da doutrina e da jurisprudência brasileira adotou esse elemento principiológico em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Explica Luís Roberto Barroso: da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas para atingir os objetivos pretendidos; da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão (BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 120).

lei a três testes: a legitimidade e a adequação, que verifica os fins legítimos dos legislados; a necessidade que examina os meios necessários para atingir um fim; e a proporcionalidade em sentido estrito, que é o custo-benefício, a prevalência de um direito sobre outro. O Poder Judiciário cria um discurso jurídico que induz os outros poderes a pensar seus atos sob o olhar da proporcionalidade.

Para a decisão do STF, nenhum desses testes são afirmativos, pois os Ministros não consideraram o legítimo olhar do legislador sobre a liberdade de expressão como instrumento garantidor do discurso de ódio. Ademais, não houve o sopesamento entre os direitos fundamentais em questão e, mesmo que houvesse o custo benefício é desarrazoado, pois, a liberdade permitiria a propagação do ódio. Ou seja, não ocorre diálogo entre o STF e o Parlamento, o que se reproduz como um aspecto que fere a democracia, sob a tese de Hubner.

Friedman aduziu que há três ideais reais sobre a realidade dos juízes: o governo não representa a maioria, mas integra diferentes vozes; o texto constitucional é flexível e cabe outras interpretações e; o processo hermenêutico é dinâmico e pode consolidar uma interpretação a cada momento, mas se a Corte tem a última palavra outros debates políticos podem confrontar a decisão. Logo, os juízes se constroem pelo sistema político ao seu redor. A Corte devolve o tema para a sociedade e pode reavaliar seu posicionamento (HUBNER, 2008, p. 136).

Na decisão tomada pelo STF, a Corte quis garantir a liberdade, mas coloca em análise pela sociedade o que esse direito fundamental significa em detrimento de mensagens de ódio. É um espaço de abertura dado pelo Supremo e referendado pela opinião pública, o que justifica o alargamento do próprio sentido da liberdade constitucional.

Desse modo, Friedman concretiza sua tese central: com o diálogo como elemento essencial ao movimento dinâmico da visão constitucional do Judiciário e Legislativo, deve haver um balanço entre a separação com independência dos poderes e, por outro lado, freios e contrapesos. Para isso, é necessário o entendimento de que a política e o Direito são grandezas que se relacionam cabendo à Corte o papel catalizador do diálogo institucional.

Com a proposição de um diálogo institucional que melhor se encaixe à solução de um problema constitucional e que não faça prosperar a ideia da última palavra, entende o autor que esses mecanismos são o melhor à sociedade, ao Direito e à democracia, pela sua interação deliberativa. Para o autor “o diálogo nasce da conjugação de um desenho institucional e de uma cultura política” (HUBNER, 2008, p. 159).

Baseado no que foi colocado por Hubner em sua tese de Doutorado, é possível perceber que o diálogo institucional na perspectiva da atual conjuntura não deve vingar, pois, os

elementos traçados na tese não se coadunam ao que foi colocado na história democrática do Direito brasileiro e a atuação do Poder Judiciário traçados neste trabalho.

O diálogo institucional proposto ocorre por meio de debates públicos racionais, sem preferências pessoais e ódios. Contudo, aquelas sempre estiveram à frente da vontade pública e racional. O ódio, manifestação irracional do sentimento pessoal, parece vigorar no sistema constitucional brasileiro. Juntos esses elementos afastam a implantação de um sistema democrático que permite incluir os cidadãos na vida social e garantir os bens jurídicos necessários à vida democrática e ao diálogo proposto por Hubner.

## CONCLUSÃO

Este estudo, com o panorama metodológico adotado, pretendeu apresentar as noções básicas sobre a relação entre a democracia, o direito constitucional e a liberdade de expressão, junto a problemática do discurso de ódio, em razão da intensa presença desse tipo de discurso no cenário nacional e internacional.

Tais considerações deram-se por meio da análise conceitual do discurso de ódio, a forma como se origina e o contexto social em que são promovidos. Além disso, foi destacado a relevância das manifestações discriminatórias à luz do Direito e analisado como essas são tratadas em algumas das principais democracias do mundo e no Brasil, culminando com a decisão do STF. Os autores pesquisados enfatizam as raízes históricas da intolerância, o modo de operação dos intolerantes e as profundas marcas deixadas no corpo social.

Em relação à influência do Direito e o Poder Judiciário sobre a democracia, visto aqui não somente como um órgão, mas, sim uma instituição de construção do Estado Democrático de Direito que envolve componentes como cidadania, pluralismo social e jurisdição estatal, foram apresentados alguns pensamentos que buscam trazer o papel desenvolvido pelos órgãos julgadores na construção das normas jurídicas, da moral social do povo e da democracia.

Ainda, mediante análise do atual cenário social, foi possível tecer relevantes considerações referente ao estágio democrático, sendo discutidos alguns elementos que se fazem presentes na vida da maioria das pessoas, como a internet, as redes sociais, as tecnologias e as empresas. Desse modo, foi possível vislumbrar as diversas composições que forma uma sociedade e as consequências ao regime estatal democrático.

Também foi feita uma delimitação temporal para melhor manejo das informações obtidas e considerações alcançadas com foco na história da democracia brasileira, sob a influência do regime militar e a redemocratização, o que permitiu compreender a correlação de forças existentes à época, as movimentações que impactaram no desenvolvimento democrático e as consequências à sociedade brasileira.

A monografia visou analisar o discurso de ódio e a liberdade de expressão como um problema contemporâneo, por isso utilizou da decisão do Supremo Tribunal Federal para tangenciar o tema e ir além ao demonstrar os aspectos jurídicos apresentados na decisão que se coadunam com a problemática trazida neste estudo acadêmico, bem como buscou-se lançar resposta sobre a mensuração dos impactos na democracia brasileira.

A partir do estudo realizado, foi possível depreender que o discurso de ódio se assemelha a diversos acontecimentos vividos hoje no âmbito político, jurídico, cultural, econômico,

eleitoral etc. Notou-se que referidos ambientes apresentam profundas transformações, em razão das manifestações discriminatórias com redução do espaço de atuação do debate, do contraditório e de atuação normativa, pois as marcas deixadas aprofundam o autoritarismo, o que já é o primeiro sinal de que tais discursos violam o regime democrático. Não se trata aqui de mensurar a incidência de uma norma infraconstitucional, pois os ambientes construídos pelas expressões de ódio correspondem a enormes violências contra os grupos agredidos, os quais são, por vezes, minoritários.

A liberdade de expressão como direito fundamental é colocada sob análise do seu conteúdo de abrangência e seu limite constitucional, de forma que é mal utilizada por aqueles que proferem ofensas a um grupo social, pois encobrem manifestações que são historicamente construídas erroneamente, desinformam e causam conturbação social atingindo a ordem pública, ou seja, uma corrente de intolerância que estampa violência mobiliza profunda agravante ao projeto democrático de um povo.

Há evidências, pelas análises realizadas nas obras dos teóricos do Direito, que a construção social da moralidade impacta nas decisões judiciais e na maneira com que os juízes tratam a interpretação legal, pelo uso de seu poder discricionário. Não obstante, é necessário a busca de padrões de restrições dos princípios utilizados aos casos que demandam análises perniciosas à sociedade, como o discurso de ódio, pois deve ser vista os impactos negativos na democracia, o que retira a garantia de liberdade do grupo oprimido de atuar e gozar de seus direitos e do debate público.

A democracia atualmente sofre profundas perdas de direitos e do aspecto específico dos Direitos Humanos, pois a sociedade do século XXI foi desenvolvida sob diferentes concepções da vida humana e sua relação com o meio ambiente, em razão das manipulações de informações, as quais podem resultar em distorções do conteúdo e uma mensagem de intolerância reproduz-se em nível exponencial.

Assim, ao arripio de Estados Constitucionais autônomos, problemas de alta complexidade que envolvem cadeias de produção do capital financeiro, e a elevada desigualdade social vivenciada prejudicam o desenvolvimento das democracias nesses Estados que se desencontram de seu povo, na medida em que o ambiente virtual livre é propício a manifestações discriminatórias e violentas na medida em que deturpam direitos e sufragados por autoridades desiludidas com o regime democrático e com o Poder Judiciário, inerte no campo da reparação aos atos violadores.

O quadro de fragmentação democrática é substanciado na atuação histórica dos movimentos políticos vivenciados pela sociedade. Isso significa dizer que a história de um povo

também é a história da democracia e, no caso brasileiro, as marcas deixadas pela ditadura militar agravam o ambiente que propicia as manifestações de ódio, pois a ausência de uma democracia sólida, que não é o caso brasileiro, corrobora com a instabilidade institucional e permite a atuação de grupos opressores.

Logo, o Estado Brasileiro foi construído com diversas inconsistências democráticas, pois a população sempre esteve à margem das discussões políticas e o desenvolvimento social não foi constante e nem mesmo crescente, chegando a ser reprimido. O regime militar permitiu abusos terríveis que menosprezaram o valor humano e as garantias existentes à época, diferentemente de outros países. Por meio do que foi a história do Brasil, a volatilidade democrática é maior, o que permite a incidência de usos abusivos das liberdades e a proliferação de discursos de ódio.

Desse modo, pode-se depreender que a temática da liberdade de expressão não é algo que se encerra na visão constitucional, pois permite o uso de direitos que usurpam a ideia de uma sociedade democrática, a qual pode ser agravada pelo fator histórico em que foi moldada e pelas direções dadas em decisões judiciais, sendo um caminho de elevada instabilidade democrática quando é concedido permissão a um posicionamento permissivo as manifestações de ódio.

## REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Laís Marcelle Nicolau. **Democracia e Estado de Direito no Brasil. O problema da inefetividade dos Direitos Fundamentais no país.** Revista Direitos Humanos e Democracia, Ijuí, v. 4, n. 8, p. 117-140, jul/dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2016.8.117-140>. Acesso em 10 de setembro de 2019.
- ACKERMAN, B. **We the people.** Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- ALMEIDA, Alcione de; DIEHL, Rodrigo Cristiano. **Os desafios e as perspectivas da democracia brasileira: Diálogo com a Contemporaneidade.** In: Congresso Interinstitucional UNISC/URCA, n.1, ano 2017, Crato – CE. Anais do I Congresso Interinstitucional UNISC/URCA: Edunisc, 2017, p. 1-14. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ppds/article/view/16427/4074>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.
- BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996, 142 páginas.
- BERLIN, I. Quatro ensaios sobre a liberdade. Tradução de Humberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Ed. da UNB, 1981. 205 páginas.
- BOBBIO. Norberto. **A era dos direitos.** 9º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 96 páginas.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.242/RS.** Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4.694-DF.** Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 11 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437294>. Acesso em: 26 de agosto de 2019.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 728 páginas.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 176.

CODATO, Adriano Nervo. **Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia**. Revista Sociologia Política, Curitiba, n. 25, p. 165-175, nov. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782005000200008>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

CUNHA, D Jason B. Della Cunha. **Cidadania e Direito: reflexão sobre a democracia nos Estados constitucionais periféricos**. Revista Symposium, Recife, ano. 4, n. 1, p. 66-77, jan/jun. 2000. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=3099@1>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

**Democracia em vertigem**. Direção: Petra Costa. Produção: Petra Costa, Joanna Natasegara, Tiago Pavan, Shane Boris. Brasil. Distribuição: Netflix, 24 de janeiro de 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**: 1º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 580 páginas.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 533 páginas.

FERREIRA, E, M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2014. 261 páginas. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/pt-br.php>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do judiciário e suas implicações**. Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas. Campo Grande, ano 1, n. 2, p. 55-71. 2009. Disponível em: <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>. Acesso em: 05 de setembro de 2019.

FERREIRA, O. S. 2000. **Vida e morte do partido fardado**. São Paulo: Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial.

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, julho. 2013.

HUBNER, Conrado Mendes Hubner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas –USP. 2008, 224 páginas. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf). Acesso em: 15 de setembro de 2019.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. **Judicialização da Política e Comissões Parlamentares de Inquérito: Um problema da Teoria Constitucional da democracia.** In: SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 485 páginas.

MACHADO, Igor Suzano. **Democracia, tempo público e Poder Judiciário: reflexões sobre a atual judicialização da política nos governos democráticos.** Perspectivas, São Paulo, v. 4, p. 9-40, jul/dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/7401/5218>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

PONTE NETO, José Júlio da. **O Poder Judiciário e a concretização da Democracia Participativa.** Sequência, Florianópolis, v. 29, n. 56, p. 205-224, junho. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n56p205>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS. John. **Uma teoria de justiça.** Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993, 816 páginas.

ROCHA, Marcio. **A relação civil-militar no Brasil: Uma análise do período de 1985 a 2006.** In: Encontro Regional de História da Anpuh-Rio, n.15, ano 2012, São Gonçalo. Anais do XV Encontro Regional de História da Anpuh-Rio, 2012, p. 1-15. Disponível em: [http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1338415178\\_ARQUIVO\\_1MarcioRocha-Relacaoocivil-militar1985a2006V1.pdf](http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1338415178_ARQUIVO_1MarcioRocha-Relacaoocivil-militar1985a2006V1.pdf). Acesso em: 30 de setembro de 2019.

RUNCIMAN. David. **Como a democracia chega ao fim.** 1º ed. São Paulo: Todavia, 2018. 272 páginas.

SARLET, Ingo Wolfgang. “**Ainda existem juízes em Berlim**”? – O STF e a liberdade de expressão. Conjur. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-21/ainda-existem-juizes-berlim-stf-liberdade-expressao>. Acesso em: 24 de setembro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. “**Liberdade de expressão e discurso de ódio – de Karlsruhe a Charlottesille**”. Conjur. Consultor jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-karlsruhe-charlottesille>.

SARLET, Ingo Wolfgang. “**Liberdade de expressão e discurso de ódio na internet e a jurisprudência da CEDH**”. Conjur. Consultor jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-redes-sociais>.

SARLET, Ingo Wolfgang. “**Liberdade de reunião, petróleo e teoria da conspiração**”. Conjur. Consultor jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-04/direitos-fundamentais-liberdade-reuniao-petroleo-teoria-conspiracao>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

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, 2006, p. 53-106. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

SILVA, Isabel Germano Rodrigues; SILVA, Josiane da Costa. **Liberdade de expressão e seus limites: o Discurso de ódio é tolerável?** VistuaJus. Puc Minas, Belo Horizonte, v. 3, n.5, pag. 255-273, 2º sem. 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuaJus/article/view/19519>. Acesso em: 01 de novembro de 2019.

STEPAN, Alfred. **Os militares: da abertura à nova república**. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 1986.

TASSINARA, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. **A construção da democracia no Brasil: A difícil relação entre o direito e a política**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto, v. 25, n. 2, p. 154-172. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/154-172/737>. Acesso em: 05 de setembro de 2019.

WHITTINGTON, K E. **Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. History.** Princeton: Princeton University Press, 2007.