



**SENADO FEDERAL**

**INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Legislativo**

**DÉBORA XAVIER ROCHA**

**A PERTINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DISCURSO DO ÓDIO E A  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Brasília

Novembro de 2014

**DÉBORA XAVIER ROCHA**

**PERTINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DISCURSO DO ÓDIO E A  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Linha de pesquisa: Direitos e Garantias  
Constitucionais.

Trabalho final apresentado para  
aprovação no curso de pós graduação  
lato sensu em Direito Legislativo realizado  
pelo Instituto Legislativo Brasileiro como  
requisito para obtenção de título de  
especialista em Direito Legislativo.

Orientador: João Trindade Cavalcante  
Filho.

Brasília

Novembro de 2014

*Cessem do sábio Grego e do Troiano  
As navegações grandes que fizeram;  
Cale-se de Alexandre e de Trajano  
A fama das vitórias que tiveram;  
Que eu canto o peito ilustre Lusitano,  
A quem Neptuno e Marte obedeceram.  
Cesse tudo o que a Musa antiga canta,  
Que outro valor mais alto se alevanta.  
(Canto I, Parte I, Estrofe 3, de Os Lusíadas,  
de Luís Vaz de Camões)*

## RESUMO

Este trabalho pretende esboçar a pertinência do uso do princípio da proporcionalidade para dirimir o conflito entre o discurso do ódio e a liberdade de expressão. No cerne do discurso do ódio reside a intolerância com o outro a partir de particularidades diferenciais, seja raça, etnia, nacionalidade, orientação sexual ou outra especificidade qualquer que compõe a diversidade humana.

Se o livre pensar e o direito de expressar livremente ideias, posicionamentos e opiniões é resguardado constitucionalmente, não menos encontra-se o respeito à dignidade humana. O que deve prevalecer quando ambos se conflitam em uma determinada circunstância?

Diante desse dilema apresenta-se o princípio da proporcionalidade, que possibilita o sopesamento de direitos em um caso concreto, instrumentalizando o operador do direito para avaliar até onde é possível permitir a liberdade de expressão de forma a preservar o direito à dignidade humana.

## **ABSTRAT**

This paper aims to outline the relevance of using the principle of proportionality to resolve the conflict between hate speech and free speech . At the heart of hate speech intolerance lies with the other from differential characteristics , whether race, ethnicity, nationality , sexual orientation or any other specific composing the human diversity .

If the free thinking and the right to freely express ideas , positions and opinions is constitutionally safeguarded , not least is the respect for human dignity . What should prevail when both are in conflict in a given circumstance ?

Faced with this dilemma presents itself the principle of proportionality, which enables sopesamento rights in a particular case , equipping the operator the right to assess how far it is possible to allow freedom of expression in order to preserve the right to human dignity.

## **Sumário**

Introdução .....	7
1 Respeito é bom e todos gostam. ....	111
2 Deixa Que Digam, Que Pensem, Que Falem. ....	188
3 Olho Por Olho Dente Por Dente ou o Princípio da Proporcionalidade. ....	244
4 Destilando Veneno .....	299
5 Olha a Cabeleira do Zezé! .....	377
6 O Teu Cabelo Não Nega .....	411
Conclusão .....	433
Referências Bibliográficas: .....	455

## Introdução

“Cala boca já morreu, quem manda em minha boca sou eu” era um refrão muito frequente nos bate-boca das crianças no interior brasileiro, até pouco tempo atrás. Se não é mais evocado nas contendas infantis, o seu teor perdura no imaginário popular como a possibilidade de se falar qualquer coisa que venha à mente - sem freio e sem peias - dando plena vazão a qualquer indignação, opinião ou irritação. Em tempos do politicamente correto e de execração ao chamando bullying – aqui entendido como ameaça, tirania, opressão, intimidação, humilhação e maltrato – fato é que a vítima de xingamentos e discriminações pode se sentir como se tivesse atingida por uma faca afiada. Entretanto, o fazer e o falar são atitudes que pertencem a universos distintos. Se ambos, a depender do grau de agressividade e natureza, merecem reprimendas e penalidades, é outra história.

Uma das razões pelas quais a palavra e o ato são valorados com o mesmo peso pode ser atribuída à doutrina judaica cristã, que apregoa a possibilidade de se pecar tão somente em pensamento e não apenas por atos e ações. Senão vejamos o que nos diz o Livro de Mateus 5:27-28: “Ouvistes que foi dito, não adulterarás. Eu, porém, vos digo: qualquer que olhar para uma mulher com intenção impura, no coração, já adulterou com ela”. Ao longo dos séculos, as sociedades sentiram que apesar das ofensas físicas e morais poderem causar estragos similares, não são a mesma coisa.

A corroborar a diferença entre o falar e o fazer, o velho e sábio Sigmund Freud deixou dito que “o primeiro humano que insultou o seu inimigo, em vez de atirar-lhe uma pedra, inaugurou a civilização”. Mas nem por isso, do ponto de vista do ofendido e a depender das circunstâncias, as agressões verbais deixam de ser tão nocivas quanto as físicas. Mas, verdade seja dita, ambas as agressões físicas pertencem a universos distintos, reitero. Enquanto que para uma lesão corporal eis que se apresenta pontualmente o Código Penal para a dosimetria da pena, para as verbais há que se dimensionar caso a caso, na proporção do desgaste para aquele caso específico, a reprimenda adequada.

No mundo das palavras, por mais precisas que sejam, há todo um universo semântico, que a depender do lugar, hora, tom, significado textual, e outras

minudências mais, adquirem múltiplas significações. Ao extrapolarmos o campo das palavras, verificamos que também para o pensar, para o falar e para o agir é forçoso admitir que podem sobrevir distintas respostas, a depender da cultura, do meio social, da religião, dos costumes. Das penitências para os pensamentos “pecaminosos” não trataremos aqui, nem um pouco. Das penalidades para os insultos e as discriminações, e ainda para as agressões físicas, muito menos. Das implicações provenientes do confronto de ideias e do que elas podem suscitar, de passagem. Mais precisamente, porém, será tratado o princípio da proporcionalidade, recurso utilizado na jurisprudência quando se confrontam a liberdade de expressão e a dignidade humana. Mais especificamente ainda, o discurso do ódio.

Esse, aliás, é um dos temas mais inquietantes e que envolvem de maneira profunda a questão da colisão de direitos fundamentais e liberdade de expressão. “Discurso do ódio” designa aqueles atos de comunicação – fala, gesto ou conduta, e ainda qualquer representação gráfica – que inferiorizam uma pessoa em virtude de características próprias, emanadas da raça, gênero, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual ou qualquer outro aspecto passível de discriminação. A maioria dos países europeus consideram que o discurso do ódio deve ser proibido pela lei, e que essa vedação não fere o princípio de liberdade de expressão. Os Estados Unidos são um dos poucos países no mundo desenvolvido que não consideram a proibição do discurso do ódio compatível com a liberdade de expressão. Para eles, falar é diferente de fazer e punir o falar é atentar contra a liberdade de expressão. O discurso do ódio traz assim em seu âmago sentimentos preconceituosos e elucubrações com tentativas de justificar privação de direitos, perseguições e homicídios que, no limite, e ao longo da história da humanidade, serviram de substrato para - entre outras atrocidades - o extermínio de seis milhões de judeus durante a Segunda Guerra Mundial; e ainda posteriormente para os massacres como o verificado em Kigali, capital da Ruanda, quando extremistas hutus assassinaram milhares de tutsis, em 1994; e para aquele perpetrado em Srebrenica, na antiga Iugoslávia, contra quase nove mil bósnios muçulmanos, em 1995.

Ainda hoje, o discurso do ódio encontra-se por trás de vários episódios de agressões e mortes por intolerância com o diferente que, periodicamente, são noticiados nos meios de comunicação. Se hoje o mundo tenta conter as tentativas

de extermínio em massa; individualmente, vê-se que os preconceitos pipocam vez por outra nas ruas, repartições públicas ou nos estádios de futebol, e muito intensamente, nos dias que correm, na internet, sem que ações verdadeiramente efetivas consigam erradicar esse mal.

Mais recentemente, o embate entre liberdade de expressão e o discurso do ódio foi assunto nos acalorados debates realizados pelas emissoras de televisão entre os candidatos à Presidência da República. No dia 28 de setembro, na TV Record, o candidato Levy Fidelix havia associado a homossexualidade com pedofilia e afirmou que gays precisam de atendimento psicológico "bem longe daqui". As declarações foram dadas após pergunta da candidata Luciana Genro, que citou a violência a que a população LGBT é submetida e indagou a Levy sobre os motivos pelos quais os que defendem a família se recusam a reconhecer como família um casal do mesmo sexo.

Dois dias depois, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, instaurou procedimento preparatório eleitoral para apurar as declarações consideradas homofóbicas do candidato à Presidência Levy Fidelix. O procedimento foi instaurado a partir de denúncia formalizada pela Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). De acordo com o procurador, "ser contra homossexuais, ou contra a união entre eles, é uma opinião protegida pelo direito à liberdade de expressão. Entretanto", afirmou Janot, "a fala de Fidelix é um convite à intolerância e à discriminação, permitindo, em princípio, sua caracterização como discurso mobilizador de ódio". O procurador reiterou ainda que o direito à liberdade de expressão "não pode ser utilizado para propagação de discursos de ódio".

O assunto voltou à baila com mais intensidade entre os candidatos à Presidência da República em outro debate realizado, desta feita, na Rede Globo de Televisão, no dia 2 de outubro. É o que veremos – em epígrafe, tão somente, é verdade.

Como se vê, o assunto não é pungente somente no meu modo de ver, mas encontra-se muito presente em várias instâncias da vida nacional. Mas, como já posto, não somente do discurso do ódio trata o trabalho, como também da liberdade de expressão, mais especificamente da colisão entre direitos fundamentais.

Tais direitos, resumidos no adágio popular: respeito é bom e todos gostam, foram assunto para o primeiro capítulo da monografia. Premissa básica de uma Constituição democrática, os direitos fundamentais garantem a dignidade humana, e o exercício dos direitos individuais, entre os quais se incluem a liberdade de expressão.

Problemas surgem quando há colisão entre essa liberdade e o direito à dignidade humana. E se torna evidente então que nenhum direito é absoluto, e qualquer um deles pode sofrer limitações. Mas como resolver o impasse? Antes, porém de tratar da pertinência do emprego deste princípio para resolução do conflito entre liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana afetada pelo discurso do ódio, achei por bem tratar do direito de comunicar pensamentos, ideias, opiniões. Liberdade de expressão foi assim definida com o refrão musical “deixa que digam, que pensem, que falem”, no segundo capítulo.

No terceiro capítulo, denominado “olho por olho, dente por dente ou o princípio da proporcionalidade”, tratou-se da liberdade de expressão, que além de se constituir em um direito de personalidade protege a sociedade contra o arbítrio e a força. O seu cerceamento impede a difusão de ideias, dificulta a interação do cidadão com sua comunidade e emperra a criatividade comunicativa.

Uma avaliação do discurso do ódio, como o ato de destilar veneno, foi feita no terceiro capítulo. Dessa forma, foram abordados o repúdio às minorias e as discriminações de qualquer espécie. Racial, étnica, de ordem sexual e tantas outras.

O quinto capítulo trata do preconceito contra os homossexuais, que em nossa cultura pode ser observado em várias expressões artísticas entre essas na música como na marchinha de carnaval olha a cabeleira do Zezé, será que ele é, será que ele é? Outra marchinha de carnaval “o teu cabelo não nega” retrata bem a exteriorização do preconceito contra os negros. O sexto e último capítulo aborda essa questão. O Pnud diz que para vencer o preconceito racial é necessário criar e fortalecer alianças com a sociedade.

## 1 Respeito é bom e todos gostam.

“Candidato Levy. Você viu que o tempo todo eu me comportei com a maior lhanura e cortesia com todos os candidatos. Mas, no entanto, da última vez, segunda feira de madrugada, o senhor extrapolou todos os limites e com sua fala - agredindo a população LGBT - agrediu na verdade 99,9% da população brasileira. Na própria segunda feira o nosso partido e outros partidos entraram com uma representação contra o senhor. Eu proponho que o senhor aqui peça perdão - pela sua fala - ao povo brasileiro”.

(Comentário do candidato Eduardo Jorge ao candidato Levy Fidelix, em debate realizado pela Rede Globo, no dia 2 de outubro de 2014)

Uma das premissas básicas de uma Constituição democrática e cidadã, como pretende ser a do Brasil, é a necessidade que os seus preceitos sejam justos e equânimes para com todos sob a sua jurisdição. O império da lei que deve atingir a todos garante direitos e liberdades. Em contrapartida, deles decorrentes, há também deveres. A igualdade de direitos entre os cidadãos e a obrigatoriedade de obediência à lei constituem-se, assim, no padrão primário para uma sociedade justa.

Além da questão da soberania, cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político - tal como a Constituição brasileira elenca como princípios fundamentais - a garantia dos direitos individuais é outro primado do constitucionalismo e da democracia. Para tanto, é imprescindível o respeito aos direitos humanos, entre os quais se destacam as liberdades de consciência e pensamento. Se a dignidade da pessoa humana surge na Constituição de 88 já no inciso III do art. 1º, a liberdade de pensamento surge logo no inciso IV do art. 5º.

Como se vê, a liberdade de manifestação e a dignidade da pessoa humana são basilares no ordenamento brasileiro. O respeito à dignidade e o exercício da liberdade de expressão são devidos a todo cidadão, independentemente da valoração que se possa fazer do caráter de cada um. Assim todos merecem ser respeitados à luz da condição inicial do contrato social e de igual forma devem ser tratados pelos princípios da justiça.

Verdade é que quanto mais o direito do próximo estiver garantido, mais legítima será a cobrança pelo respeito a aquele que nos concerne. No sentido inverso, todos terão o dever natural e moral de respeitar o direito alheio quando o

seu estiver garantido. É por assim dizer o respeito mútuo, que outra coisa não é senão o dever de manifestar a alguém o respeito que lhe é devido como ser humano. Mesmo que alguém não reconheça o direito que o próximo possa ter, como ser social que não vive senão em comunidade, prepondera a necessidade de valoração do sistema vigente. Dessa forma, o respeito mútuo é essencial ao ser social. Não admitir tal premissa é abdicar do respeito aos próprios direitos.

Em um caso concreto, quando direitos fundamentais se confrontam, tal como a dignidade da pessoa humana com a liberdade de expressão, há de ser encontrado um ponto de equilíbrio conciliador, para que direitos sejam respeitados, a justiça seja feita e a harmonia prevaleça. Um sistema social não será justo, se direitos de uns forem privilegiados em detrimento daqueles dos outros.

Assim, um direito de alguém pode ser relativizado quando põe em perigo o do próximo. Não se faz justiça quando é dada prioridade a um direito sem que haja razão plausível, ou na evidência de que um direito é dado tão somente a alguns. Salvo, quando esse direito põe em risco ou incita ações que cerceiam outro direito. O usufruto de um direito, quando o de outrem se apresenta, é assim delimitado, mesmo por que nenhum tem o status de absoluto.

De acordo com Mendes (2008, p.240), tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando enfrentam valores de ordem constitucional, como, por exemplo, outros direitos da mesma estirpe. Inclusive no âmbito internacional. Dizem os autores que o art.18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos, de 1996, da Organização das Nações Unidas (ONU), traz declarações de direitos com recomendações que expressem limitações necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde e a moral pública, e ainda, os direitos e liberdades fundamentais de outros (2008, p. 240).

“Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada”, enfatiza Mendes et al (2008, p.241).

Assim, na teoria, até parece fácil aquilatar os princípios em voga pressupondo que o sopesamento de direitos, na prática, se faz impunemente, sem ferir algum. As dificuldades se apresentam na ponderação de princípios que são tão próximos, delicados, preciosos e complexos quanto a liberdade de expressão e a dignidade humana. A quem dar prevalência quando um direito a ser garantido

esbarra com outro? Qual reivindicação é mais justa na coexistência de direitos tão similares? Como decidir o confronto entre liberdade de expressão e o discurso do ódio?

Uma das saídas para condução por esse fio de Ariadne consiste em identificar inicialmente não somente o objeto de proteção, mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga proteção. Não se trata, assim, de proteger qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito. É o que dizem Gilmar et al (2008, p.295):

“Isso significa que o âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva, garantindo-se a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional” (2008, p.295).

Tais autores afirmam ainda que quanto mais amplo for o âmbito de garantia de um direito fundamental, tanto mais será possível qualificar ato do Estado como proteção. Em contrapartida, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existirá para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo (2008, p.295).

Quando direitos fundamentais entram em rota de colisão é mister, portanto, encontrar uma saída na qual haja mais possibilidades de reduzir ao mínimo as garantias constitucionais das partes em confronto. É necessário também que o sacrifício de um direito seja proveitoso à solução do problema. Essa, aliás, é uma das premissas mais importantes do princípio da proporcionalidade: qualquer restrição de um direito não deve ser em vão. Assim é que, se a balança sopesar para um lado, sem nada que justifique, haverá comprometimento da aplicação da justiça. As regras jurídicas e a aplicação dos princípios elencados como fundamentais nortearão as decisões sobre direitos em confronto.

Explicam muito melhor tais assertivas Mendes et al (2008, p.286) quando afirmam que “a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflito válido em termos abstratos”. Assim sendo, há que se ter em conta o que é legítimo restringir. Dizem tais autores que os direitos individuais que possuem hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição da mesma estirpe ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento na própria Constituição.

Para corroborar tal enunciado trazem à luz o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Segundo o documento citado:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei” (2008, p.304)”.

Dessa forma, fica evidente que, conjuntamente com a análise das circunstâncias em que houve colisão de direitos, o magistrado encontra-se comprometido com o ordenamento pátrio, que demarca a discricionariedade, impõe justificativa e exige obediência às regras jurídicas, que por sua vez devem ser elaboradas à luz do que determina a Constituição. Como se pode notar, não é tarefa fácil e nem, tão pouco, para leigos. O ordenamento jurídico para os direitos humanos é terreno fértil para incongruências e incompatibilidades, apesar de se ter em mente que o texto constitucional deve ser visto, lido e interpretado como um todo coeso e harmônico. Considerá-lo assim, entretanto, não resolve todos os problemas da hermenêutica. Em um caso concreto em uma determinada circunstância, há que se decidir qual dispositivo deve ser prevalente e qual pode ser restringido. O imbricamento de ideias, princípios e regras exige reflexão e ciência de todos os que se aventuram a deslindar o interessante e ao mesmo tempo complexo ordenamento sobre direitos humanos.

De acordo com Farias (2008), o mais polêmico dentre os dispositivos constitucionais que permitem algum tipo de restrição é o inciso IX do art.5. Isto é, aquele que garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Apesar dessa possibilidade, ele ressalta que “a cautela de que só por lei pode-se regular o exercício dos direitos fundamentais constitui uma garantia contra possíveis ameaças” (Farias, 2008, p.88). Ele diz ainda que a exigência de que a lei regulatória dos direitos fundamentais respeite o núcleo essencial dos mesmos está direcionada contra eventuais abusos da função legislativa:

“A defesa do núcleo essencial visa, assim, evitar que os direitos fundamentais fiquem a mercê do legislador. Contudo, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, não constitui tarefa simples definir o que seja núcleo essencial dos direitos fundamentais”, adverte Pereira de Farias (2008, p.88).

O autor complementa afirmando que “a sua concreta determinação se apresenta como um dos encargos mais árduos que a Lei Fundamental atribuiu à teoria e à práxis do direito constitucional” (2008, p.88).

Um texto de Silva (2009) lança uma luz a respeito de como perscrutar na Constituição qual dispositivo pode sofrer restrições. Responsabilidade essa tanto do Legislativo quanto da Magistratura. Ele aventa a possibilidade de decifrar o enigma por meio da elaboração teórica sobre reserva legal, que ora impõe a autossuficiência do texto constitucional, por não demandar leis que regule os artigos, ora impõe a necessidade de regulamentação. A esse respeito a doutrina desenvolveu, da Silva (2009, p.606), uma teoria triádica, especialmente quanto aos direitos fundamentais. Dessa forma, tais garantias constitucionais podem ser submetidas a reserva legal simples, à qualificada e ainda aquelas sem reserva alguma. As sujeitas a reserva legal simples dizem respeito àqueles direitos garantidos por dispositivos constitucionais que mencionam de forma genérica a possibilidade de intervenção legal. O autor explica ainda que são os que a Constituição não impõe parâmetros para a lei reguladora, apenas menciona a possibilidade de sua existência. Contudo ele ressalva que “o modelo triático de reserva legal não é adequado para a compreensão do direito constitucional brasileiro” (Silva, 2009, p.614).

Assim, voltamos à estaca zero. Mesmo porque, o próprio autor lembra a Constituição brasileira não contém dispositivo algum que discipline a restrição de direitos fundamentais nela insculpidos. A única exceção é o inciso LX do art. 5, ao dispor que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (Silva, 2009, p.611).

Mas a intenção aqui é encontrar um embasamento teórico para o imbróglio doutrinário quando a colisão entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio se apresenta em um caso concreto. E como o próprio nome do trabalho já revela, o intuito é verificar a pertinência do princípio da proporcionalidade para tal evento.

Dando prosseguimento a essa empreitada, o legado teórico de Silva oferece uma pista. Diz ele que a alternativa é acatar a existência de restrições a direitos fundamentais – necessárias para a realização de outros direitos ou interesses coletivos. Conforme seu posicionamento, o recurso a figuras que

escondem essas restrições por trás de conceitos pouco claros, como o de limites imanentes, não é a melhor forma de encarar o silêncio constitucional nessa questão. E nem pressupor que existam direitos absolutos, apenas pelo fato de não estarem sujeitos a uma reserva legal, ou que existam direitos protegidos de forma especial, apenas por que os dispositivos que os garantem fazem menção expressa a uma lei e a seus objetivos, mas pressupor que esses direitos, como todos os outros, estão sujeitos a restrições que forem necessárias para a sua harmonização com outros direitos constitucionais.

Para ele, a proposta de emprego do princípio da proporcionalidade – que é o que interessa para este trabalho – não depende de escalonamentos e modelos de reserva legal, “dos quais a Constituição brasileira prescindiu nos últimos anos e poderá continuar a prescindir” (Silva, 2009, p.617).

Antes, porém, de nos dedicarmos à liberdade de expressão e ao discurso do ódio, assim como a colisão entre os dois fenômenos, será de bom alvitre reiterar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para os regimes democráticos. Assim, o respeito à alteridade, às idiossincrasias e às preferências pessoais, que como já foi dito todos nós gostamos, é basilar.

Não somente por isso é considerado o mais eminente dos valores, por que constitui a fonte e a raiz de todos os demais, como bem lembra Edilson Pereira de Farias (2008, p.167). Mas, consenso é que, nem por isso é absoluto. Não obstante, é ele que propicia a unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais.

Diz Pereira de Farias que:

“os direitos humanos – que historicamente surgiram nos séculos XVII e XVIII por meio do jus naturalismo racionalista, constituem um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em âmbito nacional e internacional” (2008, p.168).

Como o homem está destinado, desde sempre, a viver e conviver em comunidades, entre as suas missões mais difíceis e necessárias está o exercício da tolerância com o outro, com suas ideias, opiniões, escolhas, opções, sem a qual fica

comprometido o respeito à dignidade humana. A tolerância é, aliás, uma das tantas virtudes sem a qual o ser humano não se eleva à condição de civilidade, e nem há dignidade ou liberdade de qualquer espécie.

Não por outro motivo, enfatizou o norte-americano Ronald Dworkin que “a tolerância é o preço que temos de pagar pela nossa aventura de liberdade” (2006, p.182). De acordo com Dworkin, caso seja verdadeiro o respeito pela vida alheia, há que se admitir que não é boa a vida de alguém que viva sem que suas convicções sejam respeitadas. “Quando impomos a uma pessoa certos valores que ela não pode aceitar, mas perante os quais tem de se curvar por medo ou prudência, isso não melhora em nada sua vida, mas a torna pior” (2006, p.182). Podemos acrescentar que nem a de nós mesmos, quando inadvertidamente queremos impor ideias, ideologias, pensamentos e sentimentos.

Corolário do respeito que todos devem ter com os valores que não nos são próprios, surge o reconhecimento da subjetividade alheia, e com ela, a admissão de suas idiossincrasias e visões de mundo diferentes. Não há escapatória. Ou somos capazes de viver na pluralidade, que afinal nos enriquece, ou fenecemos na limitação da nossa própria maneira de pensar. A aceitação de que há vida inteligente além do nosso umbigo, nos faz admitir que a liberdade de expressão do próximo, mas do que a ele mesmo, acaba por beneficiar a nós mesmos, pois lança nossas mentes para além das limitações de uma vida particular e única.

## 2 Deixa Que Digam, Que Pensem, Que Falem.

“Candidato Eduardo Jorge: você não tem moral nenhuma para me falar disto. Você acima de tudo propõe que o jovem consuma maconha. Isso é crime. Isso é apologia ao crime. Ao aborto. Apologia ao crime. Está lá no Código Penal. Eu apenas, e tão somente, seguindo o que reza a Constituição Federal requeri que as pessoas pensassem e repensassem que nós temos que ter famílias tradicionais que também a Constituição Federal no artigo 226 prevê: o homem, a mulher, filhos. Então meu candidato, fique certo, que não é você que vai, uma vez mais, colocar o povo brasileiro, que eu defendo, escorado, no canto, para defender algo contrário que está na Constituição Federal e que também está no Código Civil, no artigo 1514, onde consagra o homem e a mulher no casamento. Vou requerer de você então: pense duas vezes antes de me acusar já que eu não fiz nenhuma apologia. Muito pelo contrário, apenas coloquei que eu defendo uma posição cristã, familiar, e que o Estado não pode interferir por que o meu legítimo direito constitucional está garantido também no artigo 5º, que é a minha livre expressão”.

(Resposta do candidato Levy Fidelix ao candidato Eduardo Jorge no debate promovido pela Rede Globo, no dia 2 de Outubro)

Entende-se liberdade de expressão como o direito de manifestação livre de opiniões, ideias e pensamentos. Para efeito deste trabalho, tomar-se-á, conceitualmente, liberdade de expressão em seu sentido lato, compreendendo assim toda e qualquer espécie de comunicação de opinião, pensamento, informação, sentimento, ideia e congêneres. Não se exclui dessa abrangência, as múltiplas formas que o trânsito da comunicação humana pode se utilizar, sejam elas face a face, sejam eletrônicas.

Para alguns autores, entre esses, Jônatas E. M. Machado (2002, p.370), a liberdade de expressão constitui-se em um direito mãe, o qual se desdobra em tantos outros direitos fundamentais como o de informar, de se informar e ser informado; o de resposta; o de liberdade de imprensa; o dos órgãos de comunicação social; os de antena, de resposta e de réplica política. Para o autor, “as liberdades comunicativas compreendem ainda a liberdade de criação artística e a liberdade de aprender e de ensinar” (2002, p.370).

Liberdade de expressão é elemento fundante das democracias modernas. Segundo Anthony Lewis, “liberdade para dizer e escrever o que se quer é uma necessidade inescapável da democracia” (2011, p.13).

A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais caros à dignidade humana. Por meio do expressar-se o homem toma conta de sua individualidade - identificando-se como ser único -, e expressa a sua visão de mundo. Porquanto, a liberdade de expressão é caracterizada como direito da personalidade e integra o estatuto do ser humano, fundamental para a concretização do princípio da dignidade. É, ainda, um direito indisponível e inalienável.

Acerca dessas adjetivações – indisponibilidade e inalienabilidade -, Gilmar Mendes e outros discutem minuciosamente a respeito na obra conjunta Curso de Direito Constitucional (2008, p.242 a 244). Para eles inalienável é um direito ou uma coisa em relação à qual estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica, quer material. Isso quer dizer que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente. Entretanto afirmam adiante “se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional” (2008, p.242 e 243). Para exemplificar dizem ainda que a liberdade de expressão, por exemplo, cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão (2008, p. 244). Mas essa é uma conversa que se terá mais adiante.

Para Ronald Dworkin, liberdade de expressão pode ser enquadrada em duas grandes categorias que dão a dimensão de sua importância. Na instrumental, a liberdade de expressão “não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade” (2006, p.318 e 319). Dessa forma, a liberdade de expressão se justifica pela sua “utilidade”. Dworkin elenca vários modos que a instrumentalidade pode ser observada. Entre esses, a possibilidade que o cidadão tem de descobrir verdades e mentiras na política e a impossibilidade do governo punir aqueles que o criticam. Ele afirma ainda que, em seu país, os Estados Unidos, o compromisso com a liberdade de expressão se baseia na adoção de uma estratégia: “uma espécie de aposta coletiva na ideia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal” (2009, p.319).

A outra categoria que justifica a defesa da liberdade de expressão, segundo Dworkin, é o dever que o Estado tem de tratar todos os cidadãos como adultos e responsáveis - com exceção dos incapazes, obviamente. Tal arrazoado se baseia na consideração de que os cidadãos moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mau na política, e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. Do contrário, seria considerar que os cidadãos são incapazes de discernir as boas e más influências. “Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos de ouvi-la e ponderá-la” (2006, p.319), diz Dworkin.

Argumento semelhante faz parte do voto do ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall Harlan, no caso Paul Robert Cohen vs Califórnia, relatado na obra de Lewis. De acordo com a transcrição, Harlan ressaltou que:

“o direito constitucional da liberdade de expressão é um remédio poderoso em uma sociedade tão diversa como a nossa. Ele foi criado e intencionado para eliminar restrições governamentais da arena política, pondo a decisão sobre as quais visões devem ser vocalizadas principalmente nas mãos de cada um de nós, na esperança de que o uso dessa liberdade acabasse por produzir uma cidadania mais capaz e uma organização política mais perfeita, e na crença de que nenhuma abordagem seria compatível com a dignidade e escolha pessoal sobre a qual repousa nosso sistema político” (2011, p.158).

Ademais, a liberdade de expressão, além de se constituir em um direito da personalidade, protege a sociedade contra o arbítrio e as soluções de força. Vale ressaltar que o surgimento dos direitos fundamentais deve-se a evolução histórica das sociedades, e desde sempre se baseiam na luta do cidadão contra o abuso de poder, qualquer que seja a procedência. O cerceamento da possibilidade de se manifestar impede a difusão de ideias, dificulta a interação do cidadão com sua comunidade e emperra a criatividade comunicativa. Quando se restringe a liberdade de um indivíduo se expressar, não somente o direito deste é atingido, mas também o

de toda a comunidade de receber, emitir e debater opiniões, filosofias de vida e visões de mundo.

Com pensamento similar defende João Trindade Cavalcanti Filho - na obra O “Discurso do Ódio” Na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: Uma Análise À Luz Da Filosofia Política – a liberdade de expressão. De acordo com ele, os eventuais abusos não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com mais liberdade de expressão. “Afim, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade – e não ao Estado – decidir quais as ideias que irão granjear a simpatia da maioria das pessoas” (2014, p.60). O conceito de mercado de ideias não é exatamente uma novidade, diz ele, que aprofunda a discussão a respeito da qualidade dessa argumentação, classificando-a de política e de jurídica, sempre com o foco na jurisprudência. No caso deste trabalho, é pertinente apontar que o conceito de mercado de ideias é frequentemente usado na defesa de uma larga e irrestrita liberdade de expressão.

Em nosso país, a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe várias inovações em relação à liberdade de manifestação do pensamento, dando maior amplitude ao rol de direitos e garantias individuais. Contudo, não é a liberdade de expressão um direito absoluto e ilimitado, como de resto nenhum o é. Diz Edilson Pereira Nobre Júnior que “a previsão da liberdade de expressão no texto magno não a torna, como direito fundamental ilimitado, imune a restrições. A própria concepção que ensejou seu reconhecimento nos albores do Estado de Direito explicitamente lhe reconhecia possibilidade de sua contenção” (2009, p.7).

Assim, em confronto com outros direitos da personalidade - entre os quais se destacam o direito à honra, que consiste na estima e conceito que alguém desfruta na sociedade, bem como na concepção que faz de si mesmo; o direito à intimidade, que compreende na prerrogativa de ser protegido contra intromissões indevidas na vida privada; à preservação da imagem, consubstanciada no direito de decidir sobre a possibilidade de reprodução da figura física humana - a liberdade de expressão pode ser mitigada. Para que não reste dúvida, a Constituição Federal explicita em seu art. 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Antes, porém, no inciso IX, a Constituição preceitua que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Como se vê, são dois marcos constitucionais, dos quais não se pode aventar qualquer hipótese de hierarquia.

Da perspectiva do confronto entre dois princípios fundamentais, como se pode observar entre os dois incisos acima apontados, há que se indagar qual deverá prevalecer em um caso concreto, pois no texto constitucional parecem-nos harmônicos entre si. Será preciso recorrer à hermenêutica constitucional para averiguar com clareza o sentido e o alcance dos dois direitos fundamentais: liberdade de expressão versus inviolabilidade da honra e imagem.

Levando-se em conta que o texto constitucional deve ser lido como um todo coerente, coeso e hierarquicamente organizado – como já dito - será preciso buscar uma composição que não desconsidere princípio algum. E nem que dê prevalência normativa a algum deles, pois todos demarcam uma gama de valores que devem ser contemplados no momento da aplicação dos preceitos constitucionais.

Muitas vezes a necessidade de ponderação dos princípios fundamentais associa-se a ideia de reserva legal, mas, como já dito, tal marco teórico não é adequado para o ordenamento constitucional pátrio. Ademais, a Constituição brasileira não faz menção a nada que possa restringir a aplicação dos direitos fundamentais, fazendo com que, quanto a eles, seja aberta a interpretações e ponderações outras, exógenas ao seu texto. Com exceção feita ao inciso LX – "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" – nenhum outro do artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, aventa qualquer possibilidade de restrição ou ponderação.

O artigo 220 da Constituição é, porém, mais explícito quanto aos parâmetros que deverão ser atentados no gozo da liberdade de informação. Diz ele textualmente:

Capítulo V - Da Comunicação Social Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Na inteligência de Gilmar Mendes e outros, tais preceitos deixam claro que a liberdade de informação deve ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada, tal como determina o inciso X, do art. 5º, isto é, com possibilidades de “intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito” (2008, p.312).

Mas isso não é tudo, pois ainda restam lacunas de como estabelecer limites para a liberdade de expressão, mesmo porque tais delimitações serão possíveis de serem delineadas mais precisamente em casos concretos. E para tanto, eis que se apresenta o princípio da proporcionalidade como um mecanismo apropriado para realizar a ponderação exigida quando é necessário arbitrar até que ponto a liberdade de expressão pode ser usufruída. E na perspectiva de seu alvo, até que ponto pode ser tolerada.

### **3 Olho Por Olho Dente Por Dente ou o Princípio da Proporcionalidade.**

“Bom, então nos vamos nos encontrar na Justiça quando o Ministério Público abrir o processo e o senhor for chamado, e nós formos também chamados como testemunhas. Não quero..., se você quer me processar também por essas teses generosas em defesa da saúde das mulheres e uma tese para quebrar o poder do crime e ter um diálogo maduro com os usuários para diminuir os danos das drogas psicoativas ilícitas, faça, faça e vamos ver na Justiça. Quero então aproveitar esse momento para reiterar, o senhor envergonhou o Brasil com sua atitude, segunda feira à noite”.

(Réplica do candidato Eduardo Jorge ao candidato Levy Fidelix no debate promovido pela Rede Globo, no dia 2 de Outubro)

Olho por olho dente por dente hoje é apenas é um adágio popular na cultura ocidental, que sugere punição na proporção do erro cometido. Os primeiros vestígios desse princípio, também conhecido como Lei de talião, foram encontrados no Código de Hamurabi, rei da Babilônia, que viveu no século XVIII, A.C.. A expressão, que também é encontrada na Bíblia, em Êxodo, 21:24, dá uma clara noção da correspondência entre uma ação e uma reação, na sua exata medida, ou seja, na sua proporção. Alguns países do Oriente Médio mantêm ainda hoje, em seu ordenamento jurídico, a noção do olho por olho e dente por dente para punir crimes e agressões.

A proporcionalidade é um conceito bem mais complexo do que essas definições, entretanto, elas servem para início das elaborações, acerca de seu significado e aplicação no Direito, que a seguir serão expostas. Muitos atribuem a origem do uso do princípio da proporcionalidade à derrocada do Estado absolutista - quando o rei ou outro governante qualquer era legalmente incondicionado, sem limites de atuação - para o Estado liberal onde a lei passou a ser cerceadora das ações governamentais. “Se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela serve de freio aos seus atos”, diz Koncikoski (2012, p.1).

O princípio da proporcionalidade, que se popularizou após a Segunda Grande Guerra pelo frequente uso na jurisprudência alemã, preceitua que garantia constitucional alguma goza de valor supremo e absoluto.

Assim sendo, não há regra ou direito que reine soberano sobre os demais, a despeito de qualquer circunstância. Para além dos princípios, que norteiam o ordenamento jurídico, todos os direitos podem sofrer regramento, vez por outra.

De acordo com Gilmar Mendes, na Alemanha tal princípio é derivado do Estado de Direito.

“No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição do excesso (*übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais” (2009, p.43).

Como se vê, a proporcionalidade - noção que se encontra intrinsecamente ligada à razoabilidade – ocupa um importante papel na proteção dos direitos fundamentais. Também é importante no sopesamento de garantias e interesses individuais e na necessidade de harmonizar princípios. Tal elaboração teórica se mostra também útil na aplicação do ordenamento jurídico de forma coerente e justa, equacionando e harmonizando, o quanto seja possível, interesses antagônicos que estejam em jogo. Ele permite aquilatar de forma acurada as variantes envolvidas e definir qual deles possui mais relevância, sem se descuidar do caráter coesivo das normas.

Em acréscimo à sua pertinência no embate de direitos individuais, a proporcionalidade também se encontra relacionada com a definição dos limites do papel do Estado, pois proporciona meios para delimitação da atuação estatal sem superestimar e nem subestimar sua função jurisdicional.

Segundo Paulo Bonavides, a proporcionalidade, por se tratar de um princípio vivo e elástico, protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. “De tal sorte que urge, quanto antes extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial”, complementa (2006, p.434).

Assim, o princípio da proporcionalidade é de primordial importância quando se exige equilíbrio entre dois polos de interesse. Sejam eles, Estado e cidadão, ou cidadão e cidadão, nos embates interpessoais.

“Sem desprezo a qualquer princípio ou regra estabelecidos, a proporcionalidade, parece ser o meio mais eficaz quando se trata de acomodar objetivos e atenuar tensões”, enfatiza Marcos Antonio Koncikoski (2012, p.2).

A efetividade das garantias dos direitos fundamentais se beneficia sobremaneira com a aplicação da proporcionalidade, especialmente por que tal princípio oferece clareza na avaliação de normas que se encontram em confronto na prática.

Para Suzana de Toledo Barros:

“a ‘descoberta’ do princípio da proporcionalidade, além de viabilizar um efetivo controle das leis, por permitir detectar situações inconstitucionais menos flagrantes, fornece ao juiz um instrumental prático inigualável quando se trata de justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos individuais. Com efeito, não se pode olvidar que um tal controle sempre intuitivamente defendido, mas, quando não se conseguia comprovar a efetiva aniquilação do direito fundamental em jogo, invariavelmente se fazia necessário recorrer a considerações metajurídicas, como a exigência de moralidade ou justiça, para sustentar a nulidade da lei desproporcionada” (1996, p.27).

Vários autores ressaltam que a proporcionalidade é constituída, de forma hierárquica, por três subprincípios: pela máxima da conformidade ou adequação dos meios; pela exigibilidade ou necessidade; e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Pela análise dos elementos parciais, ou seja, dos subprincípios, será possível detectar vícios substanciais da lei em uma perspectiva diversa da tradicional, “quando está em causa a mera compatibilidade lógico-formal das normas constitucionais” (TOLEDO DE BARROS, 1996, p.72 apud CANOTILHO, 1982, pp. 261 a 263).

O primeiro subprincípio traz uma regra de compatibilidade entre o fim pretendido e os meios por ela utilizados para atingir seus objetivos. Isto significa que deverá ser perseguido o meio mais eficaz e propício e ainda que cause menos dano ao cidadão. Assim, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade requerida.

Caso contrário, há de ser considerada inconstitucional. Toledo de Barros, complementa

“Não raro, a violação ao princípio da proporcionalidade vem acompanhada de atentado a outros princípios ou regras constitucionais, mas os fundamentos de cada qual são perfeitamente distinguíveis. É o caso, v. g., de uma restrição desigualitária, em que o legislador, além de impor uma restrição a si mesma desarrazoada, o faz em relação a apenas um grupo de pessoas” (1996, p.73).

Ainda no que diz respeito ao subprincípio da adequação, é, enfim, a necessidade que seja averiguada a idoneidade da decisão a ser adotada, isto é, uma relação adequada entre medida e fim almejado. Na ausência de destinação apropriada, e na presença de uma desproporção manifesta entre meio e fim, o subprincípio da compatibilidade não estará sendo atendido.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade - ou exigibilidade - diz respeito à escolha de medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância. Por conseguinte, ele determina que, dentre os meios possíveis para obtenção de determinado fim, seja escolhido aquele que promova o objetivo pretendido com igual eficiência, mas restrinja em menor intensidade o direito fundamental atingido.

Diz Suzana Toledo de Barros que “é forçoso concluir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional” (1996, p.78).

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que complementa os da adequação e da necessidade, contém um real sistema de valoração, na medida em que, ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir-se outro. “Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não são suficientes para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma sobrecarga ao atingido que não compadece com a ideia de justa medida”, pondera Toledo Barros (1996, p.80). Em síntese, por meio desse subprincípio, impõe-se que a medida adotada traga vantagens que superem quaisquer desvantagens.

De acordo com José Sérgio da Silva Cristóvam, “a proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial” (2006, p.211).

Ele avalia que pelos critérios da proporcionalidade é possível avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Suzana de Toledo Barros faz em sua obra uma interessante comparação entre o princípio da proporcionalidade e o da igualdade, advertindo porém que é fundamental distinguir-se o plano de atuação de cada um deles, sob pena de confundi-los. Esclarece ela que os dois princípios têm estruturas diversas: “enquanto o primeiro atua separando e individualizando, o segundo funciona harmonizando e conciliando” (1996, p.184). Ela explica que as ideias de restrição a direitos fundamentais e de desigualdade não andam necessariamente associadas. Assim, nem toda restrição desproporcionada importa em violação ao princípio da igualdade. De acordo com ela, uma limitação excessiva pode gerar a perda do direito, uma sobrecarga para uma das partes ou efeitos reflexos danosos a outros direitos, sem que se atinja, no entanto, o direito de igual tratamento na lei. “Para que a restrição desarrazoada signifique também afetação ao direito de igualdade, não de concorrer concomitantemente os pressupostos de existência da relação desigual. Nesse caso, fala-se em restrição desigualitária”, (1996, p.185). Dessa forma, pondera, que não há incongruência na utilização da proporcionalidade para averiguar se as distinções de tratamento, frequentemente necessárias em face do objetivo a ser alcançado, são ou não compatíveis com a ideia de igualdade, porque aquela constitui um parâmetro por excelência e não uma medida em si.

Reforçando tal argumentação ela lembra que para o Direito o princípio da igualdade não exige que todos devam receber o mesmo tratamento do legislador. Contudo, não permite qualquer diferenciação, pois exige para tanto uma razão de ordem substancial. E a razão, diz Suzana de Toledo Barros, pode ser encontrada na clássica fórmula: os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente (1996, p.184).

## 4 Destilando Veneno

“Envergonha você, cara! Você, por que você está praticando apologia a crimes, há jovens que estão indo pra clínicas de aborto se matarem. Isso é uma vergonha para um candidato a Presidência da República. Envergonhando também por que você faz apologia à maconhas, que é entrada para todas as demais drogas. Isso é exatamente que o povo não quer. O povo brasileiro quer - a tradição reza - e o povo brasileiro quer que o jovem seja sadio. Estão aí um milhão de drogados, mundo afora, Brasil afora, pedindo pelo amor de Deus que o tire, que os tirem de lá onde estão, que são as clínicas. E as jovens que estão morrendo, você não tem dinheiro para pagar o que os pais gastam para que isso não ocorra. Então vira sua boca para lá”.

(Tréplica do candidato Levy Fidelix ao candidato Eduardo Jorge no debate promovido pela Rede Globo, no dia 2 de Outubro)

Pulsão de vida. Pulsão de morte. Entre esses dois extremos transita o psiquismo humano. Sigmund Freud que elaborou os dois conceitos – basilares para a sua teoria psicanalítica – defendia que todos temos duas pulsões antagônicas e ao mesmo tempo complementares. Uma pulsão sexual com tendência de preservação à vida, simbolizada por Eros; e uma pulsão de morte que no seu paroxismo leva o homem à autodestruição com o objetivo de retornar ao estágio original; ou seja, ao nada, ao caos, ao desconhecido. Essa, por sua vez, é simbolizada por Tânatos, que na mitologia grega representa a morte.

Ambas as pulsões não atuam de forma isolada, mas em conjunto, segundo o princípio de conservação da vida. Assim, a pulsão de morte age na elevação da tensão ou excitação libidinal que será escoada pela pulsão de vida levando o indivíduo, impulsionado pelo princípio do prazer, a procurar objetos que venham minimizar os impactos da angústia. Entre tantas maneiras de dar vazão à pulsão de morte – seja modos de vida destrutivos, desprezo pelos cuidados com a saúde, consumo de drogas, e vários outros comportamentos - encontra-se a fala agressiva, que aqui, no que interessa ao presente trabalho, é representada pelo discurso do ódio.

No cerne do discurso do ódio encontra-se o repúdio às minorias, capaz de fomentar a discriminação do diferente e incitar atos, que em maior ou menor grau, são condenáveis nas sociedades humanas.

Para aqueles que o condenam, tal discurso muito mais do que ação comunicativa é uma conduta que deve ser coibida. E dessa forma não deve estar protegido pela liberdade de expressão.

Análise contundente do ódio faz Heidegger, para quem depois de sua eclosão tal sentimento não se dissipa, apenas cresce, se cristaliza, corrói e devora a existência humana. “O ódio exacerba a consciência e a capacidade de reflexão de quem o possui, até alcançar os requintes mais sutis da perversidade”, diz o filósofo (GLUCKSMANN, 2007, p.191, apud HEIDEGGER). Heidegger acrescenta ainda que no ódio, tal como na paixão, há um tipo de expansão que o faz perseguir, sem cessar, por toda parte, o seu objeto. Sendo assim, tal argumento bem que serve para corroborar a postura dos defensores da contenção do discurso do ódio.

Ao revés, dentre aqueles que defendem o direito inalienável e irrestrito da liberdade de pensamento, desponta a ideia de que a proibição do discurso do ódio tem o condão de acirrar sentimentos de desprezo e ódio por aqueles de quem não se pode falar mal pelas suas condições intrínsecas dadas pela raça e outras características humanas. Para Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

“a simples proibição do discurso do ódio não parece se coadunar com os valores vigentes no sistema jurídico brasileiro, nem tem se mostrado uma solução eficaz para o problema, de igual modo resolver a questão com a mera permissão desse discurso também não se mostra, a princípio, compatível. A essência do sistema democrático, do pluralismo, e da garantia da liberdade de expressão exige uma discussão ampla e aberta, na qual impere a convivência pacífica de todas as ideias, ideologias e opiniões”, (2009, p.221).

De acordo com a autora, o regime democrático exige a convivência pacífica das múltiplas opiniões, correntes políticas e sociais, devendo prevalecer a vontade da maioria. Igualmente, deve-se assegurar o direito de manifestação da minoria (2009, p.222). O pluralismo – fundamento básico para democracias - se manifesta nos mais diversos setores da sociedade e implica existência de uma diversidade de culturas, correntes filosóficas, escolas, partidos políticos, organizações sociais, igrejas, opiniões e ideias, afirma Meyer-Pflug (2009, p.224).

O direito de se expressar sobre todo e qualquer assunto, não significa, porém, que a sociedade irá aceitar qualquer manifestação, adverte (2009, p.227). Contudo, a proibição tão só não tem o condão de impedir a existência do discurso

do ódio, pois não atinge diretamente as causas que lhe deram origem, “apenas veda a sua exteriorização com vistas a evitar danos causados às pessoas atingidas” (2009, p.230). Meyer-Pflug acrescenta outra questão a respeito da proibição do discurso do ódio. De acordo com ela, a restrição pura e simples da liberdade de expressão de grupos radicais não promove a inclusão das minorias. A falta de condições das minorias de rebater o discurso do ódio, acrescida com a violação da dignidade das pessoas solapam as bases de uma sociedade democrática, ressalta (2009, p.233).

Jónatas Machado, por sua vez, defende a manifestação irrestrita do pensamento, pois tal liberdade teria ainda o condão de fomentar o salutar “mercado livre das ideias”. A metáfora foi concebida como uma possibilidade de se verificar a relatividade das verdades dadas como absolutas. De acordo com ele, em nome de muitas verdades incontestes foram promovidas violências e perseguições, resultantes que foram de “um conhecimento imperfeito e socialmente condicionado da realidade, o qual frequentemente teve que ser revisto e profundamente alterado” (2002, p.247).

Contudo, o raciocínio deste autor sobre o mercado livre das ideias, onde se insere a permissão para o discurso do ódio, levanta algumas objeções sobre a validade desse procedimento para levar a um bom termo o confronto de pensamentos conflitantes. Questiona a sua capacidade de definir se a opinião que triunfa é realmente a verdadeira. O que se observa, diz, é a coexistência de diferentes verdades, contraditórias, e que traduzem diferentes consensos, “os quais embora dominem em determinados contextos institucionais, sociais e culturais dificilmente poderiam ser objeto [sic] de um assentimento universal” (2002, p.248). Jónatas Machado ressalva ainda que tanto o mercado das ideias quanto a noção de verdade vem sofrendo enfraquecimentos; pois mais do que descobrir racionalmente as verdades, os indivíduos escolhem as suas versões de acordo com seus interesses, necessidades, experiências e posições na escala social, “pelo qual a deliberação racional nunca conseguirá gerar, por si só, um consenso final, enquanto se mantiverem essas diferenças” (2002, p.249).

Acrescenta que as escolas críticas afirmam que longe de representar um fórum de excelência, tal mercado acaba por incorporar preconceitos dominantes, que estão quase sempre presentes no discurso do ódio. A despeito dessas e de

algumas outras objeções, o uso da metáfora pode ser adequado à proteção da liberdade de expressão, a partir de uma análise crítica que observe algumas questões fundamentais (2002, p.251). Entre essas, a observância da profunda disparidade socioeconômica existente na população, que se traduz em maior ou menor acesso aos meios de comunicação. Outra é a verificação da existência de incentivos ao silêncio e à autocensura, derivados do perigo de se adentrar no terreno pantanoso de assuntos delicados, tais como criminalidade, saúde, mortalidade infantil, desemprego e tantos outros.

Jónatas Machado ressalta que, no entanto, as diferentes críticas não chegam ao ponto de comprometer a concepção de um mercado livre de ideias, que traz em seu bojo a possibilidade de que sejam reforçados alguns aspectos considerados essenciais em uma comunidade política constituída por cidadãos livres e iguais. Defende ele que, partindo do princípio de que os indivíduos são produtores, comunicadores e avaliadores de sentido, não é possível ser a favor das liberdades de consciência, expressão e comunicação e ser contra o mercado livre de ideias (2002, p.254). Ele advoga ainda que, assim permitindo, é possível traduzir valores fundamentais da descentralização, da produção e da difusão das ideias e da autonomia individual na adesão ou no abandono das mesmas, sem a interferência dos poderes públicos.

O autor reitera a ideia de que o cerceamento da livre expressão das ideias - que pode conter o discurso do ódio, reitera-se -, não afeta tão somente a comunicação, mas também os resultados que dela poderiam sobrevir. Assim arremata:

“A expressão mercado livre das ideias pode ser utilizada como sinônimo de esfera de discurso público, aberta e pluralista, não tanto para assegurar a produção e troca de ideias de forma economicamente eficiente e moralmente asséptica, mas para acautelar dimensões humana e normativamente essenciais da comunicação. A opção pelo mercado é uma questão de princípio” (2002).

Anthony Lewis traz em sua obra a ideia que “a permissão para o discurso do ódio é que ele nos torna cientes de crenças terríveis e reforça nossa decisão de combatê-las” (2011, p.192). Ele, no entanto, diz que o argumento foi contestado contundentemente por um professor de Direito, nos Estados Unidos. De

acordo com Jeremy Waldron “os custos do discurso do ódio não se disseminam por igual na comunidade que se supõe que deva tolerá-lo. Os racistas podem não causar danos às pessoas que dizem que eles devem ser tolerados, mas poucas delas são retratadas como animais [...] Antes de concluirmos que tolerar esse tipo de discurso ajuda a construir o caráter, devemos falar com aqueles que são retratados desse modo” (2011).

Winfried Brugger (2007), no texto *Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e Americano*, diz que a maneira com a qual os sistemas jurídicos devem lidar com o discurso do ódio é matéria controvertida. Há aqueles que, inspirado na célebre frase de Voltaire, defendem que ele merece proteção, e ainda afirmam que o seu conteúdo elimina, ou pelo menos esvazia, o seu caráter comunicativo. Dessa forma, é visto mais como uma conduta a ser condenada, não sendo aplicáveis os argumentos da liberdade de expressão. O ordenamento jurídico internacional difere quanto ao grau de proteção dado a ele, ressalta. (2007, p.118). Ele afirma que:

“de acordo com a maioria das definições, o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas” (2007 p.118).

No Código Penal Federal alemão, diz Brugger, o discurso do ódio – quando direcionado contra indivíduos ou grupos – é considerado insulto, punido com pena de prisão ou multa. Tal ordenamento inclui ainda um dispositivo que pune o incitamento ao ódio contra segmentos da sociedade e o ataque à dignidade humana por meio de ofensas capazes de perturbar a ordem pública. Essas vedações são admitidas como legítimas restrições à liberdade de expressão, que são admitidas tanto no plano abstrato quanto no concreto. Quanto a esse último, a liberdade de expressão de maneira alguma tem sempre precedência sobre a proteção da personalidade. Ligada a afirmação de fatos, a liberdade pode depender da verdade subjacente nas suposições.

Se forem inverídicas, a liberdade de expressão irá ceder à proteção da personalidade. Caso contrário, há que se decidir qual é o interesse jurídico merecedor de proteção. Dessa forma, afirma Brugger, não é um direito sempre a prevalecer, pois existem outros que muitas vezes o sobrepuja, tais como o direito à

personalidade, à honra pessoal, e a exigência de respeito à dignidade. “Essa é uma diferença crucial com relação à jurisprudência americana, na qual a liberdade de expressão recebe uma proteção quase absoluta”, compara (2007, p. 123).

Feitas tais considerações, Brugger distingue em seu texto (2007, p.124) modalidades do discurso do ódio, a partir de uma suposta manifestação de um hipotético manifestante. A primeira delas é o insulto a indivíduos, entendido como ataque ilícito à honra mediante intencional falta de respeito. Essa agressão à honra, em seu sentido mais básico descreve “o status de uma pessoa que goza de direitos iguais e que merece respeito como membro da comunidade humana independentemente de êxitos individuais”.

Nesse caso, o ataque é fundado em uma afirmação de inferioridade racial ou de negação da condição humana na comparação com animais. Outro sentido da honra é concernente à preservação de padrões de respeito mútuo ou de civilidade, independente dos sentimentos que possam ser nutridos. Outro ainda é a difamação, que pretende prejudicar a reputação do próximo frente a sua comunidade a fim de desencorajar terceiros a manter com ele contatos.

A segunda modalidade é o insulto coletivo, para o qual, relata Brugger, o Código Penal alemão pune a depender de quatro requisitos: o grupo atacado deve ser pequeno, suas características devem diferir dos demais, a declaração difamatória deve atacar todos os membros do grupo e a crítica derogatória deve ser fundada em critérios inalterados ou atribuídos por um segmento maior da sociedade (2007, p.127). Assim, diz Brugger, “o incitamento ao ódio racial é visto pelo legislador como elevação do risco geral de ruptura da paz pública, inclusive violações da dignidade e honra de grupos minoritários e a ocorrência de crimes de ódio” (2007, p.129).

A outra e última modalidade se relaciona a negação de fatos consoados como verídicos, tal como o Holocausto, que para as normas alemãs, assim como para toda cultura germânica, tem especial importância. Brugger, especialmente quanto ao genocídio cometido pelo governo nazista contra os judeus, diz que tais negativas podem ser simples ou qualificada. Simples caracterizam as afirmativas que não houve o extermínio em massa durante os anos do Terceiro Reich, ou se judeus foram mortos, não ocorreu na magnitude apregoada, e nem por

meio de câmaras de gás. É qualificada quando a negação do Holocausto é acompanhada por conclusões normativas adicionais ou por chamamento à ação.

Winfried Brugger diz que, em decorrência da Primeira Emenda, as leis americanas dificilmente puniriam o incitamento à ação, caso seja improvável que algo concreto, iminente e ilícito aconteça. O mesmo se dá em relação a “asserções desfavoráveis sobre a motivação das pessoas desde que essas opiniões não importem em difamação, a qual, nos Estados Unidos, exige normalmente afirmativas de fatos que ferem a reputação de indivíduos atacados” (2007, p.131).

Na Alemanha é diferente. Brugger afirma que a formulação dessa questão pela Corte Constitucional Federal alemã considera que os fatos relacionados ao passado, ou seja, ao extermínio de judeus, é ainda muito vivo. De fato, é parte da autoimagem do povo hebraico e de sua dignidade serem vistos como pertencente a um grupo que se destaca pelas ações perpetradas pelo governo nazista, “em relação ao qual todos os outros possuem uma responsabilidade moral especial” (2007, p.132). Assim, tal percepção é para os judeus uma garantia de não mais serão discriminados, constituindo ainda condição *sine qua non* para viverem na Alemanha.

“Quem quer que busque negar esses eventos, nega a cada um deles o valor pessoal a que eles têm direito. Para a pessoa afetada, isso significa a continuação da discriminação contra o grupo a que pertence, bem como contra ela própria (...) (E também que nada mudou) quando se considera que a postura da Alemanha em relação ao seu passado nazista e às consequências políticas dele (...) é uma questão de essencial interesse público” (2007, p.132).

Assim é que, pondera Brugger, pode-se concluir que a criminalização da simples negação do Holocausto não pode ser justificada nos termos da doutrina que advoga a liberdade de expressão, mas tem razão em face da especial significância do Holocausto para a sociedade alemã.

Não é o caso no Brasil, contudo. Uma nota de pé de página do artigo de Winfried Brugger leva a uma reflexão sobre qual lição poderia ser aprendida pelo ordenamento brasileiro, se já não o for. De acordo com tal nota, um artigo de Natasha Minsker – *I Have a Dream – Never Forge: When Rhetoric Becomes Law. A Comparison of the Jurisprudence of Race in Germany and The United States* – tem

como tese principal o aprendizado que os Estados Unidos poderiam absorver com a cultura alemã e “olhar para trás” e aceitar sua responsabilidade pela escravatura. “A Alemanha, por outro lado, poderia aprender com dos Estados Unidos a ‘olhar para frente’ e adotar melhores leis antidiscriminação” (Brugger, p.134).

Mutatis mutandis, ao olhar para o passado, a cultura brasileira também se depara com a escravidão, e não por outro motivo o sistema de cotas já é uma realidade em nosso país. Ao visar o futuro pode-se deslumbrar que se tornarão mais frequente as discussões acerca dos direitos dos homossexuais deixarem explícita sua orientação, dado o número de vezes que têm ocorrido agressões contra esse segmento da sociedade. Eventos socioculturais pungentes e intrigantes – o racismo e a homofobia -, sobre os quais mais frequentemente é destilado o discurso do ódio na sociedade brasileira. E sobre os quais teceremos, a seguir, algumas considerações.

## 5 Olha a Cabeleira do Zezé!

“Tu apavorou, chocou, ofendeu e humilhou milhares de pessoas com aquele teu discurso homofóbico que incitou o ódio e mais incitou o direito de uma suposta maioria enfrentar os direitos de uma minoria, Fidelix isso já no passado aconteceu isso foi, resultou na escravidão, resultou nos mais diversos tipos de genocídio, resultou no Holocausto, Levy. O teu discurso de ódio é o mesmo discurso que os nazistas fizeram contra os judeus. É o mesmo discurso que os racistas fazem contra os negros, mas o racismo hoje felizmente já é crime. Por isso tu não poderias ter dito o que tu disseste em relação aos negros, mas tu te encoraja de acusar homossexuais, transexuais, lésbicas, travestis por que infelizmente a homofobia no Brasil ainda não é crime, mas nós estamos lutando lá na Câmara Federal. Jean Willys, Chico Alencar, Ivan Valente, os nossos deputados estão batalhando para que a homofobia seja crime, para pessoas que façam discurso como o teu saiam algemadas. É era assim que tu deverias ter saído daquele debate. Algemado diretamente para a prisão. Por que o teu discurso foi ofensivo. E eu reforço aqui: tu devias pedir perdão para os milhões de brasileiros que tu ofendeste e que tu atacaste a dignidade deles.”

(Fala da candidata Luciana Genro ao candidato Levy Fidelix Eduardo no debate promovido pela Rede Globo, no dia 2 de Outubro)

O penalista inglês Patrick Devlin, que em 1960 compôs a Câmara dos Lordes, a respeito do *Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*, mais conhecido como Relatório Wolfenden, pronunciou-se sobre a existência do direito da sociedade de proteger a si mesma. E que, para tanto, é função do Direito, especialmente o Penal, determinar ou escolher uma moral, e que esta é ou deve ser a moral da maioria (LIMA LOPES, p.23). De acordo com Devin, a sociedade – mantida por laços invisíveis - é frágil e os indivíduos não são capazes de se desenvolver autonomamente. “Se os laços afrouxarem, os membros irão a deriva”, afirmara Devin então (LIMA LOPES, p.24).

Acerca da homossexualidade, avaliou que se for encarada como um vício abominável, não pode negar à sociedade o direito de erradicá-la. Contra esses posicionamentos se posicionou Herbert. L. A. Hart, segundo o qual tais argumentos não se sustentam, e é intolerável a aplicação da força para manter os padrões morais.

Assim como Hart, Ronald Dworkin reagiu então contra os argumentos de Devin (LIMA LOPES, p.26).

“Também para Dworkin, o que está em jogo no debate é uma controvérsia entre uma moral convencional (segundo a qual as regras morais se fundam em convenções) e uma moral crítica (em que as regras morais devem ser submetidas a certos crivos da razão)”, (LIMA LOPES, p.26).

De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, Dworkin não estaria negando que moralidades históricas podem resultar em aceitação de fato de certas práticas. “O que ele nega é que essa existência de fato equivale à sua justificação ou fundamentação” (LIMA LOPES, p.26). De acordo com Lima Lopes, Dworkin propõe alguns crivos para as opiniões morais:

“Os preconceitos não são razões válidas – acreditar que os homossexuais são inferiores porque não realizam atos heterossexuais não se justifica como julgamento moral de superioridade e superioridade -; o sentimento pessoal de nojo ou repulsa não é razão suficiente para julgamento moral; o julgamento moral baseado em razões de fato, que são falsas e implausíveis, não é aceitável (por exemplo, é factualmente incorreto dizer que os atos homossexuais debilitam, ou que não há práticas homossexuais na natureza – ou seja, em outras espécies animais sexuadas); o julgamento moral baseado nas crenças alheias (todos sabem que a homossexualidade é um mal) também não está suficientemente justificado” (LIMA LOPES, p.26 e 27).

Dessa forma, pondera Lima Lopes, o direito de uma sociedade democrática, ao contrário do que muitos imaginam, não é um direito sem moral, mas um direito que assume em sua base uma moral de caráter crítico e que preserva o tratamento igualitário, o respeito à dignidade da pessoa e à liberdade moral dos cidadãos (2011, p.27). Para o juiz federal Roger Raupp Rios (2006, p.72), desenvolver a ideia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios.

Na esteira dessa concepção, em 2011, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou, por unanimidade, sentença que obriga o Instituto Nacional do Seguro Social a considerar os companheiros ou companheiras homossexuais como

dependentes preferenciais dos segurados ou seguradas do Regime Geral de Previdência Social.

A decisão - válida para todo o Brasil – ordena que o INSS dê aos casais que vivem em união estável homoafetiva tratamento idêntico ao que é dado aos casais heterossexuais, impondo exigências exatamente iguais para todos nos casos de concessão de benefícios previdenciários.

Segundo o desembargador federal João Batista Pinto Silveira, que relatou o processo, em um primeiro momento existiria um conflito aparente entre princípios e normas constitucionais, pois que de um lado, o ordenamento jurídico parece considerar, para efeitos da proteção do Estado, apenas a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Entretanto, disse o desembargador, a mesma Constituição consagra como princípio inviolável a igualdade de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em outra frente de trabalho para conquista dos direitos dos homossexuais, tramita desde 2001 no Congresso Nacional, o PLC 5003/2001 que tem por objetivo criminalizar a homofobia no país. Essa prática, que acarreta até mesmo o assassinato de homossexuais, tem ainda entre suas modalidades de intolerância o discurso do ódio.

Pesquisa telefônica realizada pelo DataSenado em 2008, com 1120 pessoas de todas as cinco regiões do Brasil, constatou que 70% dos entrevistados são a favor da criminalização da discriminação contra homossexuais. De acordo com a pesquisa, as pessoas com melhor nível de escolaridade tendem a ser mais favoráveis ao PLC 122/2006. Outra pesquisa do DataSenado, no ano seguinte, com internautas, apurou que 51,5% dos entrevistados são contrários ao projeto. Como se vê, a matéria é controvertida.

Não por outro motivo, o PDC 234/2011 tentou sustar resolução do Conselho Federal de Psicologia de março de 1999, que proíbe a caracterização da homossexualidade como doença. De acordo o art. 3º do regramento do CFP, os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. A proposta encontra-se arquivada em 2013. Nesse mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça aprovou

uma resolução que obriga todos os cartórios do país a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Antes, porém, em 2011, já havia sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal a legitimidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, por analogia à união estável.

Com todas essas conquistas, no entanto, os homossexuais ainda não se veem protegidos em solo brasileiro, como de resto, sabemos todos, são discriminados em vários países do mundo. Em nosso país, quando não vítimas de agressões físicas, os homossexuais, ao lado dos afrodescendentes, são os principais alvos do discurso do ódio.

## 6 O Teu Cabelo Não Nega

“Candidata Luciana Genro, mentira sua por que em nenhum momento eu fiz apologia. E está lá o meu discurso para todo mundo ver. Eu em nenhum momento pedi que as pessoas atacassem alguém. Muito pelo contrário. É meu legítimo direito de defender a família. Defender o povo. E apenas isto. As pessoas façam do seu corpo o uso que queiram. As pessoas tenham o livre arbítrio. Agora é meu legítimo direito de expressar. Direito de expressar. É a minha posição cristã. Católica, especialmente. Cristã. Por que evangélicos também acompanham minha linha de pensamento. Exatamente de dizer é o que eu penso. Especialmente o que está consagrado na Constituição federal: a família. Não estimorei nada. Você é que turbinou o tempo todo no Twitter para me incriminar. Mentira sua!”.

(Resposta do candidato Levy Fidelix à candidata Luciana Genro no debate promovido pela Rede Globo, no dia 2 de Outubro)

Uma discussão que se faz cada vez mais presente, em todos os âmbitos da sociedade, é como a discriminação racial se manifesta no Brasil. As condutas preconceituosas pouco se apresentam de maneira ostensiva de forma que possamos identificá-las de pronto. Com exceção feita a episódios esporádicos e nefastos, como os que ocorridos em estádios de futebol ou outros de maneira fortuita, o preconceito contra as pessoas da cor negra ou de outra origem que não a nossa, é velado e insidioso. Permeando e se imiscuindo nas relações interpessoais a discriminação racial e os preconceitos podem se tornar acintosos caso não haja ações enérgicas e drásticas para combatê-los.

De acordo com as leis vigentes no país, o racismo, que se constitui na conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade, é crime inafiançável e imprescritível, tal como se encontra previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989.. Já a injúria racial, que consiste em ofender a honra de alguém com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, encontra-se tipificada no parágrafo terceiro do art. 140 do nosso Código Penal. Contudo, as penas de reclusão para tais delitos, que podem variar de um a cinco anos, não são suficientes e eficazes para combater preconceitos se não formos capazes de

chancelar ações afirmativas que objetivam corrigir déficits históricos ou de demonstrar os nossos sentimentos de mais valia com as pessoas, independentemente da cor da pele ou da origem que tenham.

De acordo com o relatório mais recente do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), para conseguir romper o preconceito racial é necessário criar e fortalecer alianças com a sociedade. O artigo primeiro da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial tipifica a discriminação racial como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, ascendência, origem étnica ou nacional que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condição, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Para Dworkin toda teoria política plausível tem a igualdade como valor fundamental. A igualdade, para ele, está na essência de todas que se mostram plausíveis. São todas elas igualitárias, pois defendem que os interesses de cada membro da comunidade tem a mesma importância. E assim requerem que o governo trate seus cidadãos com a igual consideração. Sobre essa questão não há discordância a vista. Quer dizer, nenhuma teoria tem audácia suficiente para defender privilégios. O problema se inicia ao definir o que na prática pode se configurar a tão defendida igualdade. Não abstratamente. Para muitos a precondição para que as pessoas sejam tratadas como iguais é a distribuição de renda de forma igualitária. Há outros que defendem a igualdade de direitos sobre o próprio trabalho e a propriedade são a precondição.

## Conclusão

“Cristãos, evangélicos, espíritas, qualquer pessoa de qualquer religião ou mesmo ateus não compartilham de seu discurso de ódio, Fidelix. E foi justamente por isso que foi tão criminosa a suspensão do programa de combate a homofobia nas escolas, que a presidenta Dilma fez. Por pressão da bancada fundamentalista no Congresso Nacional. Ela desistiu de levar para dentro das escolas esse debate sobre a homofobia. Para que nós não tenhamos mais adultos como o senhor Fidelix, que pensem dessa maneira e que destilem esse ódio. E que tenhamos crianças que tenham a educação para a tolerância e a não discriminação. Essa é a luta do PSol”.

(Réplica da candidata Luciana Genro ao candidato Levy Fidelix no debate promovido pela Rede Globo, no dia 2 de Outubro)

A razão de ser do Direito é a realização da justiça. Assim é que achar o caminho para a construção de uma sociedade justa é o intuito máximo do operador do Direito. Deve ser o seu leitmotiv. Há que se reconhecer que é tarefa fácil, mesmo por que a realidade se apresenta de forma lábil, fruto de uma sociedade mutante e plural. A principal consequência é a necessidade de saber conviver com diversas culturas, visões de mundo e posturas sociais. Cada uma delas apresentando diversas facetas e demandando respeito, reconhecimento e dignidade.

Dessa forma, a ninguém é dado desconhecer que não há razão alguma para querer que suas opiniões e seus sentimentos prevaleçam sobre os dos demais. A ninguém é dado imaginar que seus valores são o máximo da consciência humana e os dos outros podem ser desconsiderados.

Em aula da disciplina Direito Constitucional Aplicado I, ministrada durante o presente curso de pós-graduação, o professor João Trindade abordou a liberdade de expressão e o discurso do ódio, senti que falar sobre esse confronto iria dar voz a sentimentos meus de inquietude a respeito da intolerância de muitos discursos ouvidos durante décadas, em diversas circunstâncias, em diversas intensidades. Senti ainda que tal inquietação se devia ao fato de que, ungida pelo pensamento liberal e humanista que sempre nutri, ora um valor ora outro deveria se alevantar, tal como apregoou Camões.

Movida então pela Musa fui em busca de mares nunca d'antes por mim navegados. E seguindo uma linha imaginária explanei no primeiro capítulo a questão do desejo de cada um de ser respeitado. Além de ser um direito constitucionalmente garantido é premissa básica para a vida em comunidade. É sine qua non. No segundo capítulo tratei sobre a liberdade de expressão. O princípio da proporcionalidade compôs o terceiro capítulo e o veneno do discurso do ódio, o quarto. Nos dois últimos, abordei dois preconceitos mais frequentes na sociedade em que vivemos, ou seja, o racial e a homofobia.

E assim, chego ao final desta viagem. Águas nem sempre tranquilas atravessei. Contudo o princípio da proporcionalidade me ofereceu uma carta marítima que conduziu-me até aqui, assim como a convicção de que as palavras podem modificar o mundo. De amor e carinho, abrir portas e fronteiras. De raiva e ódio, encerrar a paz e iniciar a guerra.

Concluí que, como afirmam Gilmar Mendes e outros, tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando enfrentam valores de ordem constitucional, como, por exemplo, outros direitos da mesma estirpe. No entanto, difícil é, talvez impossível, fixar na letra pétrea da lei como deve se portar um magistrado diante desta circunstância. A jurisprudência deverá ser norteadada pelo bom-senso, rara qualidade. Mas é pouco basear-se apenas no poder discricionário da pessoa do juiz. O desafio continua a ser o de definir um Norte preciso a seguir nesta questão, desafio que resta intocado aos juristas, estudiosos e sábios do direito, de quem ainda esperamos a palavra final.

## Referências Bibliográficas:

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 de março de 2014.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Os Direitos Fundamentais e a Lei: A Constituição Brasileira Tem Um Sistema De Reserva Legal? I**: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm (orgs.). **Vinte Anos da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRUGGER, Winfried. **Proibição ou Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano**. In: Revista de Direito Público 15/117. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan./mar. 2007.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisão Entre Princípios Constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e Prática da Igualdade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. **O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.
- GLUCKSMANN, André. **O Discurso do Ódio**. Rio de Janeiro: Difel, 2007.
- KONCIKOSKI, Marcos Antonio. **Princípio da Proporcionalidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11050&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9)>. Acesso em out 2014.
- LEWIS, Anthony. **Liberdade Para as Ideias Que Odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011.
- MACHADO, Jônatas E. M. **Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Liberdade de Expressão Versus Direitos da Personalidade**. Brasília: Revista CEJ, Ano XIII, n.45, p.4-13, abr./jun.2009.
- PEREIRA DE FARIAS, Edilson. **Colisão de Direitos: A Honra, A Intimidade, A Vida Privada E A Imagem Versus A Liberdade De Expressão e Comunicação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
- RAUPP RIOS, Roger. **Para Um Direito Democrático da Sexualidade**. In Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 12, p.71 a 100, jul./dez. 2006.
- RAUPP RIOS, Roger; GOLIN, Célio e GOGO LEIVAS, Paulo Gilberto. **Homossexualidade e Direitos Sexuais: Reflexões a Partir da Decisão do STF**. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- TOLEDO BARROS, Suzana de. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.