



**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: UMA ANÁLISE DO RHC Nº 146303/RJ À LUZ DA CRÍTICA
HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Bruna Marques da Silva*

Resumo: O objetivo deste estudo é investigar os desdobramentos da ausência de uma teoria da decisão no STF, com ênfase no direito à liberdade de expressão e discurso de ódio. Para tanto, é realizada uma análise do RHC nº 146303/RJ à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, revisitando o HC nº 82424/RS (caso Ellwanger), por meio de revisão bibliográfica e estudo de caso. Os resultados indicam que há uma persistência de práticas de interpretação e aplicação do direito que abrem margem para discricionariedade, como a ponderação, principalmente em relação aos limites do direito à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Discurso de ódio; Discricionariedade; Crítica Hermenêutica do Direito; Supremo Tribunal Federal.

**FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH IN THE FEDERAL SUPREME
COURT: AN ANALYSIS OF RHC Nº 146303/RJ IN THE LIGHT OF
HERMENEUTICAL CRITIQUE OF LAW**

Abstract: The objective of this study is to investigate the consequences of the absence a theory of decision in the STF, with emphasis of the right to freedom of expression and hate speech. This study analyzes the RHC nº 146303/RJ in the light of the Hermeneutical Critique of Law, revisiting the judgment of HC nº 82424/RS (Ellwanger case), by bibliographical review and case study. The results indicate there is a persistence of practices of interpretation and application of the law that open margin for the discretionary, as a ponderation, especially in the limitations of the right to freedom of expression.

Keywords: Freedom of expression; Hate speech; Discretionary; Critical Hermeneutical Critique of Law; Federal Supreme Court

1 INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico configura-se como uma postura científica adotada a partir do século XIX, destinada a abordar e compreender o direito. Desde o positivismo pós-exegético, o fenômeno passa a delinear em si uma espinha dorsal, relativa à discricionariedade. Isso significa dizer que, independentemente da heterogeneidade teórica, o positivismo jurídico deixa

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos (NDH) –Unisinos. Bolsista de Mestrado do CNPq. E-mail: bmrqs@outlook.com.



em aberto a questão da aplicação do direito, admitindo problemáticas como protagonismos e decisionismos judiciais.

As críticas e contribuições de Ronald Dworkin, a partir do debate com Herbert Hart, todavia, passam a enfrentar a questão da discricionariedade. Indo ainda mais além, Lenio Luiz Streck, sob o suporte hermenêutico, vem debruçando-se igualmente sobre este ponto com a Crítica Hermenêutica do Direito, e, ainda, com a construção da resposta adequada à Constituição, que atravessam a interpretação e aplicação do direito.

A presença da discricionariedade na interpretação e aplicação do direito, nesse sentido, afeta a concretização de direitos fundamentais, e tende a se acentuar em situações consideradas complexas pelos julgadores, como o problema dos discursos de ódio e direito à liberdade de expressão. O caso Ellwanger, julgado em 2003, é um exemplo privilegiado de tal situação, e de como o Supremo Tribunal Federal atua distante de uma teoria da decisão, o que já foi analisado por Lenio Luiz Streck. Além disso, situações envolvendo discursos de ódio e liberdade de expressão persistiram exigindo respostas do Supremo Tribunal Federal. Um exemplo disso é o RHC nº 146303/RJ, que tratou sobre liberdade de expressão e incitação ao ódio religioso, tendo integrado a lista de casos notórios do ano de 2018.

A partir dessas premissas, este estudo objetiva analisar, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, as possíveis implicações da não adoção de uma teoria da decisão no Supremo Tribunal Federal em relação aos temas de liberdade de expressão e discurso de ódio, tendo como paradigma o caso Ellwanger e exemplo prático o RHC nº 146303/RJ. A análise justifica-se diante da ampla controvérsia teórico-filosófica e jurídica existente sobre a proteção, ou não, dos discursos de ódio pela liberdade de expressão. No mais, diante da consideração de que, desde o fim da ditadura civil-militar, a liberdade de expressão foi regulada na Constituição Federal em sustentação com os demais direitos fundamentais, admitindo certas limitações.

A pesquisa é realizada por meio de levantamento bibliográfico, documental e estudo de caso. Divide-se, nesse sentido, em três momentos. Primeiramente, será revisado o percurso teórico do positivismo jurídico pós-exegético, a fim de delinear as raízes do problema da discricionariedade judicial, com foco nas críticas de Ronald Dworkin e Lenio Luiz Streck. Após, será abordada a relação entre o direito à liberdade de expressão e os discursos de ódio, nas perspectivas doutrinária e jurídica brasileira. Por fim, será analisado o RHC nº 146303/RJ à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, revisitando, ainda, o caso Ellwanger. Os resultados da pesquisa apontam, ao final, para uma confirmação das insuficiências da via interpretativa



deixada pelo positivismo jurídico, bem como para a persistência de práticas de aplicação do direito no Supremo Tribunal Federal voluntaristas, que acentuam ou abrem margem para a discricionariedade judicial, principalmente quanto à interpretação dos limites do exercício do direito à liberdade de expressão.

2 RAÍZES DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: O POSITIVISMO JURÍDICO A PARTIR DA CRÍTICA DE RONALD DWORKIN E DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

A partir do século XIX, o modo de abordagem e entendimento do direito assume uma postura científica, identificada como positivismo jurídico. De acordo com Bobbio (1995), ao considerar as características entendidas como fundamentais ao positivismo jurídico, o direito passa a ser considerado como um conjunto de fatos sociais sobre o qual o jurista deve debruçar-se de forma objetiva e não valorativa. Para Streck (2017a), o positivismo jurídico, como fato social – ou seja, de construção humana – abrange a compreensão do direito tanto como posto pela razão humana quanto descrito e aplicado por esta.

Ao longo do percurso traçado pelos séculos XX e XXI, diferentes posicionamentos a respeito do positivismo jurídico foram construídos e consolidados, esculpindo uma heterogeneidade teórica ao fenômeno. O fato de o positivismo jurídico estar longe de uma uniformidade, entretanto, oculta-se de forma geral no discurso jurídico brasileiro, dificultando as análises críticas a respeito do tema, e, por extensão, da teoria do direito. Ao mesmo tempo, o caráter heterogêneo das vertentes do positivismo jurídico não pressupõe a inexistência pontos comuns (STRECK, 2017a; 2016). Para Streck (2017a), o positivismo pós-exegético, ou seja, depois de Hans Kelsen, esculpe a característica da discricionariedade ao sistema jurídico, o que vem a ser um dos grandes problemas das diversas leituras do positivismo jurídico. Isso porque é apenas a partir de Kelsen que a aplicação e interpretação podem ser entendidas como atos de criação do direito pelo julgador, diante da inseparabilidade entre direito e moral.

A discricionariedade, nesse sentido, é igualmente admitida no positivismo de Herbert L. A. Hart. Basicamente, para Hart, o direito é considerado como uma questão de fato, uma vez que seus fundamentos e sua validade estão diretamente atrelados à realidade social, ao que determinada comunidade entende e aceita como normatividade (STRECK; MOTTA, 2018). Ao contrário de Kelsen, que compreende a validade do direito por meio da norma fundamental, Hart a considera a partir de uma conotação sociológica, qual seja, a regra de reconhecimento.



Nesse sentido, serão validos aqueles conteúdos dotados de respaldo social em um âmbito localizado e temporal, o que, diferente da teoria kelseniana, não admitiria qualquer conteúdo (STRECK, 2017a).

A teoria hartiana, nesse sentido, organiza-se em torno de três teses que passam a caracterizar estruturalmente o positivismo jurídico moderno, sendo elas a tese das fontes sociais, a tese da separação entre direito e moral e tese da discricionariedade (STRECK, 2017a). A tese das fontes sociais – de onde decorre as demais – é relativa à consideração da validade de uma norma jurídica. Em Hart, essa tese interliga-se com a própria regra de reconhecimento, no entendimento de que se o direito é caracterizado por práticas sociais, as fontes sociais estão atreladas àquelas com respaldo de determinada comunidade, não abarcando como pressuposto de validade uma dimensão moral. Além disso, para Hart, as regras jurídicas podem comportar imprecisões de interpretação sobre o próprio texto da norma, diante da textura aberta. Nesses casos, o sentido da interpretação do direito é dado por um sujeito, o juiz, configurando a tese da discricionariedade (SHAPIRO, 2007; STRECK; MOTTA, 2017).

A maior compreensão da consolidação dessas teses no fenômeno do positivismo jurídico, juntamente com suas problemáticas, deriva das críticas de Ronald Dworkin ao positivismo hartiano e do conhecido debate Hart-Dworkin (SHAPIRO, 2007; STRECK; MOTTA, 2018). Assim, para Dworkin, tanto a tese da discricionariedade quanto a tese das fontes sociais do positivismo hartiano merecem revisões. Em relação à tese dos fatos sociais, também nomeada por Dworkin como tese do *pedigree*, argumenta que não só os critérios formais de validade do direito devem ser responsáveis unicamente pela validade do direito, mas os critérios de conteúdo (DWORKIN, 2017; STRECK, 2017a). Segundo Shapiro (2007), Dworkin entende que a tese das fontes sociais ou do *pedigree* está comprometida exatamente por restringir o que é jurídico ao aspecto formal da lei. A juridicidade de princípios é um exemplo de circunstância que pode depender estritamente de seu conteúdo, isto é, não de um aspecto formal de reconhecimento como fonte social autorizada, mas de um senso de adequação de um sistema jurídico.

Já em relação a tese da discricionariedade, Dworkin entende que não apenas as regras jurídicas são vinculativas ao juiz, mas os fundamentos, padrões, que gravitam em torno do sistema jurídico e devem guiar uma decisão, também nos chamados *hard cases*. Esses fundamentos são os princípios. Nesse sentido, o juiz deve articular a argumentação de cada uma das partes também com os princípios, já que estes integram o direito e que, entre regras e



princípios, há uma relação de complementariedade, pois os princípios subjazem as regras positivas do direito (STRECK; MOTTA, 2017). Por conta disso, a crítica de Dworkin ao positivismo precisamente hartiano é no sentido de que os juízes não teriam a discricionariedade que ele considera como forte porque o direito possui a existência de princípios jurídicos que são vinculantes, mesmo que não tenham sido submetidos ao crivo formal de um contexto social fático específico (SHAPIRO, 2007).

A crítica dworkiana ao positivismo jurídico perpassa o conhecido debate entre Hart e Dworkin, avançando para uma construção teórica própria de Dworkin sobre o direito. Na teoria dworkiana, o direito é considerado como conceito político e substantivo, contemplando a moralidade e caracterizando uma perspectiva teórica normativa (STRECK; MOTTA, 2017). Para Dworkin (1999), o direito, ainda, é entendido como interpretativo, ou seja, como prática resultante de uma interpretação construtiva com ênfase na argumentação jurídica. A concepção de direito como integridade que elucida este raciocínio. Assim, supõe-se o direito como benéfico à sociedade por contar com os elementos de previsibilidade e igualdade entre os cidadãos, compreendendo existir uma extensão jurídica nas decisões políticas, que é coerente, fundada em princípios, e que teria predomínio sobre os aplicadores do direito ainda que estes possuíssem ideias divergentes. O direito como integridade abrange, por extensão, a busca pela melhor justificativa à prática jurídica, em coerência moral com determinado sistema jurídico (DWORKIN, 1999; STRECK; MOTTA, 2017).

Na teoria dworkiana, portanto, há um enfrentamento da discricionariedade, já que a argumentação jurídica possibilitaria uma maior objetividade (STRECK, 2017a; 2016). No mais, o debate Hart-Dworkin, além das contribuições específicas de Dworkin, propiciaram uma reconfiguração do positivismo jurídico em duas grandes vertentes, nomeadas de positivismo exclusivo e inclusivo (SHAPIRO, 2007). Streck e Motta (2017) salientam, ainda, o positivismo normativo, que tem como Jeremy Waldron um de seus principais expoentes. Assim, as teses sobre o positivismo anteriormente referidas são importantes para analisar o panorama contemporâneo. Isso porque ambas as vertentes mantêm as teses das fontes sociais, com diferenças na configuração prática, e abordam igualmente a questão da discricionariedade (SHAPIRO, 2007).

De acordo com Shapiro (2007), a concepção exclusivista tem um entendimento forte sobre a tese das fontes sociais, rejeitando a contribuição de Dworkin sobre o papel os princípios no direito. Joseph Raz pode ser considerado como um dos principais teóricos exclusivistas. Já a



concepção inclusivista, marcada pelas contribuições de Jules Coleman, compreende essa tese de forma mais convencional, uma vez que concorda com Dworkin, entendendo que conteúdos morais estejam abrangidos nos critérios de validade do direito. Interessante destacar, ainda, que a questão da discricionariedade em ambos os entendimentos e o próprio positivismo normativo. Quanto à discricionariedade, de acordo Streck (2017a; 2016), o positivismo exclusivo, especialmente sob a perspectiva de Raz, admite que quando o direito apresentar limitações é possível o manejo de padrões extrajurídicos, abrindo espaço para a discricionariedade. O positivismo inclusivo igualmente admite a discricionariedade, ainda que mais controlada pelos critérios morais devidamente incluídos em um sistema jurídico.

Em relação ao positivismo normativo, esta é uma concepção que pretende ultrapassar o caráter meramente descritivo do positivismo – especialmente o exclusivo, nesse panorama – para prescrever o direito (STRECK, 2017a). De acordo com as explicações de Consani (2015), a perspectiva de Waldron aproxima muito mais o positivismo jurídico com a elaboração da legislação no parlamento e de uma teoria democrática do direito. Com foco principal nas fontes do direito, a concepção de Waldron vincula-se mais ao aspecto formal, definindo que os critérios de validade do direito devem ser públicos, gerais e não morais, com o fim de evitar arbitrariedades comumente existentes no direito.

Em apertada síntese, alcança-se, a partir das lentes críticas dos estudos de Streck (2017a; 2016) ao positivismo, que a discricionariedade e a falta de uma teoria da decisão são aspectos presentes no percurso teórico e nas leituras contemporâneas sobre o positivismo jurídico. Conforme observa Streck (2017b), o contexto da jurisdição brasileira encontra-se significativamente refém de aplicações arbitrárias do direito pelos julgadores, isto é, de conjuntura marcada por debilidades como a discricionariedade judicial, que pode ser compreendida como “[...] um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento” (STRECK, 2017b, p. 71). A discricionariedade judicial, ainda, abrange circunstâncias conexas e igualmente problemáticas: a ausência de critérios seguros uma adequada aplicação do direito pelos julgadores; a utilização reiterada da ponderação, entre outras. Tal cenário, desde a hermenêutica jurídica, necessita consideravelmente ser analisado, revisto e enfrentado. (STRECK, 2017b).



3 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO NO PARADIGMA JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com Streck (2017b), o poder judiciário brasileiro, ao contemplar essas implicações e funcionamento, contribui diretamente para a fragilidade da concretização dos direitos fundamentais. Conforme referido, o exercício da ponderação é apontado como uma circunstância conexa, ao fim e ao cabo, do problema da discricionariedade judicial, precisamente pelo modo como a teoria da argumentação de Robert Alexy foi recepcionada pela doutrina brasileira e aplicada juridicamente junto com a Jurisprudência de Valores[†].

Em convergência com a análise crítica desse método, autores como Tassinari e Menezes Neto (2014), Macedo Júnior (2017), Streck (2017b) e Andrade (2020) refletiram acerca da aplicação da ponderação em casos que envolvem o direito à liberdade de expressão. Independente das particularidades, ambos autores entendem que essa prática é capaz de conferir maior discricionariedade aos julgadores, principalmente quanto à definição de limites do exercício desse direito, ponto que engloba o debate teórico e jurídico sobre o fenômeno do discurso de ódio.

A liberdade de expressão é reconhecida essencialmente como condição fundamental às sociedades democracias. Desde a tradição liberal filosófica, as considerações de Locke, por exemplo, colocam a sua existência dependente da liberdade política e da liberdade de consciência, uma vez ambas precisam existir para possibilitar a tomada de decisões, conhecimentos e opiniões (STIGERT, 2010). Além disso, Mill (2018) considera a liberdade de expressão tão importante a ponto de dispensá-la de maiores fundamentações, defendendo a proteção desse direito em prol da busca da verdade e do livre fluxo de ideias. Essas e outras contribuições são raízes para alguns das principais justificações da proteção da liberdade de expressão, como o mercado de ideias e autorrealização e autonomia individual. (ROSENFELD, 2000).

Sob o ponto de vista da perspectiva histórica estadunidense, Rosenfeld (2000) registra o percurso do reconhecimento da liberdade como base imprescindível para a democracia. Desde adoção do Bill of Rights, a afirmação do direito à liberdade de expressão pressupõe a proteção dos indivíduos frente ao estado. Após, abrange a pretensão de proteger as opiniões críticas e impopulares, distintas da maioria da sociedade, e a partir das perspectivas críticas,

[†] Esses pontos serão abordados na terceira parte deste estudo.



como da teoria feminista e da raça, avança-se para a necessária pluralização da proteção de vozes oprimidas e marginalizadas na sociedade, em contraposição aos discursos de grupos dominantes nas sociedades.

O direito à liberdade de expressão, ainda em contextos que lhe asseguram proteção praticamente absoluta, como nos Estados Unidos, abrange limitações ao seu exercício. Os discursos de ódio podem enquadrar-se nessas restrições, a depender do entendimento jurídico das sociedades democráticas, o que é igualmente dissonante nas perspectivas doutrinárias sobre o tema. Para Dworkin (2006), os discursos de ódio devem ser abrangidos pela liberdade de expressão, isso porque considerar a liberdade de expressão como fundamental à democracia significa tolerar inclusive discursos e condutas expressivas intolerantes, a exemplo dos discursos de ódio. Post (2011), igualmente na ótica do direito estadunidense, entende que limitações ao direito à liberdade de expressão para prevenção de danos à identidade de uma coletividade social, ou para fortalecer o debate público, não seriam razoáveis e compatíveis. Distancia-se, por consequência, das críticas feministas de MacKinnon sobre questões como pornografia e submissão da representação expressiva feminina, bem como das teorias coletivistas da liberdade de expressão, a exemplo da perspectiva de Fiss. Já Waldron (2012) entende que os discursos de ódio, que caracterizem circunstâncias de durabilidade e publicidade, gerando danos, devem ser regulados e não são protegidos pelo direito à liberdade de expressão.

Após esses breves registros teóricos, quando se fala sobre discursos de ódio de que efetivamente se está falando? Há uma definição jurídica específica? Como este tema está sendo tratado no âmbito jurídico brasileiro?

A nível conceitual, a doutrina estrangeira e brasileira tem apresentado definições com variações para o fenômeno. Por exemplo, na perspectiva estrangeira, Rosenfeld (2005, p. 2005) define discurso de ódio como “[...] o discurso concebido para promover o ódio com base em questões raciais, religiosas, étnicas ou de origem nacional”, compreendendo igualmente a presença de insultos ou incitação, mas abrangendo menos fatores. Já na perspectiva brasileira, Sarmiento (2006) compreende essas manifestações como expressões de desprezo ou intolerância originadas por preconceito contra grupos sociais de etnia, gênero, orientação sexual, religião, deficiência física ou mental e outros fatores. No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, esclarece-se que os Sistemas de Proteção têm ressaltado



não haver um conceito universal para definir essas manifestações (NACIONES UNIDAS, 2019).

No direito brasileiro, a liberdade de expressão constitui-se como um direito fundamental disposto no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988. Contudo, os incisos V, X e XLII também lhe são diretamente correlatos, e indicam o caráter não absoluto deste direito (MEYER-PFLUG, 2009), tal qual no âmbito do direito internacional dos direitos humanos (O'DONNELL, 2012). Da leitura da Constituição Federal, as principais limitações ao exercício do direito à liberdade de expressão são: vedação do anonimato, art. 5º, inciso IV; ofensa à honra, imagem e intimidade de terceiros, que implica responsabilização civil, sendo assegurada, ainda, a possibilidade de direito de resposta, proporcional ao agravo, art. 5º inciso V e IX; e a prática de racismo, constituída como crime inafiançável e imprescritível, art. 5º inciso XLII, esta última regulamentada pela Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (BRASIL, 1988). Na interpretação de Carvalho (2016), após a redemocratização e dada a centralidade da defesa dos direitos humanos e fundamentais pela Constituição Federal de 1988, as limitações legítimas ao exercício desse direito não se confundem com as justificações para a censura, presentes na ditadura civil-militar brasileira. Se nesta o fundamento residia na aniquilação do pluralismo político, diversidade, posicionamentos críticos e resistências, tendo por base o parâmetro autoritário do censor, naquela a justificação é assegurar a voz, autonomia, participação democrática, igualdade e direitos de todos os indivíduos da sociedade brasileira.

Para Tassinari e Menezes Neto (2014), a problemática do discurso de ódio no paradigma brasileiro vem sendo delineada como não tolerada, diante da ratificação, pelo Brasil, dos tratados internacionais acima referidos; da legislação constitucional e infraconstitucional, em ainda, do entendimento jurisprudencial, pelo julgamento do Caso Ellwanger (HC 82424/RS). Na leitura dos autores, uma das justificações para tanto é de que discursos de ódio violam direitos fundamentais e a igualdade dos indivíduos atingidos por essas manifestações. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XLII e artigo 20, caput e §2º da Lei 7.716/89 são centrais para um entendimento claro de como a ordem constitucional brasileira, elaborada democraticamente, posiciona-se frente a problemática. Tassinari e Menezes Neto (2014, p. 21) indicam que a legislação brasileira por meio da Lei 7.716/89 criminaliza “[...] a prática, indução ou incitação de determinados discursos preconceituosos, prescreve pena mais grave



quando ocorre veiculação através de meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza”.

Streck (2017b), em análise sobre o Caso Ellwanger, também sustenta a evidência da legislação brasileira constitucional e infraconstitucional no sentido de não contemplar como liberdade de expressão a manifestação de pensamentos racistas. Ainda sobre o tema, Streck (2014), refletindo criticamente sobre decisão que negou a remoção de vídeos ofensivos sobre religiões de matriz africana, registrou que discursos de ódio e de intolerância não são contemplados pela democracia, e configuram abuso de liberdade de expressão:

Não esqueçamos que o STF, no HC 82424 (Caso Ellwanger), negou o sentido constitucional da liberdade de expressão a discursos de ódio, a expressões de preconceito e de discriminação de qualquer natureza, que visam a inferiorizar ou a não reconhecer a liberdade como igualdade na diferença e a dignidade de todos e de cada um como expressão constitucional do direito fundamental a ser tratado pelo Estado com igual respeito e consideração (o sentido amplo ali adotado pelo STF para "racismo"). (STRECK, 2014).

Andrade (2020), por sua vez, propõe uma resposta constitucionalmente adequada para a temática da liberdade de expressão, que perpassa a discussão sobre o problema dos discursos de ódio no contexto brasileiro. Nesse sentido, o autor considera que os discursos de ódio não devem ser restringidos sem critérios específicos, por argumentos de política ou moral, devendo a liberdade de expressão ser discutida e enfrentada juridicamente por princípio, com coerência e integridade. Assim, os discursos de ódio não protegidos pela liberdade de expressão não corresponderiam aos dirigidos de forma geral aos grupos sociais alvo, sem individualização de seus integrantes, mas aqueles que comportem uma intenção, do emissor, de lesar direitos desses grupos ou incitar indivíduos a lesarem esses direitos. O autor, ainda, registra uma diferenciação entre a tipificação do artigo 20 da Lei 7.716/89 e o crime de injúria qualificada, previsto no artigo 140, §3º do Código Penal.

Nesse sentido, Andrade (2020, p. 293) esclarece que “[...] em se tratando de discurso discriminatório dirigido contra um grupo, somente caberá indenização quando se tratar de discurso de ódio extremo, em que o emissor da mensagem incita à violência ou à violação de direitos de membros do grupo”. O autor chama atenção para critérios que, em seu entendimento, devem ser investigados em cada situação envolvendo discursos de ódio, considerando a importância do direito à liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988. Independentemente das especificidades de definição e compreensão dos discursos de ódio e possibilidades de responsabilização, interessa para o objetivo desse estudo as críticas de



Andrade (2020) à interpretação e aplicação do direito nesses casos. Ao adotar uma postura hermenêutica e guiada pelas teorizações dworkianas, o autor igualmente critica os problemas intrínsecos ao contexto da jurisdição brasileira em relação ao direito à liberdade de expressão. Conforme referido, considerando o caso Ellwanger, um dos principais problemas apontados por Andrade (2020) é relativo ao uso de parâmetros interpretativos que propiciam a discricionariedade judicial.

Em perspectiva similar, Macedo-Júnior (2017) sustenta que o contexto da jurisdição brasileira sobre liberdade de expressão conta com um escasso aprofundamento teórico sobre conceitos e critérios de interpretação. Em sua visão, os casos que abrangem discursos de ódio são comprometidos pela naturalização do método da ponderação, pois essa prática afasta análises sobre conceitos importantes que atravessam o tema, contribuir para a discricionariedade e falta de integridade das decisões.

Desde o caso Ellwanger, entretanto, dezessete anos se passaram, e o julgamento de casos sobre o direito à liberdade de expressão, de forma geral e em relação a discursos de ódio, persiste ocorrendo na jurisdição brasileira com considerável aumento. E, então, questiona-se: como as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal sobre o tema têm sido construídas e aplicadas desde então? Partindo principalmente das análises críticas de Tassinari e Menezes Neto (2014), Streck (2017b) e Andrade (2020), este estudo passa a investigar o panorama jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema após o julgamento do caso Ellwanger, revisitando-o e tendo por base a análise do RHC nº 146303/RJ, classificado como caso notório, em 2018.

4 DESDOBRAMENTOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O JULGAMENTO DO RHC Nº 146303/RJ A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

O caso mais importante sobre discurso de ódio julgado pelo Supremo Tribunal Federal é o HC nº 82424/RS (caso Ellwanger). Siegfried Ellwanger foi denunciado pelo Ministério Público com base no artigo 20 da Lei 7.716/89 e, posteriormente, condenado, diante de edição e venda de obras literárias revisionistas, de conteúdo antissemita. A principal alegação do habeas corpus era de que Ellwanger fora condenado por crime de discriminação contra judeus (conceito de religião), e não de racismo (conceito de raça) e por isso não poderia sofrer a consequência da imprescritibilidade, prevista no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal.



O Supremo Tribunal Federal denegou a ordem em decisão não-unânime, resolvendo, além dos limites do exercício da liberdade de expressão, que o conceito de raça deve ser entendido como o resultado de um processo de dominação político-social. Judeus estariam abarcados na categoria raça diante das ideias de supremacia ariana ditadas pelo nacional socialismo alemão, que consideraram judeus como raça inferior, fundamentando as atrocidades do holocausto. (BRASIL, 2003).

O julgamento do caso Ellwanger levou nove meses para ser concluído, contando com divergências entre os votos dos Ministros e elementos que desvelam alguns dos problemas anteriormente referidos conexos à discricionariedade – que possuem uma raiz ligada à estrutura do positivismo jurídico – a exemplo da utilização reiterada da ponderação, classificação como suposto *hard case*[‡], ausência de critérios seguros para a aplicação do direito (STRECK, 2017b).

De acordo com Streck (2017b), o contexto da interpretação e aplicação do direito brasileiro conta com um fenômeno de enlace entre teorias provenientes de outros contextos jurídicos, como a Alemanha, que são recepcionadas e aplicadas de modo muito distinto do que realmente são. Esse fenômeno é nomeado de mixagem teórica, que abarca a Jurisprudência de Valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Nesse sentido, o Brasil recepcionou de forma equivocada a “tese fundante” da Jurisprudência de Valores, aplicando-a à teoria da argumentação de Robert Alexy, desdobrando-se em uma não aplicação do texto constitucional em detrimento de valores escolhidos pelo julgador, de forma subjetiva. Somado a isso, o procedimento da ponderação da teoria da argumentação de Robert Alexy, diferente da estruturação original, é aplicado de forma direta na jurisdição brasileira. Esse tipo de funcionamento, muito adotado nos supostos *hard cases* diante da concepção de aparentes insuficiências e limitações das regras, contribui para uma aplicação do direito ausente de critérios seguros, pois não se sabe como a escolha por um ou outro princípio é realizada.

Considerado como um suposto *hard case*, o julgamento do caso Ellwanger foi, então, guiado pela ponderação em alguns dos votos dos Ministros, aplicada ao aparente conflito entre liberdade de expressão e dignidade humana. Contudo, o caso tinha clara solução constitucional e infraconstitucional e a utilização da ponderação nos votos dos Ministros gerou resultados diversos. Por exemplo, a ponderação realizada nos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e

[‡] De acordo com Streck (2017b, p. 206), sob a perspectiva da hermenêutica a dicotomia entre *easy cases* e *hard cases* não teria razão de ser. Isso porque “a cisão entre casos fáceis e casos difíceis já, por si, é um caso difícil, isto é, no plano da CHD, essa cisão é indevida, porque um caso é fácil ou difícil a partir da compreensão que o intérprete tem sobre ele.”



Marco Aurélio concedeu prevalência à liberdade de expressão. Entretanto, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto chegou à conclusão de que o fato era atípico, diferente de Marco Aurélio. Esses dois resultados pela concessão do habeas corpus, oriundos da ponderação, contrastam entre si nas conclusões e são considerados por Streck e Tassinari e Menezes Neto como inadequados (STRECK. 2017b; TASSINARI; MENEZES NETO, 2014).

O problema da ponderação, nessa perspectiva, é que além de promover um distanciamento do valor da tradição como parâmetro na interpretação do direito, ainda “[...] pode acabar por reconhecer direito onde não há, como na edição de obras evidentemente racistas.” (STRECK, 2017b, p. 663). Quanto aos Ministros que votaram pela denegação da ordem, destacam-se considerações de Streck sobre os votos de Celso de Melo e Gilmar Mendes, que, na sua visão, estão adequados ao posicionamento da legislação constitucional e infraconstitucional sobre o tema. Tão somente da leitura e interpretação da legislação constitucional, infraconstitucional e da ratificação dos tratados internacionais acima mencionado era possível obter o resultado adequado ao caso. Streck pontua, nesse sentido, que apesar do julgamento contar com a ponderação e suas decorrências, a decisão que denegou o habeas corpus a Ellwanger foi constitucionalmente correta. Assim, o Supremo Tribunal Federal nega sentido constitucional aos discursos de ódio, que constituem uma forma de discriminação, em concordância com o sentido da ordem constitucional elaborada democraticamente (STRECK, 2017b).

Na perspectiva de Andrade (2020), as circunstâncias do caso Ellwanger desvelam uma inconsistência considerável na aplicação do raciocínio da ponderação no direito brasileiro, que em suas palavras “[...] não consegue se livrar do problema da discricionariedade judicial.” (ANDRADE, 2020, p. 282). Isso porque não haveria que se falar em colisão entre liberdade de expressão, dignidade humana e igualdade, somada a uma ausência de critérios aptos a distanciar a decisão de um ato subjetivo dos julgadores. Se julgar não é escolher, o ponto fulcral é compreender e aplicar o direito harmonizando os princípios constitucionais, e não ponderando sem objetividade. É buscar a resposta constitucionalmente adequada e, assim, deixar de conceder funcionalidade à discricionariedade judicial.

Revisitar o caso Ellwanger, de certo modo, indica os percalços da aplicação do direito e o problema da discricionariedade, refletidos em um dos casos mais relevante em matéria de limitações ao exercício do direito à liberdade de expressão no Brasil. A partir de pesquisa na



ferramenta de jurisprudências do sítio do Supremo Tribunal Federal, observou-se que na lista dos casos classificados como notórios, constava o RHC nº 146303/RJ, sob o título “liberdade de expressão e incitação ao ódio religioso”, estando presente igualmente no Informativo de nº 893. (BRASIL, 2018). Sem perder de vista as fragilidades presentes na forma como o sentido constitucional foi elaborado no caso *Ellwanger*, passa-se, nesse momento, a analisar a construção e aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal nos votos do RHC Nº 146303/RJ.

No RHC nº 146303/RJ, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso ordinário interposto em *habeas corpus* por Tupirani da Hora Lores, que postulava a anulação da sentença que o condenou pela prática do crime de racismo por incitação à discriminação religiosa, previsto no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei 7.716/89, ou, subsidiariamente, o trancamento da ação penal. O recurso ordinário foi negado, por maioria, vencido o Ministro Relator Edson Fachin, apontando o entendimento de que “a incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”. A prática imputada a Tupirani da Hora Lores, pastor da Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo, decorreu de publicações realizadas na *internet*, em sítio vinculado à Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo, contendo manifestações ofensivas, intolerantes e de discriminação contra grupos religiosos, e que associavam fatos criminosos a líderes religiosos (BRASIL, 2018).

No voto, o relator Ministro Edson Fachin concedeu parcial provimento ao recurso, para determinar o trancamento da ação penal. Na fundamentação, pontuou que as limitações específicas à liberdade religiosa comportam particularidades, não coincidindo com as outras categorias contidas no artigo 20 da Lei 7.716/89. Basicamente, o Ministro entendeu que, por natureza, os discursos e embates religiosos objetivam a conversão de pessoas, apresentando maior probabilidade de que as manifestações que contenham argumentos de juízos de diferença, hierarquização e superioridade, o que não necessariamente materializaria preconceito ou discriminação. Assim, retomou o entendimento do conceito de discurso discriminatório criminoso para interpretar o referido artigo, construído por ele em voto do RHC nº 134682/BA em 2016. Esse conceito sustenta que a conduta discriminatória apenas materializa-se, no discurso, se houver a presença das etapas cognitiva e valorativa, mais a etapa que suporia legítima a violação da dignidade humana e a eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente compreendido como inferior. Por isso, o Ministro concluiu que a



finalidade de discriminar, segundo este entendimento, não foi imputado ou reconhecido nas instâncias ordinárias, e por isso a manifestação seria liberdade de expressão religiosa (BRASIL, 2018).

O Ministro Dias Toffoli é o primeiro a divergir, negando provimento ao recurso. O Ministro, inicialmente, referiu que as publicações do sítio de Tupirani da Hora Lores não são o tipo de tolerância que uma democracia deve tolerar pelo direito à liberdade de expressão e religiosa, ainda mais com os sancionadores penais que regulam disposições constitucionais e que se coadunam à situação. Em certo momento, entretanto, refere a ideia de “confronto” entre princípios, entendo-os como mandados de otimização que devem ser analisados na situação em apreciação. Pontuou que a tolerância religiosa deve ser levada em consideração, traduzindo-se em um parâmetro para a exteriorização de condutas. Diferenciou, nesse sentido, o discurso religioso e discurso sobre crença alheia, sendo o primeiro centrado na própria crença e o segundo aquele que pode ser utilizado para atacar a crença alheia ou seus seguidores. Registrou, ainda, que o dispositivo do artigo 20 da Lei 7.716/89 é evidente para não admitir o trancamento da ação penal (BRASIL, 2018)

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu a divergência, e igualmente o Ministro Gilmar Mendes. Este último, retomou o entendimento do caso Ellwanger, trazendo todo o rol dos dispositivos constitucionais e tratados internacionais que regulam o direito à liberdade de expressão e religiosa como não absoluto. Por fim, o voto do Ministro Celso de Mello seguiu sua argumentação sustentada no julgamento do caso Ellwanger. Além de retomar a negação de sentido constitucional à incitação ao ódio no caso Ellwanger, a fundamentação direcionou-se no fundamento de que a legislação constitucional e infraconstitucional é clara e objetiva preservar, no exercício da liberdade de expressão, a proteção dos demais direitos, e, por extensão, a dignidade humana (BRASIL, 2018).

Ao analisar o caso com suporte hermenêutico, e, em especial, da Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2017a; 2017b), torna-se possível verificar que a interpretação e aplicação do direito em matéria de liberdade de expressão e discursos de ódio ainda conta com certas práticas, de todo modo, inadequadas nas fundamentações. Nessa perspectiva, chama-se atenção ao voto do Ministro Dias Toffoli, que faz menção à colisão de princípios e de como estes devem ser analisados em “confronto” em cada situação, ainda que decida, ao final, pela aplicação da legislação infraconstitucional. Além disso, sugere-se que a fundamentação do voto do Ministro Edson Fachin, apesar da doutrina utilizada, parece conceder predomínio a outros



raciocínios, dando menos consideração à tradição como parâmetro na interpretação do direito. De outro lado, quanto ao Ministro Celso de Mello, tal qual fundamentado no caso Ellwanger e observado por Streck (2017b), o voto sustentou adequadamente que nada teria que ser ponderado havendo norma constitucional e infraconstitucional clara sobre o tema. Nesse sentido, ainda que o resultado do julgamento tenha sido construído em sentido coerente com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal desde o caso Ellwanger – considerado constitucionalmente adequado na leitura de Streck – verifica-se a persistência de certos percalços que abrem espaço a um juízo discricionário, principalmente nas análises dos limites ao exercício do direito à liberdade de expressão. (STRECK, 2017b).

De acordo com Tassinari e Menezes Neto (2014, p. 11), “[...] o enfrentamento de discricionariedades (e, por consequência, de arbitrariedades) pode ser feito através da afirmação da necessidade de uma teoria da decisão”. Nessa perspectiva, o que significa a imprescindibilidade de uma teoria da decisão? Anteriormente falou-se em “decisão constitucionalmente adequada”, na perspectiva de Streck (2017b) e de Andrade (2020) na análise do caso Ellwanger. Basicamente, o suporte hermenêutico, na prática da Crítica Hermenêutica do Direito, propicia uma conscientização jurídica de que a aplicação do direito necessita de critérios seguros, que abranja fundamentação apta a respeitar a coerência e a integridade do direito.

Conforme esclarece Streck (2017a, p. 253) “[...] em um modelo hermenêutico (Crítica Hermenêutica do Direito) ou integrativo (dworkiano), sentença e acórdãos são atos de decisão e não de escolha”. Um dos pontos cernes de uma teoria da decisão, nessa perspectiva, consiste na exigência do que a Crítica Hermenêutica do Direito nomeia de resposta adequada à Constituição, ou direito fundamental à uma resposta constitucionalmente correta. Isso não significa respostas prontas ou fixas de sentido, mas o estabelecimento de alguns critérios aptos a direcionar a interpretação e aplicação do direito de modo a preservar a autonomia do direito, que integra elementos como a fundamentação das decisões pelos julgadores, a responsabilidade dos mesmos em aplicar o direito considerando os enredos anteriormente construídos, o respeito à ordem constitucional democraticamente elaborada (STRECK, 2017a). Em suma, “[...] um remédio contra o cerne que o engendrou: o positivismo e sua característica mais fortes, a discricionariedade.” (STRECK, 2017a, p. 258).

Desde a hermenêutica, a proposta de Streck (2017a; 2017b) aponta diagnósticos das insuficiências do positivismo jurídico, principalmente por desconsiderarem à decisão judicial e



concederem autorização à discricionariedade no plano de interpretação e aplicação do direito. Mais do que isso, há propostas de enfrentamento a esse contexto presente no âmbito jurídico brasileiro, como a estruturação da resposta adequada à Constituição. Em consideração aos raciocínios teóricos de Streck (2017b), Tassinari e Menezes Neto (2014) e Andrade (2020) sobre o caso Ellwanger, a análise contida no estudo, relativa ao julgamento do RHC nº 146303/RJ limitada à temática do direito à liberdade de expressão e discursos de ódio, é apenas um pequeno exemplo da persistência de impasses na atuação do Supremo Tribunal Federal relacionados à não adoção de uma teoria da decisão constitucionalmente adequada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A leitura da heterogeneidade teórica do positivismo jurídico permite desvelar as raízes estruturais de um problema extremamente presente no âmbito jurídico brasileiro: a discricionariedade judicial. Além disso, esforços relativos à interpretação e aplicação do direito, no Brasil, contam com práticas extremamente frágeis e recepcionadas de forma equivocada, como a mixagem teórica entre Jurisprudência de Valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy, resultando em uma “ponderação” aplicada sem critérios seguros, e que serve, muitas vezes, de recurso para os julgadores empregarem posturas subjetivas.

Tudo isso não deixa de recair sobre o direito à liberdade de expressão, principalmente em relação ao problema com os discursos de ódio. O caso Ellwanger é um exemplo dessas práticas, apesar de tido um resultado considerado como uma resposta adequada à Constituição. Discursos de ódio persistem aumentando no Brasil e no mundo, e por isso o Supremo tem sido provocado a se manifestar a respeito. A inquietação, neste estudo, residiu em investigar se o Supremo Tribunal Federal persistia mantendo posturas distantes de uma teoria da decisão, comprometida com a proteção e respeito da ordem constitucionalmente elaborada.

A análise do RHC nº 146303/RJ, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, permitiu verificar que a aplicação do direito em matéria de liberdade de expressão e discursos de ódio ainda conta com certas práticas consideradas inadequadas nas fundamentações. Sob o suporte hermenêutico, foi possível apontar que dos Ministros que participaram do julgamento, apenas o Ministro Celso de Mello registrou claramente que nada havia que ser ponderado na relação que tocava discursos de ódio e liberdade de expressão diante da existência de norma constitucional e infraconstitucional clara sobre o tema.



Há, nesse sentido, a confirmação das insuficiências da via interpretativa deixada pelo positivismo jurídico, bem como para a persistência de práticas de interpretação e aplicação do direito no Supremo Tribunal Federal que acentuam ou abrem margem para a discricionariedade judicial, principalmente quanto aos limites do exercício do direito à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424 RS**. Relator: Ministro Maurício Correa. Julgado em 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 146303 RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 06 de março de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5233101>. Acesso em: 03 jan. 2020

CARVALHO, Lucas Borges de. **Censura e liberdade de expressão no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CONSANI, Cristina Foroni. Democracia e os discursos de ódio religioso: O debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. **Ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 174-197, maio 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2015v14n2p174>. Acesso em: 27 jan. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norteamericana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica: Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.





MACEDO-JÚNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? **Revista Direito GV**, v. 13, n. 1, p. 274-302, mai. 2017b. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68919/66522>>. Acesso em: 02 Fev. 2020.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução: Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2018

O'DONNELL, Daniel. **Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano**. 2 ed. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012.

POST, Robert. **El Estado frente a la Libertad de Expresion**. Tradução: Eduardo Bertoni e Julio C. Rivera. Coleccion de Ciencias Juridicas. Buenos Aires : Universidad de Palermo , 2011.

ROSENFELD, Michel. La filosofia de la libertad de expresion en América. Derechos y Libertades: **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**. Madrid: Universidad Carlos de Madrid, p. 469-483. 2000.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin”: um pequeno guia para os perplexos. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos**. Rio de Janeiro: Arraes, 2007.

STIGERT, Bruno. Liberdade de expressão. In: (Coord.) BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, Jan-Abr., 2018.

TASSINARI, Clarissa. MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberdade de expressão e Hate Speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de



princípios no julgamento do caso Ellwanger. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 9, n. 2, p. 7-37, jan. 2014. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/461>. Acesso em: 25 jan. 2020.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2012.

