

O Discurso do Ódio, Liberdade de Imprensa e a Dignidade do Povo Judeu: A Colisão entre os Direitos Fundamentais e a Possível Solução do Caso Ellwanger pelo *Balancing Process*

*The Speech of Hatred, Press Freedom and Dignity of the Jewish People: The
collision between the Fundamental Rights and Possible Solution Case by
Ellwanger Balancing Process*

Sidney Soares Filho¹

Leila Beuttenmüller Cavalcanti Soares²

Resumo

O presente trabalho visa analisar o discurso do ódio no Caso Ellwanger e se é possível a solução do mérito do Habeas Corpus n. 82.424/RS do Supremo Tribunal Federal por meio da *Balancing Process* ou, também chamado, princípio do sopesamento. Trata-se de uma situação em que o Sr. Siegfried Ellwanger estava sendo processado criminalmente, como incurso no Art. 20 da Lei 7.716/89 por ter editado, publicado e divulgado livros de sua autoria e de outras pessoas que estimulavam a discriminação e o repúdio à comunidade judaica. Em outras palavras, o paciente do remédio constitucional comercializou obras literárias permeadas de discurso do ódio em face do povo judeu. Diz-se que há este tipo de discurso (do ódio) quando alguém incita o nojo, a discriminação ou o repúdio a determinado sujeito individual ou coletivo. Sabe-se que os jurisdicionados possuem o direito de liberdade de manifestação de pensamento, do qual decorre a liberdade de imprensa (Art.5º, IV da CF/88). Todavia, este direito não é absoluto, devendo respeitar outros direitos, principalmente, qual nela está inserida o discurso do ódio, tais como a imagem, a honra, a intimidade e, no caso acima, a dignidade do povo judeu. Assim, no Habeas Corpus epigrafado, percebe-se a colisão, principalmente, entre os dois direitos fundamentais epigrafados (imagem e liberdade de imprensa). Dessa forma, procurou-se, neste artigo, estudar como compatibilizar esses aludidos direitos, por meio de pesquisas bibliográficas, em especial, através de livros, artigos e documentos jurídicos.

Palavras-chave: Discurso do Ódio; Liberdade de imprensa; Colisão de direitos fundamentais;

Abstract

The present work analyzes the hate speech case in Ellwanger and if it is possible the solution of the merits of Habeas Corpus n . 82.424/RS the Supreme Court , he is patient , through the

¹ Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), especialista em Direito Público com área de concentração em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UnP) e em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul); Professor da graduação e pós-graduação da Universidade de Fortaleza (Unifor);. Analista Judiciário - Execução de Mandados (TJ/Ce).

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará e graduação em Fisioterapia pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Processual Civil e em Fisioterapia e Reeducação da Mordicidade. Mestre em Ciência da Motricidade Humana.

Balancing Process or also called principle of sopesamento . This is a situation in which Mr. Siegfried Ellwanger was being criminally prosecuted , as incurred in Article 20 of Law 7.716/89 for having edited , published and disseminated books of his own and other people that encouraged discrimination and rejection to the Jewish community . In other words , the patient 's constitutional remedy marketed literary permeated with hate speech in the face of the Jewish people . It is said that there is this kind of speech (hate) when someone incites disgust , discrimination or rejection of a particular individual or collective subject . It is known that the jurisdictional have the right to freedom of expression of thought, which implies freedom of the press (Art.5o , CF/88 IV) . However , this right is not absolute and must respect other rights , especially where it is inserted hate speech , such as image, honor, intimacy and , in the case above , the dignity of the Jewish people . Thus , the Habeas Corpus epigrafado , realizes the collision took place between the two fundamental rights epigrafados (image and press freedom) . Thus, we , in this article, alluded to study how to reconcile these rights , through bibliographic research, particularly through books , articles and legal documents .

Keywords: *Speech of Hatred; Freedom of the press; Collision of fundamental rights;*

Introdução

No dia 17 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus n. 82.424, proveniente do Rio Grande do Sul, cujo mérito é relacionado a um fato que ficou conhecido como o Caso Ellwanger. O Sr. Siegfried Ellwanger, paciente do remédio constitucional estava sendo processado por ter publicado livros de sua autoria e de outras pessoas que estimulavam a discriminação e o repúdio ao povo judeu.

Trata-se, portanto, de um nítido caso em que está presente o discurso do ódio ou também conhecido como *hate speech*. Este se caracteriza por ser uma espécie de discurso cujo objetivo é disseminar o ódio, o nojo, o repúdio e até mesmo a discriminação de um indivíduo ou determinada categoria de pessoa, por questões ligadas a raça, cor, etnia, orientação sexual, entre outras peculiaridades.

Por conta dessas publicações, o paciente estava sendo processado como incurso no Art. 20 da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90, por ter escrito, editado, divulgado e comercializado livros que faziam apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus.

Ocorre que a Lei 7.716/89 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Assim, no Habeas Corpus epigrafado, pedia o impetrante, o advogado Werner Cantalício João Becker, que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecesse que os judeus não são raças, razão pela qual não poderia o Sr. Siegfried Ellwanger ter cometido o crime descrito no Art. 20 daquela norma jurídica.

Caso o STF aceitasse a tese, requeria o advogado que o órgão decretasse a prescrição de eventual delito que o paciente pudesse vir a ser incurso, tendo em vista o considerável lapso temporal que já havia transcorrido desde a data das publicações. O objetivo do impetrante era, portanto, fazer com que o STF não capitulasse a conduta do Sr. Ellwanger no racismo, pois este delito é imprescritível (Art.5º, XLII da CF/88), enquanto qualquer outro em que o paciente eventualmente pudesse ter cometido já teria prescrito.

Desta forma, pode-se perceber que o Sr. Siegfried Ellwanger, em tese, no exercício do direito constitucional da liberdade de imprensa, decorrente da liberdade de manifestação de pensamento (Art.5º, IV da CF/88) editou, publicou e comercializou livros de sua autoria e de outros.

Ocorre que estas obras que denegria e causavam repúdio e discriminação à comunidade judaica. Será que realmente pode-se dizer que ele estava amparado pela liberdade de imprensa que garante aos indivíduos o direito de informar quaisquer acontecimentos, bem como de serem informados destes fatos?

A resposta deve ser negativa. A liberdade de imprensa não é um direito absoluto; sofre, portanto, limitações. Os livros publicados pelo paciente, permeado de declarações que manifestam o discurso do ódio ofendeu a dignidade da comunidade judaica. Por isso mesmo, o STF³ denegou a ordem do Habeas Corpus impetrado.

O principal argumento utilizado pelo órgão foi a aplicação do princípio da proporcionalidade. Todavia, este princípio deve ser aplicado quando existe um ato do Poder Público que limita um direito dos indivíduos. Essa norma jurídica, portanto, ordena que o julgador analise três fases (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), para saber se aquela limitação é legítima ou não.

Pelo exposto, considera-se que há uma colisão entre direitos fundamentais, a liberdade de imprensa e a dignidade do povo judeu, razão pela qual a solução do mérito do Habeas Corpus poderia se dar por meio do *balancing process* ou também conhecido como técnica do sopesamento.

Assim, o objetivo geral desse trabalho é analisar o discurso do ódio, a liberdade de imprensa e a dignidade do povo judeu. Já os específicos são investigar se, no mérito Habeas Corpus epigrafado há colisão entre estes dois direitos (liberdade de imprensa e dignidade do

³ Apenas a título ilustrativo, vez que não é objetivo deste trabalho analisar o mérito da Ação Penal e tão somente o Habeas Corpus especificado, o STF, em setembro de 2003, por 8 votos a 3, confirmou a condenação do Sr. Siegfried Ellwanger, pelo crime de racismo.

povo judeu) e, em caso positivo, se é possível resolvê-lo através da aplicação do *balancing process*.

A metodologia de abordagem foi o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o trabalho se desenvolverá a partir dos questionamentos acima levantados, analisando-os com os fatos e dados descobertos. Para tanto, a tipo de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, com consulta a livros, dissertações/teses, legislação, artigos e revistas especializadas, matérias jornalísticas e consulta em sítios eletrônicos, além de pesquisa jurisprudencial, o que constitui numeroso material, essencial para análise do tema ora abordado.

Por fim, o presente trabalho foi dividido em quatro tópicos. No primeiro, foi abordado o caso paradigma deste trabalho, o Habeas Corpus n. 82.424/RS. Já no segundo, discorre-se sobre o discurso do ódio; o terceiro, sobre os direitos fundamentais de liberdade de imprensa e a dignidade do povo judeu. Por fim, no quarto e último sub-tópico, aborda-se a colisão entre estes direitos e a possível solução por meio do *balancing process*.

1. O caso paradigma

O caso paradigma do presente trabalho, conhecido como Caso Ellwanger, é o Habeas Corpus n. 82.424/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo paciente é o Sr. Siegfried Ellwanger, o órgão coator é o Superior Tribunal de Justiça e o Relator é o Ministro Moreira Alves. Abaixo, cita-se um excerto da ementa do julgado:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

(...)

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

(...)

15. (...) No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

(...)

(HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

O Sr. Siegfried Ellwanger Castan é sócio e escritor editora de livros, a Revisão Editora Ltda. Ele foi processado pelo Ministério Público como incurso no art. 20, da Lei 7.716/89, pelo ato de incitar e induzir a discriminação. Este dispositivo dispõe da seguinte forma: “praticar ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional” (redação dada pela Lei 8.081/90).

De acordo com o voto do relator, a denúncia narra que o paciente publicou livros de sua autoria⁴ e, também, de outros autores, cujo conteúdo aborda questões antissemitas, racistas e discriminatórios em face dos judeus. Ainda segundo a petição inicial acusatória, as obras visavam incitar a discriminação racial e sentimentos de ódio e desprezo e repugnância por parte dos leitores.

Em primeira instância, a juíza substituta Bernardete Coutinho Friedrich julgou improcedente o pleito ministerial, absolvendo o acusado. Todavia, ao julgar o recurso de apelação do Ministério Público, o Tribunal do Rio Grande do Sul reformou a decisão da magistrada, condenando o réu, considerando o réu culpado

Os advogados de defesa, por sua vez, impetraram habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça (STJ), pleiteando a declaração de extinção da punibilidade, porque, segundo o texto deste remédio constitucional, o crime pelo qual o réu foi incurso (epigrafado) é o de discriminação, e não o racismo. Desta forma, aquele delito não seria imprescritível como este o é, conforme dispõe o art. 5º, XLII da Constituição Federal.

Ainda de acordo com os advogados de defesa, os judeus não constituem uma raça, razão pela qual não seria possível ter o réu praticado delito de racismo contra estes. Para eles, a

⁴ Os livros de autoria do paciente citados na denúncia são “Holocausto. Judeu ou alemão? - Nos bastidores da mentira do século”, “SOS para a Alemanha”, “A implosão da mentira do século”, “O catolicismo traído”, “Acabou o gás... O fim de um mito”.

conduta do Sr. Siegfried caracteriza, no máximo, mero preconceito ou discriminação, os quais não estão abrangidos pela cláusula da imprescritibilidade. No intuito de fundamentar essa tese, os advogados colacionaram no habeas corpus alguns autores de origem judaica que confirmavam não constituírem os judeus uma raça.

Apesar do apelo, o STJ negou deferimento ao remédio constitucional, havendo apenas um voto vencido, o do ministro Edson Vidigal. Tal improcedência levou o paciente a impetrar um novo habeas corpus, mas dessa vez, para o Supremo Tribunal Federal (STF), o que resultou no julgado objeto de análise do presente trabalho.

O STF também denegou o pedido contido no habeas corpus, aplicando o princípio da proporcionalidade, o qual ordena que, para saber se é legítima a atuação do Estado, deve o julgador analisar a adequação e a necessidade do ato, bem como a proporcionalidade em sentido estrito.

Ocorre que o caso discute, em especial, conforme será desenvolvido mais adiante, a liberdade de imprensa⁵ no contexto do discurso do ódio em contraposição à dignidade do povo judeu, ambos direitos fundamentais. Isso porque aquela, um direito constitucional, assegura o direito dos cidadãos de manifestarem seu pensamento. Todavia, o discurso do ódio ou *hate speech* pode atuar como sendo um dos limitadores deste direito.

Assim, o caso poderia ser resolvido, também, por meio do *balancing process* (ou sopesamento), tendo em vista se tratar de uma colisão entre dois direitos fundamentais, e não apenas pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal fato se dá porque esta norma jurídica deve ser aplicada quando um ato do Poder Público limita um direito, porém, nesse caso, há dois direitos em choque (pelo menos, aparentemente).

Portanto, visando a análise da solução do caso contido no Habeas Corpus n. 82.424/RS do STF por meio do sopesamento, os tópicos a seguir abordarão as questões mais relevantes para este trabalho sobre a liberdade de imprensa, o discurso do ódio e a liberdade de imprensa. Em seguida, discorrer-se-á sobre a possível solução da colisão entre ambos, com base nos votos contidos no julgado.

⁵ Ressalte-se que, no presente trabalho, o conceito de imprensa não está restrito apenas à atividade da pessoa com diploma em jornalismo. Considera-se que quando um indivíduo, como o Sr. Siegfried Ellwanger, publica livros de sua autoria e de outros (neste caso como proprietário de uma editora), ele está sim exercendo atividade de imprensa. É importante dizer também que o STF decidiu que a atividade de jornalista não é exercida tão somente por quem tem diploma de jornalista. Este julgado corrobora para a posição aqui adotada de que a publicação de livros é sim atividade de imprensa.

2. O Discurso do Ódio

O discurso do ódio ou *hate speech* pode ser definido como a manifestação de ideias que buscam promover, de acordo com Michel Rosenfeld (2003, p. 2) o ódio baseado em questões relacionadas à raça, religião, etnia ou nacionalidade.

É, portanto, a exposição gestos, palavras escritos e qualquer outra forma de liberdade de manifestação de pensamento que vise promover a discriminação, hostilidade, nojo ou violência contra um indivíduo ou determinada categoria de pessoas, por conta de questões ligadas à raça, religião, gênero, nacionalidade, orientação sexual, condição física ou outra peculiaridade.

De acordo com Winfried Brugger (2007, p. 118), esse tipo de discurso: "[refere-se a] palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas".

Pode-se dizer, dessa forma, que o discurso do ódio é a forma de manifestação de pensamento que visa insultar, perseguir ou justificar a privação de direitos de determinada parcela da sociedade.

Miguel Salgueiro Meira (online, p.10) conceitua manifesta os seguintes dizeres sobre a temática aqui discutida: “os discursos de incitamento ao ódio, manifestados em mensagens e expressões racistas, xenófobas, homofóbicas ou misógenas, visam discriminar e estigmatizar os indivíduos que compõe o grupo a que esses discursos se destinam

Nota-se, dessa maneira, que o discurso de ódio compõe-se de dois elementos, a discriminação e a externalidade. Em outras palavras, trata-se de uma manifestação que visa à segregação, baseada na falsa impressão de que existe um ser/raça superior (quem emite o discurso) e outra inferior (atingido).

Para persuadir seu público alvo, quem utiliza o discurso do ódio cria estereótipos, narra determinado acontecimento expressando tão somente o seu posicionamento, personifica o inimigo atribuindo uma série de características negativas a ele, entre outros artifícios da publicidade. Tais elementos são, inclusive, narrados por Brown (1971), em seu livro intitulado “Da Propaganda à Lavagem Cerebral”.

A história mundial é permeada de situações em que o discurso do ódio está presente. O Holocausto ocorrido na Alemanha Nazista, durante a Segunda Guerra Mundial, pode-se dizer, é um dos principais exemplos de situações marcantes no passado que trouxeram graves consequências para a humanidade em consequência desse tipo de discurso que foi empregado, em que era divulgado que os arianos (emissores) era superior os demais (atingidos), como judeus, homossexuais, entre outros.

A grande questão que se deve observar ao estudar o discurso do ódio é que a vedação deste, dependendo do caso, pode gerar conflito o direito à liberdade de expressão, garantido pela CF/88, documentos e legislações internacionais e de extrema relevância para a democracia. Jeremy Waldron (2010, p. 1601), sobre assunto, dispõe da forma abaixo transcrita:

O problema se instaura quando o pensamento ultrapassa esses limites dando lugar à duradoura presença da palavra publicada. Nessa situação, o discurso existe, está ao alcance daqueles a quem busca denegrir e daqueles a quem busca incitar contra os denegridos, e está apto para produzir seus efeitos nocivos, quais sejam: as violações a direitos fundamentais, o ataque à dignidade de seres humanos. Em suma, dessa manifestação pública advêm o dano e a necessidade de intervenção de instâncias com poder de controle, dentre elas, o Direito.

Dessa forma, o discurso do ódio se torna ainda mais preocupante, pelo fato de manifestar desprezo, raiva e outros sentimentos negativos por pessoas inseridas em determinadas categorias.

Sobre o assunto, Daniel Sarmiento preceitua o seguinte (2010, p.236): “Diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência ou retirar-se da discussão, amedrontado e humilhado. Nenhum deles contribui minimamente para “a busca da verdade””.

Esse tipo de discurso tem duas peculiaridades, o insulto e a instigação. O primeiro é relacionado diretamente à(s) vítima(s), consistindo na agressão à dignidade de determinado grupo por causa de determinada peculiaridade que lhe é comum. Já o segundo ato é voltado a possíveis as pessoas que não compartilham a característica tida como repugnante, os leitores do discurso do ódio e que não estão identificados como vítimas daquela situação. Estes são conclamadas e persuadidos a participar do discurso discriminatório.

A Constituição Federal de 1988, no Art. 5º, IV, assegura a liberdade de imprensa, direito este que decorre da liberdade de manifestação de pensamento. Dessa forma, pelo

menos em tese, o discurso do ódio estaria amparado juridicamente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, na decisão paradigma deste trabalho, os Ministros, utilizando o princípio da ponderação, decidiram que este direito (liberdade de manifestação de pensamento) deve ser utilizado com cautela e razoabilidade, preenchendo os requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, a liberdade de manifestação de pensamento não é um direito absoluto.

Conforme já foi expresso, o objetivo do presente trabalho é analisar a possível colisão entre a liberdade de imprensa e a dignidade do povo judeu no Caso Ellwanger. Acredita-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderiam ter também utilizado, como fundamentação da decisão, a solução da colisão entre estes direitos por meio da utilização do *balancing process*.

Pelos aspectos apresentados, portanto, o próximo tópico discorrerá sobre estes direitos fundamentais (liberdade de imprensa e dignidade do povo judeu), para, em seguida, analisar o julgado, levando em consideração a solução para a (aparente) colisão entre os direitos especificados.

3. A Liberdade de Imprensa e a Dignidade do Povo Judeu como Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são garantidos aos cidadãos como um rol exemplificativo e mínimo de prerrogativas que devem ser assegurados aos indivíduos, para um desenvolvimento pautado na garantia da dignidade humana. Esta é um princípio constitucional expresso inserido no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p.35), define tais direitos da seguinte forma: “Os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”.

Pelo excerto acima transcrito, percebe-se que os direitos fundamentais são os legitimadores do sistema jurídico estatal. É por esta razão, portanto, que o Constituinte inseriu, logo no início da CF/88, o Título II, nominado Direitos e Garantias Fundamentais, demonstrando a importância deste assunto.

Todavia, é importante o comentário de que o Supremo Tribunal Federal (STF), entende que tais direitos não estão inseridos apenas no Título II, mas sim em todo o texto constitucional, conforme parte da ementa a seguir transcrita: “[...] os direitos fundamentais, cuja eficácia é imediata e a força é normativa, estão espalhados por toda a Constituição Federal” (BRASIL. STF - RE: 645593 DF . Relator: Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 10/10/2011. Data de Publicação: DJe-201 Divulg 18/10/2011 Public 19/10/2011).

Além de serem direitos mínimos que visam garantir aos cidadãos uma existência digna, os direitos fundamentais são garantidos não somente aos cidadãos brasileiros e às pessoas jurídicas nacionais, mas, também, ainda que relativamente, aos estrangeiros, residentes ou não no território brasileiro. Luiz Fernando Calil de Freitas (2007, p.33), sobre esse assunto, dispõe da seguinte forma:

Apesar de que a Constituição da República Federativa do Brasil nada diga expressamente a tal respeito, os direitos fundamentais nela estatuídos são, de um lado, *direitos subjetivos* atribuíveis aos cidadãos e pessoas jurídicas nacionais, além de o serem relativamente aos estrangeiros, residentes ou não no território brasileiro em situações peculiares, frente ao Estado no sentido de reconhecer e proteger âmbitos de liberdades ou prestações que devem ser outorgados. (grifo do original)

É de bom alvitre o comentário de que os direitos fundamentais devem ser interpretados extensivamente, de forma a tutelar o máximo de indivíduos possíveis. Exemplificativamente, pode-se dizer que o Art.5º, caput, da CF/88⁶ não inclui o estrangeiro não residente no país como garantidor de tais direitos.

Todavia, o próprio STF, partindo da máxima da interpretação extensiva dos direitos fundamentais, já incluiu as pessoas inseridas nesta condição (estrangeiro não residente no país), no rol dos tutelados por tais direitos, conforme atesta a ementa do julgado abaixo transcrito:

O fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de

⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as **garantias de índole constitucional** que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado. (grifo nosso) (BRASIL. STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008).

Das várias características dos direitos fundamentais, tais como historicidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade (irrenunciabilidade) e indivisibilidade, faz-se necessário, para o devido entendimento da matéria trabalhado neste trabalho, comentar sobre uma, a relatividade.

A característica da relatividade dos direitos fundamentais significa que eles não são absolutos. Isso se dá, primeiramente, porque eles podem entrar em conflito entre si, situação esta que aborda o presente artigo (conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade do povo judeu); e, em segundo lugar, porque nenhum direito fundamental pode ser utilizado para justificar uma situação de prática de ilícitos. Sobre o assunto, João Trindade Cavalcante Filho (2013, online), em artigo disponível na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, dispõe da seguinte forma:

Nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai 'ganhar' o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto.

Dessa forma, nota-se que é perfeitamente possível o conflito entre direitos fundamentais. Assim, os tópicos subsequentes, abordarão os conceitos e as peculiaridades da liberdade de imprensa e da dignidade do povo judeu, para, após, abordar a solução dos conflitos entre estes direitos fundamentais.

3.1 A Liberdade de Imprensa

O caso paradigma do presente trabalho, o HC 82424 do STF aborda a questão em que o Sr. Siegfried Ellwanger, paciente do remédio constitucional, dono de uma editora, publicou livros de sua autoria e de outros, cujo conteúdo aborda questões antissemitas, racistas e discriminatórios em face dos judeus. Percebe-se assim que se discute a censura e a liberdade de imprensa, razão pela qual os parágrafos a seguir discorrerão sobre estes dois assuntos.

Atualmente, existe a preocupação de universalizar e de assegurar a liberdade de imprensa, não estando restrito este objetivo, exclusivamente, aos países que possuem ou já viveram, ou estando vivendo, períodos de ditaduras militares. O país possuir uma imprensa

livre, sem censura, é tão importante, que foi inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 19, o seguinte texto: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão” (ONU, 1948, artigo 19).

No Brasil, superada a ditadura militar, fase de extremo controle social, o Poder Constituinte Originário, em 1988, assegurou expressamente o direito de ampla liberdade de imprensa, como forma de garantir o exercício pleno do princípio da liberdade de expressão, conforme se denota pelo Art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988.

A liberdade de imprensa é uma importante aliada à concretização da democracia brasileira. Este direito é, portanto, corolário da liberdade de manifestação de pensamento, assegurado pela Constituição Federal de 1988. A atual Constituição Federal, denominada de constituição cidadã, ressalta a conquista dos direitos sociais e individuais, garantindo, entre outros, esta garantia, tantas vezes negada ao povo brasileiro.

As limitações da liberdade de pensamento devem existir, apenas, quando em conflito com outras garantias constitucionais na análise com caso concreto, conforme se denota pela leitura do Art. 220 da Constituição Federal, o qual preceitua da seguinte forma: “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”.

Ademais, Guerra (2004, p. 83-84), em suas considerações gerais sobre liberdade de expressão assim pronuncia a vedação ao legislador em impor limitações a essa norma, já que se trata de um preceito constitucional de eficácia plena,⁷ conforme se percebe pelo texto abaixo transcrito:

Devemos salientar que, se limites existem à liberdade de informação ou imprensa, estes decorrem da própria Constituição Federal, e o legislador ordinário não está autorizado a impor outras limitações, tendo em vista que esta se inclui naquelas cláusulas denominadas *pétreas*.

Inclusive, não se pode dialogar sobre liberdade de imprensa brasileira sem uma reflexão acerca da ditadura militar ocorrida no Brasil, a qual, aliás, teve como uma de suas ingerências

⁷ José Afonso da Silva (2003, p. 83-112) classifica as normas constitucionais quanto a sua eficácia, podendo elas serem de eficácia plena, contida ou limitada. A norma constitucional de eficácia plena é aquela que tem aplicabilidade imediata, ou seja, desde o surgimento do preceito é possível a sua aplicação, e não admite que a lei possa lhe reduzir seu conteúdo. Dessa forma, a liberdade de imprensa prevista na Constituição Federal é uma norma constitucional que tem aplicabilidade imediata e não admite que sofra limitações exclusivamente do legislador ordinário.

sobre a liberdade de expressão a promulgação da Lei de Imprensa, Lei Federal 5.250, datada do dia 09 de fevereiro de 1967.

A Lei de Imprensa, como não poderia deixar de assim inferir, é pautada de incoerências e inconstitucionalidades, razão pela qual foi considerada não recepcionada pela Constituição de 1988, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista.

A decisão do STF produziu eficácia geral e efeito vinculante, contra vários dispositivos da referida lei e tinha como objetivo evitar lesões aos incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º, mais e artigos. 220 a 223, todos da Constituição Federal. O Relator da ação, o Ministro Carlos Ayres Brito, em seu voto, entendeu que a Lei de imprensa, em seu todo, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, em razão da sua “total incompatibilidade com os tempos democráticos” (ADPF 130), tendo ainda sido atendido, a título de medida cautelar, a suspensão de todos os processos em andamento e das decisões relacionadas ao referido dispositivo.

Atualmente, portanto, existe a ausência de uma Lei de Imprensa brasileira, a qual deveria regulamentar uma parcela desse direito democrático tão importante, denominado liberdade de manifestação de pensamento. Assim, com esse vácuo legislativo, nota-se que foi um fato de grande importância a atualização do Código de Ética dos Jornalistas do Brasil, ocorrida no dia 04 de agosto de 2007, durante o Congresso Extraordinário dos Jornalistas, realizado em Vitória, estabelecendo, entre outros fatores, em seu artigo 2º, uma tentativa de impor aos profissionais da área condutas pautadas na busca da verdade (BRASIL, 2007):

Art. 2º Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele fosse impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

II - a produção e a divulgação da informação devem se **pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público.** (grifo nosso).

Esse referido Código possui outros dispositivos importantes, como a preocupação quanto ao respeito à intimidade, à honra e à imagem. Percebe-se, portanto, que é possível exercer o dever inerente ao jornalista sem que ocorram desrespeito a direito de imagem e honra e, conseqüentemente, à dignidade do povo judeu:

Art. 6º É dever do jornalista:

I - opor-se ao arbítrio, ao autoritarismo e à opressão, bem como defender os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos;

VIII - respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão.

Saliente-se, inclusive, que essa ausência de regulamentação específica do

comportamento dos profissionais da área de imprensa e seus possíveis abusos, faz com que a vítima de eventual excesso desse direito possa buscar indenização contra danos causados quando da atuação dos profissionais midiáticos, não existindo, porém, mecanismos de regulamentação para tentar evitar fatos contrários aos direitos fundamentais.

De toda sorte, a despeito de o Brasil não possuir mais uma lei específica de imprensa, este país, por meio do Decreto nº 678, datado do dia 6 de novembro de 1992, reafirmou seu compromisso constitucional de assegurar o direito de liberdade de pensamento e de expressão, promulgando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, a qual, sobre a liberdade de pensamento e expressão, dispõe da forma abaixo aludida:

Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeita à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
3. o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

Nota-se, dessa forma, que os profissionais de imprensa têm o direito constitucional de informar, garantindo o livre exercício de uma da atividade jornalística; entretanto, o direito à liberdade de expressão não é uma prerrogativa exclusiva dos profissionais de imprensa, mas sim é um direito assegurado a todo o cidadão, os quais, além de terem a possibilidade de exteriorizar seus pensamentos, possuem também o direito de serem informados.

Ademais, a liberdade não é absoluta ou ilimitada. Talvez, pela busca desenfreada por audiência e por conta da grande concorrência entre as audiências, verifica-se, atualmente, notícias sensacionalistas de fatos e índices relacionados a criminalidade, com a conseqüente exposição de presos, os quais, em muitos momentos, são apresentados de maneira jocosa. Uadi Lammêgo Bulos (2011, p.562), em estudos sobre o tema, dispõe da forma a seguir transcrita:

É comum jornalistas levantarem 'suposições', 'probabilidades' e 'possibilidades' com base no que denominam 'provas', não raro fictícias e, no geral, deturpadas. Alguns se arvoram de juristas. Outros agem como se fossem o 'quarto poder'. Citam leis e preceitos incriminadores, enquadrando pessoas físicas e jurídicas, autoridades e representações, mobilizando a opinião pública. Não olham a quem ofendem. Insinuem, desestabilizam, praticam o mal, atormentam a paz, matam a dignidade, no afã de 'dar a notícia'. E dizem: 'procuramos Fulano, mas não o encontramos para oferecerem a sua versão'. Quando a vítima exerce o seu direito de resposta, vêm as contumeliosas 'notas de redação', confundindo ainda mais o leitor desavisado. Ora, publicações e transmissões falsas não têm o amparo da ordem jurídica; devem execradas e repelidas. Não há liberdade de imprensa sem respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. O arbítrio dos meios de comunicação

podem gerar danos irreparáveis, porque o desmentido nunca tem a força do mentido.

O trabalho midiático e a publicação de livros é de suma importância, vez que leva informações à sociedade, trabalho este, sem dúvida, indispensável para uma democracia. Ocorre que se deve respeitar limites, em especial, o direito à não utilização para disseminar o discurso do ódio e, conseqüentemente, violar a dignidade de determinada pessoa ou certa categoria de pessoas, como, no caso concreto aqui estudado, a dignidade do povo judeu.

3.2 A Dignidade do Povo Judeu

Como dito acima, o objetivo do presente trabalho é analisar o caso discutido no HC 82.424 decidido pelo STF, sob a ótica da colisão entre a liberdade de imprensa e a dignidade do povo judeu. Desta forma, as linhas a seguir discorrerão sobre a dignidade da pessoa humana, relacionando-a com a dignidade do povo judeu.

A Constituição Federal prevê, no seu art. 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. De fato, a dignidade da pessoa humana deve ser alcançada em todos os institutos jurídicos, pois tal fundamento norteia o ordenamento jurídico brasileiro.

Merece ser salientado que a expressão “pessoa humana” não se trata de um pleonismo ou uma redundância, mas se mostra apropriadamente utilizada. Afinal, a dignidade é um atributo da pessoa humana, ou seja, simplesmente pelo fato de ser humana, a pessoa merece ser tratada de forma digna, independente de sua origem, idade, etnia, condição civil ou condição socioeconômica.

Corroborando com esse entendimento, Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 132) declara “uma ordem constitucional que consagra a ideia da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos [...]”. Realmente, a dignidade é inerente à essência de ser humano, independentemente de sua posição e conduta social. Ou seja, pode-se afirmar que até mesmo um criminoso tem dignidade, visto que esta “nasce com a pessoa” (NUNES, 2010, p. 63).

O princípio da dignidade consubstancia-se na noção do homem como “ser humano”, razão pela qual, a pessoa humana é considerada como indivíduo em sua singularidade. Em

decorrência, portanto, deste princípio, a pessoa humana deve ter igualdade de oportunidades, como ter direito à educação, moradia, emprego, alimentação, lazer e cultura. Ou seja, a dignidade do ser humano envolve incluí-lo, de forma efetiva e substancial, socialmente. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) afirma sobre dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Assim, no momento em que uma pessoa manifesta um discurso de ódio em face de outra, a dignidade é violada em sua dimensão intersubjetiva, no respeito que cada ser humano deve ao outro. Além disso, ao publicar livros que atentam contra os judeus, o paciente agrediu a dignidade de todo um grupo social, não somente a de um indivíduo, e a nominada vitimização difusa.

Percebe-se assim que, por um lado o paciente tem o direito à liberdade de imprensa, consequência da liberdade de manifestação de pensamento, por outro existe a dignidade do povo judeu. Assim, ao invés de decidir o julgado paradigma do presente trabalho apenas com base no princípio da proporcionalidade, nota-se que se deve solucionar a colisão entre estes direitos fundamentais, o que será feito no tópico a seguir.

4. A Colisão dos Direitos Fundamentais e o *Balancing Process*

O conflito entre dois direitos fundamentais deve ser analisado no caso concreto, pois, como a maioria da doutrina afirma não haver hierarquia entre tais direitos, no plano abstrato, resta impossível, de acordo com este pensamento, abordar a colisão entre eles.

Assim, há conflito entre direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular vai de encontro ao exercício de direito fundamental por parte de outro titular (CANOTILHO, 1999, p.637). Neste artigo, há o tem o direito à liberdade de imprensa, consequência da liberdade de manifestação de pensamento, e a dignidade do povo judeu como direitos colidentes, razão pela qual mecanismos de solução dessa colisão devem ser empregados.

Segundo as lições de Alexy (1998, p.69), quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares, tem-se a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito. Esta possui duas

espécies, quais sejam, a de direitos fundamentais idênticos; e de direitos fundamentais diversos.

No primeiro caso (colisão entre direitos fundamentais idênticos), pode-se identificar quatro tipos de situações designadas a seguir: a) colisão de direito fundamental como direito liberal de defesa; b) colisão do direito de defesa de caráter liberal e direito de proteção; c) colisão do caráter negativo de um direito com caráter positivo desse mesmo direito; e d) colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático.

Saliente-se que o parágrafo anterior foi consignado apenas a título exemplificativo, pois a colisão de direitos fundamentais analisados na decisão epigrafada é entre direitos diferentes, a liberdade de imprensa e a dignidade do povo judeu. E é exatamente sobre essa espécie de conflitos que será aprofundada adiante.

Canotilho (1999, p.1189) distingue a concorrência dos direitos fundamentais da colisão destes direitos. Aquela significa a situação em que o indivíduo, ao exercer determinado comportamento, preenche os requisitos de dois direitos fundamentais; por exemplo, ao publicar um artigo, existe a cumulação dos direitos de manifestação de pensamento e de liberdade de imprensa. Já o segundo caso (colisão de direitos já acima definido) é o que se encontra na decisão comentada; há conflitos entre a liberdade de imprensa feita num contexto de discurso do ódio e a dignidade do povo judeu.

Verificada a possível colisão entre direitos fundamentais é necessário utilizar mecanismos para solucioná-la. Aliás, Alexy (2001, p. 18) afirma que há pelo menos quatro motivos para justificar a insegurança jurídica, sendo um deles a possibilidade de conflitos entre as normas constitucionais⁸. Desta forma, faz-se necessário abordar esses mecanismos de solução, tendo como parâmetro o julgado apresentado.

Para solucionar a colisão entre direitos fundamentais é importante que o julgador utilize o princípio da ponderação de bens. Ponderação, de acordo com Ana Paulo Barcellos (2005, p. 83), é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. A doutrina norte-americana chama essa técnica de *balancing process*.

Luís Roberto Barroso (2004, p.23), preceitua que, para a feitura do raciocínio

⁸ Apenas a título exemplificativo, cita-se que a imprecisão da linguagem do Direito; o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica que não cabem sob nenhuma norma válida existente no ordenamento; e a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto são os outros três motivos do surgimento da insegurança jurídica

ponderativo, o qual busca a objetividade do direito, deve-se selecionar as normas e os fatos relevantes, com a atribuição dos respectivos pesos aos diversos elementos em disputa, tendendo a chegar-se num mecanismo de concessões recíprocas, o qual procura preservar os valores contrapostos na medida do possível. Sobre esse assunto, Luis Pietro Sanchis (2000, p.16) dispõe da seguinte forma:

Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre a la seguridad pública sobre la libertad individual o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

Dessa forma, ele afirma que a ponderação de valores, interesses, bens ou normas é uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis quando há direitos em colisão, sendo um mecanismo de soluções, analisado casuisticamente, o qual faz chegar numa possível conclusão de qual direito, naquele caso, é o mais importante, devendo ele ser o aplicado preponderantemente, mas de forma a reduzir o(s) outro(s) não preponderante(s) o mínimo possível.

Canotilho (1998, p.378) afirma ainda que o *balancing process* é uma técnica autônoma, a qual busca dar relevo à ideia de que, no instante da ponderação, deve-se não atribuir um significado normativo ao texto da norma colidente, mas, sim, deve-se equilibrar e ordenar bens colidentes ou, pelo menos, em relação de tensão, num caso concreto determinado.

Dessa forma, a ponderação ou, como consignado, *balancing process* possui técnicas que visam nortear o aplicador dos direitos em conflitos. Em outras palavras, na colisão de normas deve o julgador passar por etapas, visando a chegar numa possível solução para a colisão, quais sejam: a) Deve-se, primeiramente, identificar as normas em conflito; b) Em seguida, é necessário identificar as circunstâncias/peculiaridades do caso concreto; c) e, por fim, é preciso fazer o devido balanceamento dos dados apurados com as duas etapas anteriores. (BARCELLOS, 2005, p.37).

Alexy (1998), também, afirma que a técnica da ponderação ou do *balancing process* passa por três fases distintas, sendo suas explicações feitas em consonância com a técnica elucidada por Ana Paula Barcellos (2005, p.37) acima descrita. O autor, em uma palestra, preceituou nos seguintes termos:

Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a

importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Muitos pensam que a ponderação não é um processo racional. A possibilidade desse modelo de prova em três níveis demonstra que o ceticismo em relação à ponderação não é justificado.¹

Pode-se dizer, assim, que a técnica do *balancing process*⁹ se destina a solucionar antinomias que, na verdade, refletem conflitos aparentes de normas. Todavia, essas colisões, na maioria das vezes, são muito complexas e envolvem valores e diferentes opções políticas. Assim, não é possível proceder a simples adequação ou também chamada subunção de alguma norma, pois a solução da antinomia não está em um dispositivo legal.

A técnica acima descrita da ponderação tende apenas a orientar, de forma racional, o aplicador das normas, na busca da solução mais coerente para um caso concreto. Assim, a legitimidade da solução encontrada por ele depende de seu poder de criticidade, da sua racionalidade e de sua capacidade de justificação. Caso tenha estas características, possivelmente, chegará a uma conclusão justa no caso concreto.

Assim, aplicando o *balancing process* na decisão paradigma do presente trabalho, pode-se perceber que a liberdade de imprensa, no caso concreto, tem uma menor relevância em face a dignidade do povo judeu. Isso porque aquela não é um direito absoluto, devendo ser utilizada com o objetivo de informar e não de ofender ou disseminar o repúdio, nojo ou discórdia em detrimento de determinado grupo. Desta feita, reputa-se acertada a decisão do STF.

Conclusão

Através da leitura do presente texto, pôde-se notar que o intenso desenvolvimento dos meios de comunicação cria ampla possibilidade de transmissão das informações. Acontece que, a despeito de ser benéfico ao meio social, ele pode gerar excessos na utilização do direito de liberdade de imprensa, causando, conseqüentemente, a violação de outros direitos, como a imagem, a honra, a intimidade e, até mesmo, a dignidade de um povo.

É nesse diapasão que este trabalho enfocou a problemática existente entre a liberdade de imprensa como disseminadora do discurso do ódio e a dignidade de um povo, no caso o

⁹ É importante salientar que, algumas vezes, observa-se uma confusão doutrinária sobre o princípio da ponderação de bens e o da proporcionalidade. Este é utilizado apenas quando há conflito entre uma norma e um ato do Poder Público que limita um direito. Neste caso, aplica-se o princípio da proporcionalidade, no intuito de verificar se esta afetação do direito pela entidade pública é legítima ou não. O presente trabalho não aborda a situação em que o Poder Público afeta o direito do particular, razão pela qual foi discorrido apenas sobre o princípio da ponderação de bens.

judeu. Estes direitos, a depender do caso concreto, podem-se colidir, gerando a necessidade de debates doutrinários e jurisprudenciais no intuito de traçar limites e técnicas aos seus respectivos exercícios e coibir eventual violação do segundo no primeiro.

Na busca de assegurar a consolidação das liberdades, o Constituinte de 1988 incluiu a liberdade de expressão na relação dos direitos fundamentais, buscando desconstruir a cultura predominante, em especial no âmbito da ditadura militar, baseada no cerceamento do direito de manifestação artística, cultural e política, entre outros direitos. É certo, portanto, que a liberdade de imprensa, corolário daquele direito (liberdade de manifestação de pensamento) é um direito constitucionalmente garantido, o qual é essencial para o fortalecimento da estrutura democrática do Estado brasileiro.

Ocorre que, como visto neste trabalho, a liberdade de imprensa não é um direito absoluto. Ele não pode ser utilizada para disseminar a repugnância, o ódio, o nojo ou mesmo a discriminação em face de um indivíduo ou de um povo. Chama-se discurso do ódio ou *hate speech* a conduta de propagar características negativas de um sujeito individual ou coletivo, visando que a repulsão destes, também, por parte dos outros.

No caso paradigma do presente trabalho, o Habeas Corpus n. 82.424/RS, julgado no STF, conhecido como o Caso Ellwanger, percebeu-se que o paciente editou, divulgou e comercializou livros seus e de terceiros, os quais faziam apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica.

De fato, os jurisdicionados possuem o direito de informar e serem informados e o Sr. Ellwanger, também, possui o direito de liberdade de imprensa em editar e divulgar suas obras e de outros. Entretanto, essa liberdade de imprensa deve ser exercida sem excessos, pois, aos indivíduos e aos povos, foi garantido, entre outros, o direito à dignidade. O fato de as obras literárias estarem permeadas do discurso do ódio levanta a possibilidade de haver limitações à liberdade de manifestação de pensamento e, conseqüentemente, da liberdade de imprensa.

E foi exatamente isso que abordou o julgado paradigma do presente trabalho. No voto do relator, o Ministro Moreira Alves, entre outras questões, aplicou-se o princípio da proporcionalidade, para decidir que existem limitações à liberdade de imprensa e que, pelo menos em tese, o Sr. Ellwanger, excedeu os limites desse direito. Isso porque a liberdade de expressão não permite o direito à incitação ao racismo.

Ocorre que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado para analisar se um ato do Poder Público que restringe um direito do particular é legítimo ou não. Para isso, essa norma jurídica exige que o julgador verifique o ato através de três etapas, as quais serão descritas a seguir.

A primeira é a adequação do ato, a qual ordena que avalie se este é idôneo aos fins que se destina. Já a segunda é a necessidade, a qual analisa se o ato é o menos gravoso de todos os existentes. Por fim, a terceira etapa é a análise do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual preceitua que o ato apenas será legítimo se os benefícios dele forem maiores que os malefícios.

Dessa forma, com todo respeito ao STF, acredita-se que, como há direitos fundamentais em conflitos (liberdade de imprensa e dignidade da comunidade judaica), os julgadores poderiam ter adotado como tese principal o sopesamento dessas normas jurídicas ou o *balancing process*.

Com base nesse caso paradigma, notou-se que conciliar os direitos fundamentais, por meio das técnicas de solução de colisão entre os direitos fundamentais, diante de um caso concreto, é uma tarefa árdua, mas, de qualquer forma, indispensável em uma sociedade que tenha como finalidade a Justiça; assim, notou-se que, no caso concreto analisado neste trabalho, deve prevalecer a dignidade do povo judeu em detrimento da liberdade de imprensa, reduzindo esta, porém, o mínimo possível.

Por fim, é importante ressaltar, inclusive, que, a despeito de aqui terem sido apontadas algumas crítica em relação ao exercício da atividade dos profissionais da imprensa, em nenhum momento quis-se defender o retorno à censura prévia ou mesmo ofender qualquer pessoa da área. Em verdade, procurou-se a compatibilização e harmonia de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro para que não só a liberdade de expressão seja respeitada, mas também o direito de imagem, intimidade e a dignidade dos sujeitos individuais ou coletivos.

Referências

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação de interesses como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra conferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 7716/89. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. 05 de jan de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BRASIL. **Código de ética dos Jornalistas**. Vitória: Federação Nacional dos Jornalistas. 04 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigodeeticadosjornalistasbrasileiros.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **HC 82424/RS**, rel. Min. Moreira Alves, j. 19/3/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **HC 94016 MC/SP**, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. RE n.º 645593/DF. Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 10/10/2011, Data de Publicação: **Dje-201**, Divulg 18/10/2011, PUBLIC 19/10/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BROWN, J. A. C. **Técnicas de Persuasão – Da propaganda à lavagem cerebral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 117-136, jan-mar 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTALI, Fernanda Gorghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada dignidade humana. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trinidade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 11 out. 2013.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais - Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GUERRA, Sidney César Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

MIGUEL SALGUEIRA MEIRA, Limites à Liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio. Disponível em:<http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf> Acesso em 20 jul. 2014.

- NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional de dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos da ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Paris: Palais Charlot, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.
- ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis**. Cardozo Law Review, New York, 24, n. 4, p. 2, abril 2003.
- SAHM, Regina. **Direito á imagem no direito civil contemporâneo**: De acordo com o Código Civil, Lei 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002.
- SANCHIS, Luis Pietro. **La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades, Derechos y Libertades**. Revista Del Instituto Bartolomé de las Casas, Ano V, Ene./Jun., Madrid, nº 8, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation: the Visibility of Hate**. Harvard Law Review, v.123, n.1596 (2010), p. 1597-1657.