

**UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ**

**ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE**

**A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE  
ADEQUADA PARA O DISCURSO DE ÓDIO NO  
DIREITO BRASILEIRO**

**Rio de Janeiro**

**2018**

**ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE**

**A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE  
ADEQUADA PARA O DISCURSO DE ÓDIO NO  
DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá  
como requisito para obtenção do título de Doutor em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

**Rio de Janeiro**

**2018**

A553r Andrade, André Gustavo Corrêa de  
A resposta constitucionalmente adequada para o  
discurso de ódio no direito brasileiro. / André Gustavo  
Corrêa de Andrade. – Rio de Janeiro, 2018.  
350 f.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de  
Sá, 2018.

1. Discurso de ódio. I. Título.

CDD 340.1



**Estácio**

Universidade Estácio de Sá  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A tese

**A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA PARA O DISCURSO DE ÓDIO NO  
DIREITO BRASILEIRO**

elaborada por

**ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE**

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

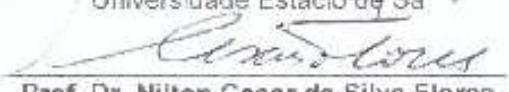
**DOUTOR EM DIREITO**

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2018.


BANCA EXAMINADORA



**Prof. Dr. Lenio Luiz Streck – Presidente**  
Universidade Estácio de Sá



**Prof. Dr. Nilton Cesar da Silva Flores**  
Universidade Estácio de Sá



**Prof. Dr. Vicente de Paulo Barreto**  
Universidade Estácio de Sá



**Prof. Dr. Ney Bello Filho**  
Universidade Federal do Maranhão



**Prof. Dr. Victor Gamêro Drummond**  
Centro Universitário de Guarambi

## RESUMO

O propósito da presente tese é analisar se as manifestações caracterizadoras de discurso de ódio contra grupos podem, à luz da Constituição Federal brasileira, ser objeto de restrição ou sanção ou se devem ser consideradas protegidas pelo princípio que assegura a liberdade de expressão. O problema do discurso de ódio se tornou particularmente sensível com o advento da internet, que deu início a uma verdadeira revolução na comunicação. A um só tempo, disponibilizou uma imensa quantidade de informações e permitiu a troca de mensagens em alta velocidade, possibilitando que tais mensagens sejam acessadas por um grande número de pessoas ao redor do mundo. O presente texto traz os principais fundamentos jusfilosóficos da liberdade de expressão, considerada importante seja para a sociedade em geral, seja para o indivíduo em si mesmo considerado. De um ponto de vista consequencialista, a liberdade de expressão é considerada essencial para a descoberta da verdade, para a democracia e para o pluralismo social. Do ângulo individual, é fundamental para o autodesenvolvimento da pessoa. Posteriormente, é estudado o discurso de ódio como fenômeno social. São traçadas as características desse tipo de discurso, que assume múltiplas formas e encontra motivações distintas, o que dificulta isolar o fenômeno e conferir a ele tratamento jurídico uniforme. Vários são os argumentos a favor da restrição ao discurso de ódio, dentre os quais o de que essa forma de discurso violaria a dignidade humana e feriria o princípio da igualdade. Sustentam os defensores da restrição que esse discurso causa danos variados aos integrantes do grupo discriminado, que, além disso, em consequência da intimidação e do constrangimento sofridos, se veriam, com frequência, silenciados, sem condições de responder ou reagir à discriminação. Argumenta-se, também, que o discurso de ódio não estaria protegido pela liberdade de expressão por lhe faltar valor social intrínseco. Várias objeções são apresentadas a esses argumentos. Debate-se a alegada violação aos princípios da dignidade e da igualdade no contexto do discurso de ódio. Sustenta-se não haver um direito de não ser ofendido. Para fins de comparação, são trazidos dois modelos distintos de tratamento ao discurso de ódio: o norte-americano, caracterizado por uma grande tolerância em relação ao discurso de ódio; e o europeu, caracterizado pela existência de várias restrições legais a esse tipo de manifestação. A ideia de direito como integridade, de Ronald Dworkin, é adotada como um dos principais referenciais teóricos.

Parte-se da premissa de que o direito deve ser visto como um conjunto normativo formado por regras e princípios, interpretados com observância dos imperativos de coerência e integridade. Na interpretação dos enunciados normativos, rejeita-se a ideia de discricionariedade e de ponderação de princípios. A Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, constitui o outro referencial teórico empregado na interpretação dos textos jurídicos. A partir desses marcos teóricos são analisados os textos das Constituições brasileiras anteriores, comparando-os com o texto da Constituição Federal vigente. Foram examinados, também, os trabalhos constituintes, preparatórios da atual Constituição. Ao final, é proposta a resposta constitucionalmente adequada para o discurso de ódio no direito brasileiro.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Discurso de ódio; Princípios constitucionais; Ronald Dworkin; Lenio Streck.

## ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze whether the manifestations that characterize hate speech against groups may, under the Brazilian Federal Constitution, be subject to restriction or sanction or should be considered protected by the free speech principle. The problem of hate speech has gained new contours and has become particularly sensitive with the advent of the internet, which has begun a real revolution in communication. Internet made available an immense amount of information and the exchange of messages at high speed, enabling such messages to be accessed by a large number of people around the world. The present text presents the main philosophical foundations of the freedom of expression, considered important either for the society in general, or for the individual itself. From a consequentialist point of view, freedom of expression is considered essential for the discovery of truth, for democracy and for social pluralism. From the individual angle, it is fundamental for the self-development. Subsequently, the discourse of hatred is studied as a social phenomenon. This type of discourse assume multiple forms and find different motivations, which makes difficult to isolate the phenomenon and give to it legal treatment. There are several arguments in favor of restricting hate speech, including that this form of discourse would violate human dignity and the principle of equality. The defenders of the restriction maintain that this discourse causes various damages to the members of the discriminated group, who, moreover, as a result of the intimidation and the embarrassment suffered, would often be silenced, unable to respond or react to discrimination. It is also argued that hate speech would not be protected by freedom of expression because it lacks intrinsic social value. Several objections are raised against these arguments. The alleged violation of the principles of dignity and equality in the context of the hate speech is arguable. It is maintained that there is no right not to be offended. For purposes of comparison, two different models of treating the problem of hate speech are brought: the American, characterized by a great tolerance of the hate speech; and the European, characterized by the existence of several legal restrictions on this type of speech. The idea of law as integrity, by Ronald Dworkin, is adopted as one of the main theoretical references. It starts from the premise that the law must be seen as a normative set formed by rules and principles, interpreted in accordance with the imperatives of coherence and integrity. In

the interpretation of normative statements, the whole idea of discretion is rejected and the idea of pondering principles is criticized. Lenio Streck's Critique of Hermeneutics of Law is the other importante theoretical reference used in the interpretation of legal texts. From these theoretical frameworks the texts of the previous Brazilian Constitutions are analyzed, comparing them with the text of the Federal Constitution in force. Also examined were the constituent works, preparatory to the current Constitution. In the end, the constitutionally adequate response to the hate speech in Brazilian law is proposed.

Key Words: Free Speech; Hate Speech; Constitucional principles; Ronald Dworkin; Lenio Streck.



## RÉSUMÉ

Le but de cette thèse est d'analyser si les manifestations caractérisées par le discours de haine contre les groupes peuvent, à la lumière de la Constitution fédérale brésilienne, être l'objet de restriction ou de sanction ou doivent être considérés comme protégés par le principe qui assure la Liberté d'expression. Le problème du discours haineux est devenu particulièrement sensible à l'avènement de l'Internet, qui a initié une véritable révolution dans la communication. À un moment donné, il a fourni une quantité énorme d'informations et a permis l'échange de messages à grande vitesse, ce qui permet à de tels messages d'être accessibles par un grand nombre de personnes à travers le monde. Le présent texte porte les principaux fondements jusphilosophiques de la liberté d'expression, considérés comme importants soit pour la société en général, soit pour l'individu en soi considéré. D'un point de vue conséquentialiste, la liberté d'expression est considérée comme essentielle pour la découverte de la vérité, de la démocratie et de la pluralisme social. De l'angle individuel, il est fondamental pour l'auto-développement de la personne. Par la suite, le discours de la haine est étudié comme un phénomène social. Les caractéristiques de ce type de discours sont tracées, qui prend des formes multiples et trouve des motivations différentes, ce qui rend difficile d'isoler le phénomène et de conférer un traitement juridique uniforme. Il y a plusieurs arguments en faveur de la restriction du discours haineux, parmi lesquels cette forme de discours violerait la dignité humaine et nuirait au principe de l'égalité. Ils soutiennent les défenseurs de la restriction que ce discours provoque des dommages divers aux membres du groupe discriminé, qui, en outre, en raison de l'intimidation et de l'embarras souffert, serait souvent envasés, sans conditions pour répondre ou réagir à la discrimination. Il est également soutenu que le discours haineux ne serait pas protégé par la liberté d'expression parce qu'il manque de valeur sociale intrinsèque. Plusieurs objections sont présentées à ces arguments. La prétendue violation des principes de dignité et d'égalité dans le contexte du discours haineux est discutée. On prétend qu'il n'y a pas de droit de ne pas être offensé. À des fins de comparaison, deux modèles distincts de traitement sont apportés au discours haineux: l'américain, caractérisé par une grande tolérance par rapport au discours haineux; Et l'européen, caractérisé par l'existence de diverses contraintes juridiques à ce type de manifestation. L'idée de la Loi comme intégrité, par Ronald Dworkin, est adoptée comme

l'un des principaux référentiels théoriques. Elle repose sur la prémisse selon laquelle le droit devrait être considéré comme un ensemble normatif formé par des règles et des principes, interprété avec le respect des impératifs de cohérence et d'intégrité. Dans l'interprétation des énoncés normatifs, l'idée de discrétion et de pondération des principes est rejetée. La critique herméneutique de la Loi, par Lenio Streck, constitue l'autre cadre théorique utilisé dans l'interprétation des textes légaux. A partir de ces cadres théoriques, les textes des constitutions brésiliennes précédentes sont analysés, les comparant avec le texte de la Constitution fédérale actuelle. Les travaux constitutifs, préparatoires à la présente Constitution, ont également été examinés. À la fin, la réponse constitutionnellement appropriée au discours de haine dans le droit brésilien est proposée.

Mots Clefs: Liberté d'expression; Discours de haine; Principes constitutionnels; Ronald Dworkin; Lenio Streck.

## SUMÁRIO

### Apresentação

<b>Introdução.....</b>	<b>16</b>
<b>1 O direito à liberdade.....</b>	<b>21</b>
1.1. Introdução.....	21
1.2. A liberdade.....	22
1.3. As liberdades fundamentais.....	29
1.3.1. Liberdades de consciência e de religião.....	32
1.3.2. Liberdade de imprensa.....	38
1.3.2.1. A inconstitucionalidade da Lei de Imprensa. O julgamento da ADPF 130.....	46
1.3.2.2. Desnecessidade de diploma para o exercício da profissão de jornalista.....	48
1.4. O direito geral de liberdade.....	49
<b>2. Liberdade de Expressão.....</b>	<b>52</b>
2.1. A importância da liberdade de expressão para o estado democrático de direito.....	52
2.2. A liberdade de expressão como princípio independente.....	53
2.3. A liberdade de expressão nas Constituições brasileiras: de direito individual a direito fundamental.....	54
2.4. A liberdade de expressão como direito fundamental.....	63
2.4.1. Diferença entre direito e enunciado de direito.....	64
2.5. Fundamentos jusfilosóficos da liberdade de expressão.....	67
2.5.1. Possibilita a descoberta da verdade.....	68
2.5.2. É essencial para o autogoverno.....	76

2.5.3. Contribui para a promoção da democracia.....	77
2.5.4. Propicia o controle dos atos do Governo.....	78
2.5.5. Ensina a conviver com a diversidade e a pluralidade.....	82
2.5.6. Ajuda a promover o desenvolvimento social.....	85
2.5.7. Tende a produzir mais estabilidade e menos violência.....	86
2.5.8. É condição para a autonomia individual e a autorrealização do indivíduo.....	88
2.6. Meios, modos e formas de expressão.....	90
2.7. A diferença fundamental entre expressão ( <i>speech</i> ) e ação ( <i>action</i> ).....	95
2.8. O Princípio do Dano.....	96
<b>3. Os limites da liberdade de expressão.....</b>	<b>99</b>
3.1. Introdução.....	99
3.2. Teorias externa e interna dos direitos fundamentais.....	100
3.2.1. Teoria externa.....	100
3.2.2. Teoria interna .....	101
3.2.3. Críticas às teorias externa e interna.....	103
3.3. Os limites dos limites.....	107
3.4. A proteção do núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....	108
3.5. A diferença entre restrição e regulação.....	113
3.6. Limites da liberdade de expressão.....	115
3.6.1. Vedação ao anonimato.....	118
3.6.2. Direito de resposta.....	120
3.6.3. A proteção dos direitos da personalidade.....	122
3.6.4. Restrições legais não previstas de forma expressa na Constituição.....	128
3.6.5. Apologia ao crime. O julgamento da ADPF 187 (“Marcha da Maconha”).....	130
3.7. Direito ao esquecimento.....	132

<b>4. O problema do discurso de ódio.....</b>	<b>138</b>
4.1. O discurso de ódio. A importância de sua conceituação.....	138
4.2. A complexidade do problema.....	139
4.3. Conceitos legais.....	142
4.4. O ódio como elemento não essencial ao discurso de ódio.....	143
4.5. Tentativas doutrinárias de conceituação.....	146
4.6. A heterogeneidade do discurso de ódio. Semelhanças de família.....	148
4.7. O preconceito.....	152
4.8. A discriminação.....	153
4.9. A intolerância.....	154
4.10. Os destinatários do discurso de ódio.....	156
4.11. As formas pelas quais o discurso de ódio se manifesta.....	158
4.12. O discurso de ódio na internet.....	161
4.13. A questão do politicamente correto ( <i>political correctness</i> ).....	164
4.14. Restringir ou não restringir o discurso de ódio.....	167
4.14.1. Justificativas para a restrição ao discurso de ódio.....	168
4.14.1.1. Viola a dignidade da pessoa humana.....	168
4.14.1.2. Fere o princípio da igualdade.....	173
4.14.1.3. Causa danos aos integrantes dos grupos discriminados.....	174
4.14.1.4. Efeito silenciador ( <i>chilling effect</i> ).....	176
4.14.1.5. Falta de valor social intrínseco.....	177
4.14.2. Objeções à restrição ao discurso de ódio.....	178
4.14.2.1. Não existe um direito de não ser ofendido.....	178
4.14.2.2. Nega a capacidade ou responsabilidade moral dos cidadãos.....	179
4.14.2.3. Combate a intolerância com mais intolerância.....	180
4.14.2.4. Aumenta o risco de violência.....	182
4.14.2.5. Não elimina ou diminui o preconceito.....	184

<b>5. O discurso de ódio no direito internacional e comparado. Os modelos norteamericano e europeu de proteção à liberdade de expressão.....</b>	<b>186</b>
5.1. Introdução.....	186
5.2. A discriminação e o discurso de ódio nos tratados internacionais.....	186
5.3. A liberdade de expressão e o discurso de ódio nos Estados Unidos da América.....	191
5.4. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o <i>hate speech</i> .....	195
5.4.1. <i>Beauharnais v. Illinois</i> (1952).....	195
5.4.2. <i>Brandenburg v. Ohio</i> (1969).....	196
5.4.3. <i>NSPA v. Skokie</i> (1977).....	197
5.4.4. <i>R.A.V. v. Saint Paul</i> (1992).....	200
5.4.5. <i>Virginia v. Black et al.</i> (2003).....	201
5.4.6. <i>Snyder v. Phelps</i> (2011).....	203
5.4.7. <i>Matal v. Tam</i> (2017).....	205
5.5. A liberdade de expressão e o discurso de ódio na Europa.....	207
5.5.1. Alemanha.....	208
5.5.2. Áustria.....	210
5.5.3. França.....	213
5.5.4. Bélgica.....	215
5.5.5. Itália.....	216
5.5.6. Polônia.....	217
5.6. A Corte Europeia de Direitos Humanos.....	218
5.6.1. <i>Pavel Ivanov v. Russia</i> (2007).....	220
5.6.2. <i>Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands</i> (1979).....	220
5.6.3. <i>Norwood v. the United Kingdom</i> (2004).....	221
5.6.4. <i>Jersild v. Denmark</i> (1994).....	221
5.6.5. <i>Vejdeland and Others v. Sweden</i> (2012).....	223
5.6.6. <i>Fáber v. Hungary</i> (2012).....	224
5.6.7. <i>Perinçek v. Switzerland</i> (2015).....	224

<b>6. O discurso de ódio no Brasil.....</b>	<b>226</b>
6.1. As raízes do preconceito e da discriminação.....	226
6.2. O tratamento do preconceito e da discriminação nas Constituições brasileiras.....	228
6.2.1. As Constituições anteriores.....	228
6.2.2. Os trabalhos preparatórios da Constituição de 1988.....	231
6.2.3. A Constituição Federal de 1988.....	235
6.3. Os tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu.....	237
6.4. O tratamento do preconceito e da discriminação na legislação infraconstitucional.....	241
6.5. A jurisprudência brasileira.....	243
6.5.1. O caso <i>Ellwanger</i> (HC 82.424/RS).....	243
6.5.2. O caso <i>Jonas Abib</i> (RHC 134.682/BA).....	253
6.5.3. O caso <i>Bolsonaro</i> (entrevista ao programa CQC).....	256
6.5.4. O caso <i>Levy Fidélix</i> (debate presidencial).....	259
6.5.5. O caso <i>Bolsonaro</i> (discurso contra os Quilombolas).....	261
<b>7. A resposta constitucionalmente adequada ao problema do discurso de ódio...265</b>	
7.1. O direito como integridade.....	265
7.2. Rejeição à discricionariedade judicial.....	266
7.3. Crítica à ideia de ponderação de princípios.....	267
7.4. O objeto deste estudo: o discurso discriminatório contra grupos.....	274
7.5. A interpretação do texto constitucional.....	276
7.5.1. A ampla extensão conferida à liberdade de expressão pela Constituição Federal de 1988.....	276
7.5.1.1. O rompimento com a tradição constitucional de excluir a propaganda de preconceitos de raça ou de classe do âmbito de proteção da liberdade de expressão.....	277

7.5.2. Os princípios constitucionais invocados para justificar a restrição às manifestações discriminatórias.....	279
7.5.2.1. Os princípios da dignidade humana e da igualdade.....	280
7.5.2.2. A proibição da discriminação e do racismo.....	281
7.5.2.2.1. A discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF).....	282
7.5.2.2.2. A prática de racismo (art. 5º, XLII, da CF).....	283
7.5.3. O discurso de ódio como <i>ação</i> ou <i>expressão</i> .....	285
7.5.4. O discurso de ódio e o princípio do dano. A liberdade de expressão como direito no “sentido forte”.....	288
7.6. O art. 20 da Lei de Racismo à luz da Constituição Federal. Reflexões sobre o julgamento do caso Ellwanger.....	290
7.6.1. A indevida equiparação da manifestação de pensamento racista à prática de racismo.....	292
7.6.2. Incitação à <i>discriminação</i> e incitação à <i>ação ou prática discriminatória</i> .....	294
7.6.3. Violação da proibição de excesso.....	296
7.6.4. O uso retórico dos princípios da dignidade humana e da igualdade.....	297
7.6.5. A ofensividade do discurso de ódio.....	300
7.6.6. A insuficiência da alegação de danos abstratos.....	302
7.6.7. O suposto efeito silenciador causado pelo discurso de ódio.....	303
7.6.8. O argumento da falta de valor social intrínseco do discurso de ódio.....	304
7.6.9. Os riscos e problemas decorrentes da restrição ao discurso de ódio.....	305
7.6.10. As diferentes formas e contextos do discurso discriminatório. O subjetivismo no julgamento dos casos de discurso de ódio voltado contra grupos.....	307
7.7. A resposta constitucionalmente adequada para o discurso de ódio.....	310
<b>Conclusões.....</b>	<b>313</b>