



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

Felipe Peixoto de Brito

O discurso de ódio contra grupos vulneráveis sob o exame da tópica jurídica no direito brasileiro: ditadura, democracia e direitos humanos

JOÃO PESSOA - PB

Maio de 2024



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

Felipe Peixoto de Brito

O discurso de ódio contra grupos vulneráveis sob o exame da tópica jurídica no direito brasileiro: ditadura, democracia e direitos humanos

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba, no curso de Doutorado, na área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento, Linha 2 – Inclusão Social, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

JOÃO PESSOA - PB

Maior de 2024

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

B862d Brito, Felipe Peixoto de.

O discurso de ódio contra grupos vulneráveis sob o
exame da tópica jurídica no direito brasileiro :
ditadura, democracia e direitos humanos / Felipe
Peixoto de Brito. - João Pessoa, 2024.
321 f.

Orientação: Enoque Feitosa Sobreira Filho.
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

1. Direitos humanos. 2. Discurso de ódio. 3. Grupos
vulneráveis. 4. Dignidade humana. 5. Liberdade de
expressão. 6. Igualdade e não-discriminação. I.
Sobreira Filho, Enoque Feitosa. II. Título.

UFPB/BC

CDU 342.7(043)

Felipe Peixoto de Brito

O discurso de ódio contra grupos vulneráveis sob o exame da tópica jurídica no direito brasileiro: ditadura, democracia e direitos humanos

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, em nível de Doutorado Acadêmico, Área de Concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento, referente a Linha de Pesquisa de Inclusão Social, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos, como etapa obrigatória para obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho – Orientador PPGCJ/UFPB

Professora Doutora Lorena de Melo Freitas – Avaliadora Interna PPGCJ/UFPB

Professor Doutor Robson Antão de Medeiros – Avaliador Interno PPGCJ/UFPB

Professora Doutora Patrícia Borba Vilar Guimarães – Avaliadora Externa/UFRN

Professor Doutor Vicente Elísio de Oliveira Neto – Avaliador Externo

Professora Doutora Yara Maria Pereira Gurgel – Avaliadora Externa/UFRN

Resultado: Aprovado.

João Pessoa/PB, 24/05/2024.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ATA DE DEFESA DE DOUTORADO

Ata da Banca Examinadora do Doutorando FELIPE PEIXOTO DE BRITO candidato ao grau de Doutor em Ciências Jurídicas.

Às 10h30min do dia 24 de maio de 2024, presencialmente na Sala Multimídia do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, no Campus I da Universidade Federal da Paraíba, em João Pessoa. Reuniu-se a Comissão Examinadora formada pelos seguintes Professores Doutores: ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO (Orientador PPGCJ/UFPB), LORENA DE MELO FREITAS (Avaliadora Interna PPGCJ/UFPB), ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS (Avaliador Interno PPGCJ/UFPB), PATRÍCIA BORBA VILAR GUIMARÃES (Avaliadora Externa/UFRN), VICENTE ELISIO DE OLIVEIRA NETO (Avaliador Externo) e YARA MARIA PEREIRA GURGEL (Avaliadora Externa/UFRN), para avaliar a tese de Doutorado do aluno FELIPE PEIXOTO DE BRITO, intitulada: **“O discurso de ódio contra grupos vulneráveis sob o exame da tópica jurídica no direito brasileiro: ditadura, democracia e direitos humanos”**, candidato ao grau de Doutor em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento. Compareceram à cerimônia, além do candidato, professores, alunos e convidados. Dando início à solenidade, o professor ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO (Orientador PPGCJ/UFPB) apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra ao doutorando, que discorreu sobre o tema dentro do prazo regimental. O candidato foi a seguir arguido pelos examinadores na forma regimental. Ato contínuo, passou então a Comissão, em caráter secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o conceito APROVADO, o qual foi proclamado pela Presidência da Comissão, achando-se o candidato legalmente habilitado a receber o grau de Doutor em Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba providenciar, como de direito, o diploma de Doutor a que o mesmo faz jus. Nada mais havendo a declarar, a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, Talita de Castro Santos, Administradora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata, que assino juntamente com os demais membros da banca, para certificar a realização desta defesa, assim como também a participação dos membros acima descritos na comissão

examinadora. João Pessoa, 24 de maio de 2024.

Assinado Digitalmente – SIPAC/UFPB
Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho
(Orientador PPGCJ - UFPB)

Assinado Digitalmente – SIPAC/UFPB
Prof.^a Dr.^a Lorena de Melo Freitas
(Avaliadora Interna PPGCJ - UFPB)

Assinado Digitalmente – SIPAC/UFPB
Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros
(Avaliador Interno PPGCJ - UFPB)

Documento assinado digitalmente
 **PATRICIA BORBA VILAR GUIMARAES**
Data: 11/06/2024 10:39:50-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof.^a Dr.^a Patrícia Borba Vilar Guimarães
(Avaliadora Externa - UFRN)

**VICENTE ELISIO
DE OLIVEIRA
NETO:1581031**

Prof. Dr. Vicente Elísio de Oliveira Neto
(Avaliador Externo)

Assinado de forma digital por
VICENTE ELISIO DE OLIVEIRA
NETO:1581031
Dados: 2024.06.11 08:35:38
-03'00'

Documento assinado digitalmente
 **YARA MARIA PEREIRA GURGEL**
Data: 12/06/2024 15:54:37-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof.^a Dr.^a Yara Maria Pereira Gurgel
(Avaliadora Externa - UFRN)

Emitido em 24/05/2024

ATA Nº 01/2024 - PPGCJ (11.01.46.04)
(Nº do Documento: 1)

(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 13/06/2024 07:04)
ROBSON ANTAO DE MEDEIROS
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
3210302

(Assinado digitalmente em 13/06/2024 11:41)
ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
1669790

(Assinado digitalmente em 24/06/2024 18:51)
LORENA DE MELO FREITAS
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
1777877

(Assinado digitalmente em 12/06/2024 20:45)
TALITA DE CASTRO SANTOS
ADMINISTRADOR
1020360

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: **1**,
ano: **2024**, documento (espécie): **ATA**, data de emissão: **12/06/2024** e o código de verificação: **b337eb27ad**

*A Josidalva, minha mãe, que me incentiva,
desde sempre, a realizar os meus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Josidalva, que sempre me incentiva a conquistar os meus maiores sonhos e é o meu exemplo de responsabilidade, dedicação e amor. Ao meu pai, Ageu (*in memoriam*), por me lembrar, com nossas recordações, que a vida pode ser leve, mesmo nos momentos mais difíceis. À minha avó, Davina, que me ensina todos os anos o significado da palavra resiliência, sem perder a alegria da vida. Às minhas irmãs, Alessandra, Aline e Joana, e sobrinhos, que me acolhem como um querido irmão e tio, apesar das distâncias que a vida coloca. Às minhas tias, tios, primas e primos por demonstrarem que podemos contar uns com os outros, em todos os momentos. Aos meus amigos de infância, Diorgenes, Jefferson e Julio, que são como irmãos para mim, obrigado por nossa amizade duradoura. A Ygor Rafael, companheiro de todas as horas, amigo e parceiro de profissão na advocacia.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho, agradeço por todo acolhimento, aprendizado e lições ao longo dessa árdua e ao mesmo tempo gratificante jornada que foi cursar o Doutorado em Ciências Jurídicas. Obrigado por tudo, professor, pela magnífica orientação, pelas excelentes referências, valiosas aulas, reuniões do grupo de pesquisa, oportunidades de estágio-docência, incentivos para produção acadêmica, congressos e por todo apoio que o senhor me proporcionou durante o curso.

Aos Professores Dra. Lorena de Melo Freitas e Dr. Robson Antão de Medeiros, que junto com meu orientador, Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho, no âmbito do grupo de pesquisa e das disciplinas do Doutorado, trouxeram ensinamentos pertinentes e valiosos para o curso e, além, para a própria vida, de forma holística. Agradeço também aos colegas do grupo de pesquisa por toda convivência e aprendizados mútuos e contínuos. Agradeço aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB) por todas as lições e ensinamentos. Obrigado também aos técnicos-administrativos do PPGCJ/UFPB pelo apoio nos procedimentos administrativos da pós-graduação.

Agradeço à Profa. Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, por - há pouco mais de 10 anos - ter proporcionado a minha primeira oportunidade de monitoria na disciplina de Sociologia Jurídica, quando eu estava no 2º ano do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); poucos anos depois, pela bolsa de pesquisa; e, finalmente, quando eu já estava nos últimos períodos do curso, agradeço pela maravilhosa

orientação do meu Trabalho de Conclusão de Curso da graduação. Foi o início da minha jornada no ensino e na pesquisa, obrigado Professora.

Agradeço à Profa. Dra. Yara Maria Pereira Gurgel, minha orientadora do Mestrado em Direito na UFRN, por ter me acolhido e passado ensinamentos durante o mestrado, com uma excelente orientação, além de ter me incentivado bastante a produzir artigos e participar de eventos acadêmicos; tudo regado a muitas lições pertinentes e apontamentos que me faziam refletir e aprimorar a pesquisa - antes e durante a sua realização.

Agradeço ao Prof. Dr. Vicente Elísio de Oliveira Neto, pesquisador e membro do Grupo de Pesquisa Realismo e Marxismo, pelas significativas contribuições para o aprimoramento desta tese e por ser um exemplo de excelência em pesquisa científica no Grupo de Pesquisa no PPGCJ/UFPB.

Agradeço aos membros da banca de qualificação – Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho, meu orientador; Professores Dra. Lorena de Melo Freitas e Dr. Robson Antão de Medeiros, membros internos; Professores Dra. Yara Maria Pereira Gurgel, Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães e Dr. Vicente Elísio de Oliveira Neto, membros externos – pelas precisas e pertinentes contribuições para o aperfeiçoamento deste trabalho.

Agradeço ao Grupo de Pesquisa Realismo e Marxismo pelo frutífero ambiente de oportunidades e crescimento acadêmico-profissional no PPGCJ/UFPB. Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas/UFPB por proporcionar o melhor possível para o desenvolvimento das atividades do curso. E agradeço à Universidade Federal da Paraíba por ser uma instituição pública, gratuita e de qualidade, que promove mudanças para melhor em tantas vidas.

Obrigado a Matheus Lisboa, Laísia, Ingrid, Edilson, João Mateus, Dayhenni, Diego, entre tantos outros, que mesmo estando mais próximos ou mais distantes, são amigos que significam alegria, boas lembranças e sorrisos carinhosos. Obrigado a Amanda, Anaïs, Paulo, Nicolau e Daniel, entre muitos outros, queridos amigos de estudo que a jornada jurídica proporcionou. Obrigado aos queridos amigos e colegas de trabalho da UFRN. Agradeço a Luiz Augusto, por me ouvir e aconselhar.

Por fim, reforço o agradecimento a todos os meus familiares e amigos pelo apoio de sempre, em tantos momentos diversos na minha vida. E agradeço a Deus, por tudo.

“A vontade é um desejo racional do bem, pois ninguém quer algo senão quando crê que é bom; mas a ira e a concupiscência são desejos irracionais.”¹

Aristóteles.

¹ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 131.

RESUMO

O objeto de pesquisa consiste na análise do fenômeno do discurso de ódio contra grupos vulneráveis no direito brasileiro, sob uma perspectiva jurídico-social, ao considerar o período ditatorial – de 1964 a 1985 – até a atualidade. Há destaque para direitos em colisão na problemática, a liberdade de expressão e o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação, a partir do pressuposto interpretativo da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao considerar-se a transição recente do Brasil de uma ditadura militar para um regime democrático, o problema expressa-se na questão: Que modelo jurídico – e sua hermenêutica – seria eficaz para conciliar os direitos em tensão nos casos de discurso de ódio no País? A hipótese levantada para responder a esse problema é de que o discurso de ódio além de não estar de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos, produz impactos negativos para a sociedade e o Estado, inclusive nos âmbitos político e social; e demanda uma hermenêutica jurídica inovadora para compreender a proteção dos direitos humanos em tensão no problema. O objetivo geral é analisar, numa abordagem realista, o arcabouço jurídico-social paradoxal herdado de período ditatorial recente no Brasil e suas implicações para a regular concretização da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, tendo ênfase na questão do discurso de ódio contra grupos vulneráveis ao investigar os direitos em colisão. Os objetivos específicos são: Abordar os direitos humanos e a teoria constitucional do estabelecimento dos princípios, garantias e direitos fundamentais, e suas implicações; Examinar a evolução histórico-jurídica entre o período ditatorial e a democracia no Brasil, ao se relacionar com o desenvolvimento dos direitos humanos no País; Verificar a aplicabilidade da liberdade de expressão e do direito à igualdade e não discriminação em tensão jurídica nos casos de discurso de ódio contra grupos vulneráveis, ao se averiguar a possibilidade de uma hermenêutica jurídica efetiva à proteção dos direitos fundamentais; Por fim, analisar o impacto político-social do discurso de ódio no Brasil, e buscar meios de minimizar as violações de direitos e danos sociais. O método aplicado é o hipotético-dedutivo e utiliza referencial teórico a partir da teoria dos direitos e princípios fundamentais, ao examinar sob a perspectiva da tópica de Theodor Viehweg, obra “Tópica e jurisprudência”, acerca da possibilidade de aplicação da tópica jurídica ao objeto de pesquisa. Quanto aos aspectos jurisprudenciais, a pesquisa parte da análise do caso Ellwanger – *Habeas Corpus* nº 82424/RS –, que é paradigmático no direito brasileiro no que se refere ao discurso de ódio. Em seguida, casos mais recentes, também da Corte Constitucional brasileira, são examinados. Os grupos vulneráveis enfatizados, sob a perspectiva da tópica jurídica, são: os afrodescendentes, com o exame tópico do Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal acerca do Inquérito nº 4.694/DF; e a comunidade LGBTI+, com o exame tópico da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF.

Palavras-chave: Direitos humanos. Discurso de ódio. Grupos vulneráveis. Dignidade humana. Liberdade de expressão. Igualdade e não-discriminação.

ABSTRACT

The research object consists of analyzing hate speech against vulnerable groups in Brazilian law, from a legal-social perspective, when considering the dictatorial period – from 1964 to 1985 – to the present. There is emphasis on colliding rights in the issue, freedom of expression and the right to equality in its non-discrimination aspect, based on the interpretative assumption of the applicability of the principle of human dignity. When considering Brazil's recent transition from a military dictatorship to a democratic regime, the problem is expressed in the question: What legal model – and its hermeneutics – would be effective to reconcile the rights in tension in cases of hate speech in the Country? The hypothesis raised to respond to this problem is that hate speech, in addition to not being in accordance with the Brazilian legal system and international human rights law, produces negative impacts on society and the State, including in the political and social spheres; and demands an innovative legal hermeneutics to understand the protection of human rights in tension in the problem. The general objective of the thesis is to analyze, in a realistic approach, the paradoxical legal-social framework inherited from the recent dictatorial period in Brazil and its implications for the regular implementation of freedom of expression in the Democratic State of Law, focusing on the issue of hate speech against vulnerable groups when investigating colliding rights. The specific objectives are: Address human rights and the constitutional theory of establishing principles, guarantees and fundamental rights; Examine the historical-legal evolution between the dictatorial period and democracy in Brazil, as it relates to the development of human rights in the country; Verify the applicability of freedom of expression and the right to equality and non-discrimination in legal tension in cases of hate speech against vulnerable groups, by investigating the possibility of an effective legal hermeneutic for the protection of fundamental rights; Finally, analyze the political-social impact of hate speech in Brazil, and seek ways to minimize rights violations and social harm. The method used is hypothetical-deductive, with a theoretical reference based on the theory of fundamental rights and principles, with an examination from the perspective of the topics of Theodor Viehweg, "Topics and law", when analyzing the possibility of applying the legal topics to the research object. Regarding jurisprudential aspects, the research starts from the analysis of the Ellwanger case – *Habeas Corpus* nº 82424/RS –, which is paradigmatic in Brazilian law. Next, more recent cases, also from the Brazilian Constitutional Court, are examined. The vulnerable groups emphasized, from a legal topics perspective, are: people of African descent, with the topical examination of the Judgment of the Federal Supreme Court regarding Inquiry No. 4.694/Federal District; and the LGBT community, with the topical examination of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission nº 26/Federal District.

Keywords: Human rights. Hate speech. Vulnerable groups. Human dignity. Freedom of expression. Equality and non-discrimination.

RÉSUMÉ

L'objet de la recherche analyse le phénomène des discours de haine contre les groupes vulnérables dans le droit brésilien, d'un point de vue juridique et social, en considérant la période dictatoriale – entre 1964 et 1985 – jusqu'à nos jours. L'accent est mis sur les droits en conflit dans la question, la liberté d'expression et le droit à l'égalité dans son aspect de non-discrimination, basé sur l'hypothèse interprétative de l'applicabilité du principe de la dignité humaine. Lorsque l'on considère la récente transition du Brésil d'une dictature militaire à un régime démocratique, le problème s'exprime dans la question: quel modèle juridique – et son herméneutique – serait efficace pour concilier les droits en tension dans les cas de discours de haine dans le Pays? L'hypothèse avancée pour répondre à ce problème est que le discours de haine, en plus d'être non conforme au système juridique brésilien et au droit international des droits de l'homme, produit des impacts négatifs sur la société et l'État, y compris dans les domaines politique et social; et exige une herméneutique juridique innovante pour comprendre la protection des droits de l'homme en tension dans le problème. L'objectif général de la thèse est d'analyser, dans une approche réaliste, le cadre juridique et social paradoxal hérité de la récente période dictatoriale au Brésil et ses implications pour l'application régulière de la liberté d'expression dans l'État de Droit Démocratique, en mettant l'accent sur la question des discours de haine contre les groupes vulnérables lors d'enquêtes sur des droits en conflit. Les objectifs spécifiques sont les suivants: Aborder les droits de l'homme et la théorie constitutionnelle établissant des principes, des garanties et des droits fondamentaux; Examiner l'évolution historique et juridique entre la période dictatoriale et la démocratie au Brésil, en ce qui concerne le développement des droits de l'homme dans le Pays; Vérifier l'applicabilité de la liberté d'expression et du droit à l'égalité et à la non-discrimination dans les tensions juridiques dans les cas de discours de haine contre des groupes vulnérables, en étudiant la possibilité d'une herméneutique juridique efficace pour la protection des droits fondamentaux; Enfin, analyser l'impact politique et social du discours de haine au Brésil et rechercher des moyens de minimiser les violations des droits et les dommages sociaux. La méthode appliquée est hypothétique-déductif et utilise une référence théorique basé sur la théorie des droits et des principes fondamentaux avec un examen basé sur la topique de Theodor Viehweg, livre "Topique et jurisprudence", lors de l'analyse de la possibilité d'appliquer la topique à l'objet de recherche. Concernant les aspects jurisprudentiels, la recherche part de l'analyse de l'affaire Ellwanger – *Habeas Corpus* n° 82424/RS –, paradigmatique du droit brésilien en matière de discours de haine. Ensuite, des affaires plus récentes, émanant également de la Cour constitutionnelle brésilienne, sont examinées. Les groupes vulnérables soulignés, du point de vue de la topique juridique, sont: les personnes d'ascendance africaine, avec l'examen de la décision de la Cour constitutionnelle brésilienne concernant l'enquête n° 4.694/District Fédéral; et la communauté LGBT, avec l'examen de la décision de la Cour constitutionnelle brésilienne de l'Action Directe d'Inconstitutionnalité par Omission n° 26/District Fédéral.

Mots-clés: Droits humains. Discours de haine. Groupes vulnérables. La dignité humaine. Liberté d'expression. Égalité et non-discrimination.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

GRÁFICOS

Gráfico nº 1 - Elementos componentes do conceito de discurso de ódio.....	152

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	19
2 OS DIREITOS HUMANOS E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS: ANÁLISE COM SUBSTRATO NA TEORIA GERAL DO DIREITO.....	36
2.1 A teoria do direito e os direitos humanos.....	38
2.1.1 Histórico do surgimento das declarações de direitos.....	40
2.1.2 A mudança de paradigma com o fim da Segunda Guerra Mundial.....	44
2.1.3 A inserção do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro.....	49
2.2 A consolidação jurídica da dignidade humana.....	60
2.2.1 Dignidade humana e direitos humanos.....	62
2.2.2 O problema das colisões entre direitos fundamentais.....	69
2.2.3 A tópica de Theodor Viehweg e o problema das colisões.....	77
2.3 O poder constituinte e o estabelecimento de uma ordem jurídico- constitucional.....	81
2.3.1 A relação entre sociedade e Estado: implicações para o ordenamento jurídico.....	82
2.3.2 Natureza, elementos característicos, titularidade e classificações do poder constituinte..	88
2.3.3 Consequências decorrentes da relação entre a ordem jurídica anterior e a nova ordem jurídica.....	91
3 ENTRE A DITADURA E A DEMOCRACIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	96
3.1 A Constituição outorgada de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1.....	97
3.1.1 Histórico da época.....	98
3.1.2 Implicações jurídicas.....	101
3.2 A nova ordem jurídico-constitucional representada pela promulgação da Constituição Federal de 1988.....	109
3.2.1 Evolução histórica-social após a ditadura.....	111
3.2.2 Repercussões do novo ordenamento jurídico.....	115
3.3 Influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos: interações com o direito brasileiro.....	119
3.3.1 Período ditatorial (1964-1985).....	121
3.3.2 Período democrático.....	125

3.3.3 Resquícios jurídicos e sociais do período ditatorial no Estado Democrático de Direito brasileiro.....	131
4 IMPLICAÇÕES PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DISCURSO DE ÓDIO EM FACE DE GRUPOS VULNERÁVEIS.....	136
4.1 O fenômeno do discurso de ódio: uma abordagem jurídico-social.....	137
4.1.1 Conceito e extensão.....	138
4.1.2 A condição jurídica dos grupos vulneráveis.....	161
4.1.3 O fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis.....	167
4.1.4 Tecnologia, direito digital e tensões sobre o sistema democrático.....	170
4.2 A tensão jurídica que envolve a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação.....	179
4.2.1 A liberdade de expressão.....	180
4.2.2 Direito à igualdade em sua vertente da não discriminação.....	187
4.2.3 O embate jurídico entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação: o caso do <i>Habeas Corpus</i> nº 82424/RS.....	191
4.2.4 O direito à vida, o direito à integridade física e moral, e o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem: possibilidades de impactos a partir de discursos de ódio.....	197
4.3 A hermenêutica e a argumentação jurídicas nas colisões de direitos e princípios fundamentais.....	205
4.3.1 A jurisprudência da Corte Constitucional brasileira.....	211
4.3.2 Aplicabilidade da tópica de Theodor Viehweg aos casos de discurso de ódio.....	216
4.3.3 Perspectiva de uma hermenêutica jurídica inovadora.....	220
5 O IMPACTO POLÍTICO-SOCIAL DO DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL.....	226
5.1 Direito, desenvolvimento e pacificação social.....	227
5.1.1 O direito e sua relação com o desenvolvimento.....	227
5.1.2 A pacificação social promovida pelo Direito.....	235
5.2 Aspectos jurídico-sociais do fenômeno do discurso de ódio sob uma análise tópica.....	238
5.2.1 O discurso de ódio em face de afrodescendentes e o exame tópico do Acórdão da 1ª Turma do STF acerca do Inquérito nº 4.694/DF.....	239
5.2.2 O caso da comunidade LGBTI+ e o exame tópico da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF.....	263

5.2.3 A relação do discurso de ódio com os âmbitos político e social: aplicabilidade de uma hermenêutica jurídica inovadora.....	277
6 CONCLUSÃO.....	288
7 REFERÊNCIAS.....	305

1 INTRODUÇÃO

O objeto da pesquisa aborda o fenômeno do discurso de ódio contra grupos vulneráveis² na República Federativa do Brasil, sob uma perspectiva jurídico-social, desde o período ditatorial, de 1964 a 1985, até a atualidade. São destacados os direitos em colisão na problemática, com foco no direito à liberdade de expressão e no direito à igualdade em sua vertente da não discriminação, tendo por pressuposto interpretativo a aplicabilidade da dignidade da pessoa humana. O objeto enquadra-se na área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento, especificamente na linha de pesquisa de Inclusão social, proteção e defesa dos direitos humanos. A problemática que envolve a liberdade de expressão, o direito à igualdade e não discriminação e o discurso de ódio possui pertinência tanto para a questão social quanto para os direitos humanos e sua proteção.

Considerando a transição recente do Brasil de uma ditadura militar para um regime democrático, o problema expressa-se na seguinte questão: Que modelo jurídico – e sua hermenêutica – seria eficaz para conciliar os direitos em tensão nos casos de discurso de ódio no País? Nesse sentido, a hipótese levantada é de que o discurso de ódio além de não estar de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos, produz impactos negativos para a sociedade e o Estado, inclusive nos âmbitos político e social. A exclusão de pessoas da sociedade e, em certa medida, do sistema econômico, representa perda da contribuição de diversos indivíduos com potencial de desenvolvimento. Toda perda humana é um desperdício que precisa ser evitado. As diferenças existentes entre as pessoas não têm de ser analisadas como obstáculos, mas como pontos de força social, uma vez que as diferentes perspectivas e habilidades cooperam para o desenvolvimento como um todo.

Além disso, há a questão da proteção dos direitos humanos em si, tendo em vista que em determinados países, inclusive no Brasil, o discurso de ódio, quando configurado, tem de ser considerado fora dos limites protetivos da liberdade de expressão. Ou seja, o discurso de ódio, a princípio, precisa ser sistematicamente evitado pelo Estado Democrático de Direito e pela sociedade, tanto para a proteção da dignidade humana e do direito à igualdade em sua vertente da não discriminação, quanto para o fomento do desenvolvimento econômico-social. A proposta de pesquisa parte dessa premissa.

² Podem ser exemplificados como grupos vulneráveis, no atual contexto da realidade jurídico-social brasileira: os afrodescendentes; as pessoas com deficiência; as pessoas da comunidade LGBTI+; as pessoas idosas; as crianças e adolescentes; as mulheres; os povos indígenas; e os estrangeiros, migrantes e refugiados. Vulneráveis na medida em que pessoas que fazem parte desses grupos podem vivenciar, na realidade social, dificuldades adicionais no reconhecimento de direitos, ou mesmo na concretização de direitos já reconhecidos.

A primeira parte da hipótese – no sentido de que o discurso de ódio não está de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro – é desenvolvida nos capítulos 2, 3 e 4. E a segunda parte da hipótese – de que o fenômeno do discurso de ódio produz impactos negativos para a sociedade e o Estado, inclusive nos âmbitos político e social, é desenvolvida nos capítulos 4 e 5, visto que elementos normativos e jurisprudenciais analisados no capítulo 4 fazem o encadeamento para a estruturação do capítulo seguinte. A hipótese, com foco no contexto das ciências jurídicas, coloca o impacto do discurso de ódio em âmbitos que vão além do próprio direito em si – abarca aspectos políticos e sociais – tendo em vista a justificativa de que: 1) o direito se relaciona com esses distintos planos, ainda que indiretamente, a depender da situação em análise; e 2) o fenômeno do discurso de ódio, ao ser objeto de regulação jurídica, termina por ter uma ligação mais impactante com essas áreas – pela sua ocorrência ou não na sociedade e, o que é central, como o direito responde a isso.

A análise do plano jurídico ditatorial no Brasil, pouco antes da democratização efetivada na década de 1980, é pertinente para o tema do fenômeno do discurso de ódio na medida em que durante o período ditatorial a liberdade de expressão sofreu uma intensa restrição, ao mesmo tempo em que há um Estado autoritário com fortes tendências a limitar os direitos fundamentais. Já no Estado Democrático de Direito, consolidado com a Constituição Federal de 1988, há uma significativa demanda social pela volta do pleno exercício das liberdades e direitos por todos os cidadãos. Isso gera uma situação bastante peculiar, pois que há a demanda de garantir plenamente os princípios, as garantias e os direitos fundamentais e, de outro lado, é preciso fundamentar uma limitação da liberdade de expressão em casos de discurso de ódio numa sociedade que se deparou, por mais de duas décadas, com uma significativa restrição de direitos e liberdades, com destaque para a violação da liberdade de expressão entre 1964 e 1985. Será apresentada, assim, a perspectiva de uma hermenêutica inovadora a partir da tópica jurídica.

O tema da configuração social e jurídica da liberdade de expressão e sua relação com o discurso de ódio em face de grupos vulneráveis apresenta uma miríade de discussões acadêmicas com as mais diversas vertentes tanto no Brasil quanto a nível internacional. Daí, há a demanda de se buscar cada vez mais aprofundar e difundir pesquisas na área, além de se considerar esse paralelo da normatização jurídica no período ditatorial e na democracia, que possui especial relevância no contexto da América Latina. Distintos países da América Latina passaram por esse processo de eclosão de ditaduras e posterior redemocratização estatal na segunda metade do século XX, como a Argentina e o Chile, para além do Brasil. Desse modo,

será explorado o entendimento da evolução histórico-jurídica apresentada entre o período ditatorial e o Estado Democrático de Direito brasileiro.

A questão torna-se complexa e delicada quando se vislumbra que mesmo no âmbito da democracia é possível que surjam - se não houver o devido controle social, atenção da sociedade e das instituições democráticas - práticas alinhadas com governos ditatoriais, o que acaba por gerar contradições no sistema jurídico. A temática em análise exige um exame holístico que perpassasse não apenas declarações, tratados internacionais e Constituição nacional, mas também as legislações infraconstitucionais que abordam, com foco nos âmbitos cível e penal, situações relativas a violações de direitos humanos referentes ao problema de pesquisa apresentado e seus desdobramentos. Pode-se afirmar que a questão não se resolve apenas com o texto das normas, até mesmo porque a letra da lei, sem a devida efetividade, não promove mudanças e transformação social.

É preciso, assim, o desenvolvimento de argumentos, hermenêutica jurídica e soluções que promovam o regular exercício da liberdade de expressão em harmonia com o direito à igualdade e não discriminação, de modo a minimizar a violação dos direitos humanos e maximizar a eficácia desses direitos, tendo por base a consolidação da dignidade humana no Estado brasileiro.

Destaca-se a promoção dos direitos civis, políticos, econômico-sociais e culturais dos grupos vulneráveis, e o fomento de uma sociedade pluralista, com direito ao desenvolvimento, como assevera a Carta Maior de 1988, desde o seu preâmbulo até seus artigos mais extensos e garantistas. O desafio é significativo e constante, e por isso mesmo demonstra sua relevância científica, social e jurídica. O tema envolve colisões de princípios e direitos, fazendo-se como necessário a realização de ponderações - as quais podem ser norteadas pela estrutura do sistema jurídico analisado e suas bases e princípios fundamentais, sem deixar de observar as normas internacionais; pois nenhum Estado soberano está ileso a falhar, ou mesmo violar direitos humanos.

A natureza jurídica dos direitos humanos adotados pelo direito brasileiro lhes reconhece um *status* de direitos fundamentais, conforme os dispositivos normativos da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna brasileira estipula em seu art. 5º, §1º, que é de aplicação imediata as normas que definem os direitos e as garantias fundamentais³, e o §2º desse mesmo artigo determina que os direitos e as garantias assegurados pela CF/88 “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

a República Federativa do Brasil seja parte”⁴; logo, a Constituição explicita um rol exemplificativo de direitos que, por sua vez, compreende os tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo Brasil.⁵ Acerca da inserção dos direitos humanos, inclusive com a jurisprudência aplicável da Corte Constitucional brasileira, há tópico específico no próximo capítulo, o tópico “2.1.3 A inserção do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro”.

O fenômeno do discurso de ódio é um fato social que vem sendo estudado especialmente desde o século XX, e no século XXI. Todavia, o primeiro elemento que desencadeia esse tipo de discurso é o ódio, o preconceito contra o outro, o não respeito ou não reconhecimento daquele ou daqueles que são diferentes; não raro o desrespeito às diferenças é estimulado até mesmo por entidades estatais ou religiosas no decorrer da história, com fundamentos políticos, religiosos e culturais de outras épocas. Hodiernamente, o discurso de ódio é pesquisado como um fenômeno que merece a atenção da área jurídica; mas o não respeito, o ódio ao outro ou o não reconhecimento do outro, que é diferente, é um fato que existe desde a antiguidade.

No desenvolvimento desta tese, ao se aprofundar juridicamente o conceito e extensão do fenômeno do discurso de ódio, será realizada uma abordagem da literatura internacional, da literatura nacional e da estrutura normativa no ordenamento jurídico brasileiro acerca do objeto de pesquisa, com a construção de um conceito jurídico desse fenômeno, partindo-se dos seus elementos integrantes. Será ilustrada essa composição com a utilização de um gráfico conceitual e a fundamentação será feita utilizando-se por arcabouço as normas jurídicas, sendo destacadas, especialmente, as normas constitucionais e as normas do direito internacional dos direitos humanos.

Considerando-se a centralidade do fenômeno do discurso de ódio para a pesquisa, pode-se antecipar que a determinação da ocorrência desse tipo de discurso no mundo dos fatos, e com consequentes implicações jurídicas, depende da identificação de elementos integrantes que, nesta tese, conceituam o fenômeno: 1) a exterioridade do discurso, que se materializa externamente e atinge o meio social; 2) o contexto no qual o emissor está discursando, para além da análise de palavras ou expressões isoladas; 3) a sua intenção, que pode ser de difícil determinação, mas que pode ser suprida pelos demais elementos identificadores do discurso de ódio; 4) se o discurso viola a dignidade humana, estando em desacordo com as normas do direito internacional dos direitos humanos e do direito constitucional brasileiro; e 5) se é um

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵ **Ibid.**

discurso negativamente discriminatório, isto é, que busca humilhar e inferiorizar a outra pessoa ou grupo vulnerável.

Importa também antecipar que a discriminação pode ser negativa – como aquela que se consubstancia, por exemplo, em discurso de ódio contra grupos vulneráveis, e com prejuízos a esses grupos; e, de outro lado, positiva – que, de modo diametralmente oposto, busca efetivar os direitos de grupos em situação de vulnerabilidade e que encontram obstáculos adicionais para a concretização dos seus direitos humanos. Como exemplo de discriminação positiva pode-se indicar as políticas de ação afirmativa para ingresso em instituições de ensino brasileiras, que buscam equilibrar as relações sociais e diminuir a desigualdade.

Conforme será aprofundado no desenvolvimento, a tese se diferencia ao se fundamentar cientificamente, e com fundamentos nas normas jurídicas e casos jurisprudenciais examinados, um conceito atual do fenômeno do discurso de ódio pertinente ao direito brasileiro – levando em consideração a transição recente do Brasil da ditadura para a democracia –, e em harmonia com o direito internacional dos direitos humanos, tendo por marco teórico a aplicabilidade da tópica de Theodor Viehweg, na obra “Tópica e jurisprudência”⁶.

Também cumpre antecipar que houve recentes inovações legislativas quanto ao objeto de pesquisa, implementadas pela Lei nº 14.532, de janeiro de 2023⁷, que alterou e incluiu dispositivos normativos na Lei nº 7.716/1989⁸ e no Código Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848/1940⁹. A Lei nº 14.532/2023, no que se refere à Lei nº 7.716/1989, trouxe as seguintes atualizações: previu a tipificação da injúria racial como crime de racismo (art. 2º-A e respectivo parágrafo único, da Lei nº 7.716/1989); estabeleceu penalidades para o racismo que ocorra no âmbito de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais (§2º-A do artigo 20, da Lei nº 7.716/1989); a previsão normativa da utilização de meios de comunicação diversos, da mídia, caso de publicações em redes sociais e através da rede mundial de computadores, a internet (alteração do §2º do artigo 20, na Lei nº 7.716/1989); previu o caso de racismo em âmbito recreativo (inclusão do art. 20-A, na Lei nº 7.716/1989); destacou o racismo praticado por funcionário público (inclusão do art. 20-B, na Lei nº 7.716/1989); determinou orientação hermenêutica de que o magistrado, ao interpretar a Lei nº 7.716/1989, considere como de teor

⁶ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr.

⁷ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁸ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

discriminatório qualquer ato ou tratamento que seja direcionado à pessoa ou a grupos de caráter minoritário¹⁰ “que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência”¹¹ (inclusão do art. 20-C, na Lei nº 7.716/1989); e a previsão de que a vítima dos delitos de racismo tem de estar, em todos os atos do processo, de âmbito cível ou criminal, assistida por advogado ou defensor público (inclusão do art. 20-D, Lei nº 7.716/1989).¹²

Quanto ao Código Penal brasileiro, o Decreto-Lei nº 2.848/1940, adianta-se que a Lei nº 14.532/2023 realizou uma alteração no §3º do art. 140¹³ desse Código.¹⁴ A inovação no âmbito do Código Penal harmoniza-se com a atualização normativa como um todo efetivada pela Lei nº 14.532/2023, na medida em que a mudança legislativa categorizou as situações de injúria por utilização de elementos de raça, de cor, de etnia ou procedência nacional no contexto da Lei nº 7.716/1989, conforme o artigo 2º-A desta legislação¹⁵, e não no âmbito do Código Penal.¹⁶

As inovações trazidas pela Lei nº 14.532/2023 evidenciam uma preocupação do Estado brasileiro, a partir dos anseios da sociedade, de normatizar casos mais específicos que envolvam o fenômeno do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, com um impacto significativo nas ciências jurídicas no País, na medida em que ficam especificadas situações que antes não eram explicitamente previstas pelas normas jurídicas. O impacto dessa legislação no direito nacional é forte no sentido de que reconhece de forma direta, e para diversas situações, a ilicitude do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, corroborando a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, e orientando uma modificação de entendimento para casos que não seguiram essa orientação, preservada a coisa julgada.¹⁷

Reflete-se que o discurso de ódio, por se basear no não respeito, no ódio ao outro, acaba envolvendo possibilidades de violações de direitos humanos que podem ir além do direito à não

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

¹¹ **Ibid.**

¹² **Ibid.**

¹³ O §3º do art. 140 do Código Penal brasileiro ficou com uma nova redação, *in verbis*: “§3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

¹⁷ **Ibid.**

discriminação. Isso porque o ódio, como emoção humana intensa, pode envolver vários atos que têm a capacidade de ultrapassar o discurso de ódio e direta, ou indiretamente, fomentar atos concretos que violem, por exemplo, o direito à vida, o direito à integridade física e moral, e o direito à intimidade e vida privada. Além do fato de que - uma vez configurado o discurso de ódio - a própria liberdade de expressão não foi regularmente exercida pelo indivíduo que emanou o discurso discriminatório. Daí a importância dessa nova legislação mais protetiva dos direitos das vítimas de discursos de ódio.

Além de que essa atualização legislativa fica mais adequada aos já adotados tratados e declarações internacionais concernentes aos direitos humanos. No sistema global de proteção dos direitos humanos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁸, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966¹⁹, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também de 1966²⁰, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes²¹, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial²², a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²³, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher²⁴ e a Convenção sobre os Direitos da Criança²⁵. E no âmbito do sistema regional de proteção dos direitos humanos, o sistema interamericano, com a Declaração

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁰ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²¹ BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

²² BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html>. Acesso em: 03 jul. 2023.

²³ BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

²⁴ BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

²⁵ BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948²⁶ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969²⁷, que institucionaliza o sistema regional.

A proposta de pesquisa tem como objetivo geral analisar, numa abordagem realista, o arcabouço jurídico-social paradoxal herdado de período ditatorial recente no Brasil e suas implicações para a regular concretização da liberdade de expressão e do direito à igualdade e não discriminação no Estado Democrático de Direito, tendo como aspecto principal a questão do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, considerando-se os direitos em colisão. E tem como objetivos específicos: Abordar os direitos humanos e a teoria constitucional do estabelecimento dos princípios, garantias e direitos fundamentais; Examinar a evolução histórico-jurídica que ocorreu entre o período ditatorial (1964-1985) e a democracia no Brasil, relacionando-se com o desenvolvimento dos direitos humanos no País; Verificar a aplicabilidade da liberdade de expressão e do direito à igualdade e não discriminação em tensão jurídica nos casos de discurso de ódio contra grupos vulneráveis, averiguando-se a possibilidade de uma hermenêutica jurídica efetiva à proteção dos direitos fundamentais; E, por fim, analisar o impacto do discurso de ódio para o desenvolvimento político-social e sua repercussão para a sociedade e o Estado, buscando-se meios de minimizar as violações de direitos e danos sociais.

Quanto à abordagem da colisão entre distintos direitos configurados como princípios, será utilizada inicialmente a concepção de Robert Alexy, inclusive no exame do caso *Ellwanger*, isto é, o *Habeas Corpus* nº 82424/RS²⁸, julgado pela Corte Constitucional brasileira. Esse caso se tornou paradigmático para a análise do fenômeno do discurso de ódio no País. A própria Corte chegou a utilizar, entre os mecanismos de resolução jurídica do caso, a teoria de Robert Alexy.

E é aplicada nesta tese a perspectiva de Theodor Viehweg, obra “Tópica e jurisprudência”, analisando-se acerca da possibilidade de aplicação da tópica ao objeto de pesquisa. Logo, casos mais recentes, também da Corte Constitucional brasileira, são examinados. Os grupos vulneráveis enfatizados, sob a perspectiva da tópica jurídica, são: os afrodescendentes, com o exame tópico do Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal

²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

²⁷ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**: EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022.

acerca do Inquérito nº 4.694/DF²⁹; e a comunidade LGBTI+, com o exame tópico da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF³⁰.

A análise tópica com foco em dois grupos vulneráveis em específico, os afrodescendentes e as pessoas da comunidade LGBTI+, justifica-se a partir do recorte metodológico aplicado nesta pesquisa. Visto que a análise jurisprudencial tem por recorte o exame das decisões provenientes da Corte Constitucional brasileira quanto ao fenômeno do discurso de ódio contra grupos vulneráveis; e, na atualidade, ao se pesquisar os julgados do Supremo Tribunal Federal acerca de discursos desse tipo, esses dois grupos são focalizados no âmbito da jurisdição constitucional.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com referencial teórico a partir da teoria dos direitos e princípios fundamentais, com um exame sob a perspectiva da tópica de Theodor Viehweg, obra “Tópica e jurisprudência”. Em relação à natureza da pesquisa e aos procedimentos técnicos, a pesquisa é fundamentalmente bibliográfica, descritiva e documental. Para concretizar a pesquisa são utilizados obras doutrinárias, artigos científicos, dissertações, teses, textos de sites especializados, além da análise da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dos tratados internacionais concernentes ao objeto de pesquisa e da legislação em geral interna, vigentes e revogadas - em especial do período da ditadura militar do Brasil. Também haverá o uso de dados e estatísticas disponíveis de órgãos oficiais, organizações e entidades.

No que concerne à metodologia, há uma ênfase nos órgãos judiciais, com exame de casos concretos, especialmente do Supremo Tribunal Federal. As colisões entre direitos averiguadas são aquelas que envolvem o fenômeno do discurso de ódio, com destaque para o direito à liberdade de expressão e o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação. Esses são os direitos diretamente envolvidos, que entram em tensão jurídica em casos limítrofes de exame acerca do caráter odioso ou não de um determinado discurso referente à grupos vulneráveis. Adicionalmente, delineamentos acerca do direito à vida, do direito à integridade física e moral, e do direito à intimidade e vida privada são apresentados, considerando-se que

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

o discurso negativamente discriminatório, quando configurado, pode fomentar outros atos ilícitos com o potencial de violar esses direitos, que entram indiretamente na análise realizada.

Nesse caminho metodológico, ao se utilizar a tópica de Theodor Viehweg, com fundamentos em Aristóteles, demanda-se uma pesquisa prévia acerca do objeto de pesquisa, que foi realizada no levantamento da literatura pertinente e aplicada nos capítulos, para que se pudesse examinar as colisões entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação quanto ao discurso de ódio contra grupos vulneráveis, no contexto da realidade jurídico-social brasileira. Considera-se a transição do regime ditatorial para a democracia, com ênfase na Constituição de 1988 e no direito internacional dos direitos humanos. Também se leva em consideração a possibilidade de não haver colisão entre direitos em situações em que o discurso de ódio seja evidente; todavia, tendo em vista que, mesmo nesses casos, é preciso uma análise interpretativa, na medida em que para se constatar que o discurso negativamente discriminatório está explicitamente configurado, num caso concreto, um parâmetro hermenêutico precisará ser aplicado para haver essa constatação.

Na parte da evolução histórico-jurídica da transição democrática, realiza-se uma contextualização histórica do período da ditadura, de 1964 a 1985, e uma posterior investigação jurídica das implicações da ditadura a partir dos documentos normativos do período: a Constituição outorgada de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1 de 1969; além dos principais atos institucionais que orbitaram esse regime autoritário. Na chegada ao período democrático, com a nova ordem jurídico-constitucional proporcionada pela Carta Magna de 1988, há a apresentação do histórico dessa transição, como também as repercussões do novo ordenamento a partir da influência do direito internacional dos direitos humanos, e como os resquícios jurídico-sociais da ditadura alcançam o período da democracia.

Quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, numa investigação qualitativa, a ênfase é sobre os casos que envolvem colisões entre direitos e princípios, especialmente os que compreendem a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação, e apresentam a categoria jurídica “discurso de ódio”. Numa abordagem preliminar, para se compreender como a Corte vem decidindo, são analisados: o *Habeas Corpus* nº 82424/Rio Grande do Sul³¹, julgado em 2003 - caso paradigmático no Brasil; o Recurso Extraordinário nº

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022.

898450/São Paulo³², julgado em 2016; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal³³, julgada em 2019; e a Reclamação nº 38.782/Rio de Janeiro³⁴, julgada em 2020.

Feito isso, no quinto capítulo são investigados aspectos jurídico-sociais do fenômeno do discurso de ódio contra os dois grupos vulneráveis em específico, com uma análise tópica: os afrodescendentes e a comunidade LGBTI+. No estudo desses dois grupos são apresentados dados estatísticos de órgãos pertinentes: a Anistia Internacional; o Grupo Gay da Bahia; e o Observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil. A análise especificamente desses dois grupos vulneráveis justifica-se pela pesquisa de precedentes do Supremo Tribunal Federal, a partir do recorte metodológico direcionado para a Corte, ter indicado casos que foram julgados e que envolvem discursos de ódio contra esses dois grupos - após o paradigma consolidado pelo anterior julgamento do caso *Ellwanger*, o *Habeas Corpus* nº 82424/RS³⁵. Desse modo, quanto aos afrodescendentes, a análise tópica é do Acórdão da 1ª Turma do STF acerca do Inquérito nº 4.694/DF³⁶, julgado em 2018; e no que se refere à comunidade LGBTI+, examina-se de forma detalhada, após a apresentação preliminar no quarto capítulo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF³⁷, julgada em 2019, sob a perspectiva da tópica jurídica e aplicando-se esse modelo tópico como uma hermenêutica jurídica inovadora concernente ao objeto de pesquisa, considerando-se os âmbitos político e social, para além do plano estritamente jurídico, no contexto do Estado Democrático de Direito.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de agosto de 2016. **Processo Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito. Dje-114.** Brasília, 31 maio 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243.** Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 38782, Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 de novembro de 2020. **Processo Eletrônico Dje-034.** Brasília, 24 fev. 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>>. Acesso em: 02 nov. 2022.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024: EMENT VOL-02144-03 PP-00524.** Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243.** Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

O exame dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em ambos os casos, é feito a partir da análise de discurso; e quanto ao investigado suposto discurso de ódio emitido pelo réu, quanto ao Acórdão da 1ª Turma do STF acerca do Inquérito nº 4.694/DF, também se utiliza da análise de discurso, isto é, a busca do sentido dos discursos a partir do processo hermenêutico, e aplicando-se o conceito jurídico de discurso de ódio desenvolvido na pesquisa.

Acerca dos dados estatísticos que corroboram a situação de vulnerabilidade no Brasil dos afrodescendentes e da comunidade LGBTI+, esses dados são preliminarmente apresentados neste capítulo introdutório, com um recorte temporal que vai desde o ano de 2019 até o ano de 2022; abarca o período da pandemia da Covid-19, fornecendo-se uma perspectiva recente.

Quanto aos afrodescendentes no Brasil, a Anistia Internacional – organização não-governamental voltada para a defesa dos direitos humanos no mundo – indica que em 2019, entre os meses de janeiro e julho, 1.249 pessoas foram mortas pela força policial do Estado do Rio de Janeiro; e havia cinco crianças afrodescendentes que viviam em favelas e comunidades carentes entre essas pessoas vítimas de violência policial³⁸. Em 2020, entre os meses de janeiro e junho, cerca de 3.181 pessoas morreram no País vítimas de violência policial e de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 79,1% dessas pessoas eram negras, conforme relatório da Anistia Internacional, durante a pandemia da Covid-19³⁹. Em 2020, conforme o relatório anual da Anistia Internacional, 6.416 pessoas foram mortas pelas forças policiais, e dessas vítimas, mais da metade eram jovens negros⁴⁰.

Em 2021, a Anistia Internacional explicita que, de acordo com dados da ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dos homicídios cometidos pelas forças policiais brasileiras, 84% são de pessoas negras⁴¹. Em 2022, o relatório da Anistia Internacional aponta que houve um aumento do número de pessoas em situação de rua e que, de acordo com pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais, mais de 180.000 pessoas no Estado brasileiro não tinham acesso à moradia; sendo de 68% a porcentagem de pessoas negras nesse quantitativo⁴².

³⁸ AMNESTY INTERNATIONAL. **Annual Report 2019**. London: Amnesty International Ltd, 2019. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/amr01/1353/2020/en/>. Acesso em: 31 ago. 2023. p. 25.

³⁹ ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2020/21: o estado de direitos humanos no mundo**. Londres: Amnesty International Ltd, 2021. Tradução de: Anistia Internacional Brasil. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/3202/2021/en/>. Acesso em: 31 maio 2023. p. 68.

⁴⁰ ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2021/22: o estado dos direitos humanos no mundo**. Londres: Amnesty International Ltd, 2022. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/4870/2022/en/>. Acesso em: 31 maio 2023. p. 78.

⁴¹ ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2022/23: o estado dos direitos humanos no mundo**. Londres: Amnesty International Ltd, 2023. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/5670/2023/en/>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 80.

⁴² *Ibid.* p. 79.

A Anistia Internacional aponta, conforme relatório de 2022, que das pessoas em grave situação de insegurança alimentar no País, 70% são negras⁴³.

No que concerne às pessoas LGBTI+, conforme o relatório do Grupo Gay da Bahia, em 2019 – no que se refere a mortes violentas de pessoas LGBTI+ no Brasil – foram identificadas 329 mortes⁴⁴. Já no ano seguinte, em 2020, o relatório do Observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil registrou 237 mortes em que foi identificada a motivação do crime como LGBTIfobia⁴⁵. Em 2021 o Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil explicitou a morte de modo violento de 316 pessoas LGBTI+ no País⁴⁶. Quanto ao ano de 2022, no dossiê do Observatório, averiguou-se a morte violenta de 273 pessoas LGBTI+ no Estado brasileiro⁴⁷.

No contexto da interrelação entre discurso de ódio, tecnologia e democracia, de acordo com dados da organização não-governamental SaferNet Brasil – que atua na proteção dos direitos humanos na internet no País – houve um crescimento do fenômeno do discurso de ódio no ambiente da internet nos últimos anos em que ocorreram eleições⁴⁸. Conforme a SaferNet Brasil, em 2020 discursos racistas tiveram, quanto ao número de denúncias registradas, mais do que o dobro de registros quando comparado com o ano anterior, um aumento de aproximadamente 147,80% para o racismo⁴⁹; e, por outro lado, que discursos neonazistas registraram um aumento de 740,70% no ano de 2020, quando comparado com o ano de 2019⁵⁰.

No plano dessa realidade desafiadora para a plena concretização dos direitos humanos no Brasil, o quadro normativo da proposta de investigação abrange, preponderantemente, no ordenamento jurídico brasileiro, as normas da Constituição Federal de 1988, os tratados e

⁴³ ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2022/23**: o estado dos direitos humanos no mundo. Londres: Amnesty International Ltd, 2023. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/5670/2023/en/>>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 79.

⁴⁴ OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (org.). **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Relatorio-2019.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 40-41.

⁴⁵ GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga *et al* (org.). **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020**: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. p. 25.

⁴⁶ OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil**: Dossiê 2021. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2022. p. 36.

⁴⁷ OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil**: Dossiê 2022. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023. p. 48-49.

⁴⁸ SAFERNET BRASIL (Brasil). **Safernet aponta que discurso de ódio cresceu nas duas últimas eleições**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/safernet-aponta-que-discurso-de-odio-cresceu-nas-duas-ultimas-eleicoes#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁴⁹ SAFERNET BRASIL (Brasil). **Crimes de ódio têm crescimento de até 650% no primeiro semestre de 2022**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/crimes-de-odio-tem-crescimento-de-ate-650-no-primeiro-semester-de-2022#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁵⁰ SAFERNET BRASIL (Brasil). **Safernet aponta que discurso de ódio cresceu nas duas últimas eleições**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/safernet-aponta-que-discurso-de-odio-cresceu-nas-duas-ultimas-eleicoes#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

declarações internacionais adotados pelo País e a legislação infraconstitucional pertinente ao tema; como, os artigos do Código Civil e do Código Penal que tratam da injúria, da difamação e da calúnia; a Lei nº 7.716/1989 que trata do crime de racismo, com sua recente atualização, como também a jurisprudência aplicável após o processo de redemocratização. É investigado, além disso, o ordenamento jurídico do período da ditadura militar brasileira – com destaque para sua Constituição e sua legislação infraconstitucional, nos dispositivos normativos pertinentes ao tema.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos serão analisadas declarações e tratados internacionais adotados pelo direito brasileiro. O direito internacional dos direitos humanos tem relevância para a pesquisa na medida em que dialoga com o ordenamento jurídico brasileiro, visto que o Brasil é um país atuante na comunidade internacional e que internaliza, em seu direito positivo, uma pluralidade de normas internacionais de direitos humanos.

Após a ocorrência da Segunda Guerra Mundial e da tragédia humanitária decorrente desse conflito, de 1939 a 1945, a comunidade internacional, especialmente a partir da atuação estatal, passou a priorizar o estabelecimento de normas que regulem os direitos humanos, tendo por base fundamentadora a concretização da dignidade da pessoa humana. Essa atuação foi consubstanciada na edição de declarações e tratados, os quais foram adotados pelo Estado brasileiro, como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁵¹; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948⁵²; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966⁵³; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966⁵⁴; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969⁵⁵.

Esses documentos normativos terminam por promover um maior foco no ser humano e na concretização dos seus direitos em âmbito internacional, fortalecendo-se, desse modo, a possibilidade de efetivação da dignidade da pessoa humana, inclusive por meio de sistemas internacionais de proteção. Pode-se destacar o sistema global e o sistema regional de proteção

⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁵² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁵³ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁵⁴ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁵⁵ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

dos direitos humanos. Quanto ao sistema global, sua fundamentação normativa basilar está na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵⁶, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁵⁷ e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também de 1966⁵⁸. Enquanto no âmbito do sistema regional, especialmente o sistema no qual o Estado brasileiro está inserido, o sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, sua base normativa encontra-se na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948⁵⁹ e, especialmente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969⁶⁰, que institucionaliza o sistema regional de proteção. Nesta tese, ao se abordar o sistema regional de proteção de direitos humanos, o foco será no sistema interamericano, considerando-se o objeto de pesquisa que enfatiza o direito brasileiro.

No que concerte à interação entre o direito internacional dos direitos humanos (DIDH) e o direito interno a Constituição Federal de 1988 explicita determinados princípios em seu art. 4º: a independência nacional; a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; o princípio da não-intervenção; a igualdade entre os Estados; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos; o repúdio ao terrorismo e ao racismo; a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e o princípio da concessão de asilo político.⁶¹ Entre esses princípios pode-se exemplificar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como também o repúdio ao racismo, conforme a Carta Maior, como pontos de interação entre o direito interno e o DIDH.⁶² Além disso, o art. 5º, § 2º da Constituição brasileira estipula que os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Maior não excluem outros que sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados constitucionalmente, ou mesmo dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.⁶³

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁵⁷ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁶² **Ibid.**

⁶³ **Ibid.**

Tendo por base a tópica de Theodor Viehweg, com fundamentos em Aristóteles, é mister proceder a uma escolha das premissas que serão aplicadas⁶⁴, no contexto do problema de pesquisa apresentado. Essas premissas serão desenvolvidas nos próximos capítulos. No segundo capítulo, acerca dos direitos humanos e a teoria constitucional do estabelecimento dos princípios e direitos fundamentais, com fundamento na teoria geral do direito, serão exploradas a evolução histórica das declarações de direitos, com a mudança paradigmática em passado recente, com o fim da segunda guerra mundial, e a inserção do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro. Essa primeira premissa desvela o percurso trilhado pelos direitos humanos para que se possa alcançar uma compreensão mais apurada desses direitos na atualidade, no mundo das primeiras décadas do século XXI, inclusive relacionando-se com o papel central do princípio da dignidade humana.

Ainda no próximo capítulo, uma segunda premissa será a apresentação da problemática das colisões ou tensões entre distintos direitos, um problema que existe e persiste na atualidade, apesar da primeira premissa; e como a tópica de Theodor Viehweg pode ser relacionada a essa problemática, numa primeira abordagem da tópica nesta pesquisa. Ao final desse capítulo será feita a apresentação das origens do estabelecimento de uma nova ordem jurídico-constitucional, de forma a estruturar as bases da terceira premissa, que será desvelada no capítulo seguinte.

Isto posto, no terceiro capítulo, sobre a evolução histórico-jurídica do direito brasileiro – a partir da segunda metade do século XX, mais precisamente do período ditatorial militar (1964-1985), seguido pela redemocratização proporcionada pela Constituição Federal de 1988, e chegando-se na atualidade – será apresentada a premissa (terceira) de como o contexto recente do direito brasileiro se encontra inserido na realidade jurídico-social, numa abordagem realista, na qual se reconhecem resquícios jurídico-sociais do período ditatorial no âmbito do Estado Democrático de Direito atual.

De modo subsequente, no quarto capítulo será articulada a premissa (quarta) do desenvolvimento conceitual e prático acerca de elementos ou categorias essenciais para a pesquisa, como: a construção jurídica do conceito de discurso de ódio; a dimensão dos grupos vulneráveis; a interrelação existente entre discurso de ódio, tecnologia e tensões sobre o sistema democrático; a extensão de direitos e princípios pertinentes ao objeto de pesquisa; as relações entre argumentação e hermenêutica; e a jurisprudência aplicável da Corte Constitucional brasileira. Isto é, do segundo ao quarto capítulo desta tese, serão desenvolvidas quatro grandes

⁶⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 102-103.

premissas que guiam a pesquisa e fornecem subsídios para se explorar uma abordagem hermenêutica sob a perspectiva da tópica jurídica, com fundamentos aristotélicos⁶⁵.

No quinto capítulo, o último antes da conclusão, será trazida uma abordagem do impacto político-social do discurso de ódio no Brasil, fundamentando-se nas premissas articuladas nos capítulos precedentes e buscando-se avançar a reflexão jurídico-social acerca do objeto de pesquisa. Nesse sentido, a partir das premissas colocadas será estabelecida uma relação entre o direito e o desenvolvimento, como também a pacificação social promovida pelas ciências jurídicas, para que em seguida seja realizado o exame dos aspectos jurídico-sociais do fenômeno do discurso de ódio na perspectiva da tópica jurídica, com a análise em especial dos casos já supracitados: os afrodescendentes, com o exame tópico do Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal acerca do Inquérito nº 4.694/DF; e a comunidade LGBTI+, com o exame tópico da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF.

Ao final desse quinto capítulo será apresentada uma reflexão acerca do fenômeno do discurso de ódio no contexto do Estado Democrático de Direito, com o impacto desse tipo de discurso nos âmbitos político e social, tendo por base a aplicabilidade de uma hermenêutica jurídica inovadora. Por fim, será apresentada a conclusão, no capítulo conclusivo.

⁶⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 102-103.

2 OS DIREITOS HUMANOS E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS: ANÁLISE COM SUBSTRATO NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Sob o exame de uma análise tópica que busca sua estruturação a partir do desenvolvimento de determinadas premissas, neste capítulo são pesquisadas e desenvolvidas duas premissas iniciais: 1) a evolução histórica das declarações de direito, com a mudança paradigmática em passado recente a partir do final da segunda guerra mundial (1939-1945); e 2) a apresentação da problemática das colisões ou tensões entre princípios e direitos no âmbito de um ordenamento jurídico, considerando-se a relação da tópica de Theodor Viehweg com essa problemática. A primeira premissa foca no desvelamento de uma compreensão mais precisa acerca dos direitos humanos na atualidade, nas primeiras décadas do século XXI, e a relação com o papel central da consolidação, no direito, da dignidade humana. E a segunda premissa associa-se com um problema teórico e prático que existe no contexto das ciências jurídicas, as colisões entre direitos configurados como princípios em casos concretos.

Desse modo, sob a perspectiva do constante processo de positivação dos direitos humanos tanto pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), quanto no âmbito do direito interno, este capítulo dedica-se à teoria do direito – com foco no direito constitucional e no DIDH –, em específico a teoria dos princípios, garantias e direitos. A análise é pautada tendo por marco o ordenamento brasileiro após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tendo em vista que o direito se constitui num processo historicamente construído e está diretamente relacionado com a evolução da sociedade e suas mudanças, é abordado o histórico do surgimento das declarações de direitos para se ter uma compreensão de como os direitos garantidos atualmente são resultado de um processo de lutas históricas. Analisa-se como o final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) implicou numa mudança paradigmática que afetou profundamente o sistema jurídico internacional e o próprio ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), com destaque para a positivação dos direitos humanos.

Em seguida, é explicitado o processo de consolidação da dignidade humana, relacionando-o com os direitos humanos, além do problema das colisões entre direitos e a tópica de Theodor Viehweg. Esse encadeamento é feito de forma que, após abordados os delineamentos iniciais da dignidade humana e sua relação com os direitos humanos, se possa, com mais subsídios, examinar as colisões entre direitos e, posteriormente, analisar como a tópica de Theodor Viehweg pode contribuir para a resolução do problema dessas colisões, em especial, quanto aos princípios e direitos fundamentais no contexto brasileiro.

Outro passo é a abordagem da relação entre o Estado e a sociedade, o poder constituinte e o consequente estabelecimento de uma nova ordem jurídico-constitucional. São abordados os conceitos de poder constituinte originário, poder constituinte derivado, natureza, elementos característicos e titularidade do poder constituinte, como também as consequências decorrentes da relação entre uma ordem jurídica prévia, antecedente, e uma nova ordem jurídica. Perceba-se que o arcabouço proporcionado por este capítulo prepara as bases para o que é desenvolvido nos capítulos subsequentes, de forma que os capítulos se encontram interrelacionados entre si; orientados pelo objeto de pesquisa que corresponde à análise do fenômeno do discurso de ódio no Brasil sob uma ótica jurídico-social, desde o período ditatorial, de 1964 a 1985, até a atualidade, com atenção ao problema de pesquisa, que consiste no questionamento: Que modelo jurídico, e sua hermenêutica, seria eficaz, tanto do ponto de vista do aspecto jurídico, quanto do aspecto social, para conciliar os direitos em tensão nos casos de discurso de ódio no direito brasileiro? Ao se considerar a peculiar transição recente do País de uma ditadura militar para um regime democrático.

No âmbito de uma ciência que proporciona a ponderação e fomenta a reflexão acerca da produção de mais ciência, como é o caso da metodologia aplicada às ciências jurídicas, faz-se preciso explorar aspectos delimitados dos métodos científicos, da linguagem utilizada e, especialmente, dos fins a que se pretende alcançar, dos objetivos a serem atingidos. Conforme Luc Van Campenhoudt, Raymond Quivy e Jacques Marquet, acerca da questão de partida que inicia uma pesquisa, isto é, o problema de pesquisa, esse problema (questão) precisa atender a critérios de clareza, viabilidade e relevância.⁶⁶ O problema de pesquisa levantado, e apresentado em formato de pergunta, atende a esses critérios.

Conforme articula Lorena Freitas, a proposição do problema no formato de questão possibilita que o objeto seja delimitado e estabelecido um encadeamento condutor da pesquisa.⁶⁷ Isto posto, este capítulo subsidia as bases iniciais da pesquisa e cumpre o objetivo de explorar os direitos humanos e a teoria constitucional do estabelecimento dos princípios, garantias e direitos, com um recorte direcionado para o problema de pesquisa explicitado.

⁶⁶ CAMPENHOUDT, Luc Van; QUIVY, Raymond; MARQUET, Jacques. **Manuel de recherche en sciences sociales**. 4. ed. Paris: Dunod, 2011. p. 35.

⁶⁷ FREITAS, Lorena. Acerca da tópica como técnica do pensamento orientada para o problema: um ensaio metodológico. **Trilhas Filosóficas**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 195-213, 2023. DOI: 10.25244/tf.v16i1.5602. Disponível em: <https://periodicos.apps.uern.br/index.php/RTF/article/view/5602>. Acesso em: 29 abr. 2024. p. 204.

2.1 A teoria do direito e os direitos humanos

Acerca do conceito de direito, H. L. A. Hart apresenta a dificuldade encontrada para se definir o que é o direito, no que consiste a ciência jurídica; conforme H. L. A. Hart, há uma grande diversidade de definições para o direito, diferentemente de outras ciências que apresentam suas definições iniciais de forma simplificada, como o caso das ciências biológicas.⁶⁸ Essa dificuldade em se caracterizar o direito está diretamente associada ao fato de que o direito é construído historicamente e socialmente, no âmbito do contexto cultural de cada sociedade, em um dado espaço geográfico. Assevera-se que o direito é um instrumento de controle social e busca harmonizar os conflitos em sociedade, promover segurança jurídica e, idealmente, a concretização da justiça. Idealmente porque o conceito de justiça não é simples num caso concreto, o que é justo para um, pode ser injusto da perspectiva do outro. E o que dará a legitimidade necessária para as decisões jurídicas, para além da coercitividade, própria do direito, será a motivação, a justificativa jurídica, com fundamento nas fontes do direito, em especial as normas jurídicas, seguindo-se uma racionalidade decisória.

Michel Troper argumenta que uma norma para que seja considerada uma norma do âmbito do direito tem que, essencialmente, pertencer a um sistema jurídico-normativo; devendo o direito, conforme esse autor, ser definido não por seus elementos, pelas normas, mas sim pelo sistema jurídico que abarca essas normas que, por sua vez, são jurídicas por estarem inseridas nesse sistema.⁶⁹ Deduz-se que essa perspectiva conceitual do direito⁷⁰ se alinha com o positivismo jurídico, o direito posto. Logo, para ser jurídica, uma norma precisa estar inserida no ordenamento jurídico.

Por outro lado, conforme Michel Villey, os direitos humanos podem ser usados para justificar as mais diversas pautas e embates políticos, podendo esses direitos serem utilizados por adversários com princípios completamente opostos, contrários entre si.⁷¹ Essa crítica⁷² desperta a visão da sociedade e do Estado no sentido de que os direitos humanos precisam de uma orientação normativa específica para garantirem uma maior efetividade. São necessárias políticas públicas de concretização e aplicabilidade dos direitos humanos no ordenamento dos Estados, de forma que a dignidade humana seja respeitada.

⁶⁸ HART, H. L. A.. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. p. 5-10.

⁶⁹ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 83-91.

⁷⁰ **Ibid.** p. 83-91.

⁷¹ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. p. 159-163.

⁷² **Ibid.** p. 159-163.

O direito é um instrumento de controle social com determinadas especificidades, na medida em que possui a coercibilidade e o monopólio estatal de uso da força para garantir a eficácia das normas jurídicas e das decisões emanadas das autoridades legitimadas. Os direitos humanos que surgem no âmbito da comunidade internacional, com o escopo de garantir uma proteção mais efetiva para o indivíduo e para a coletividade como um todo, demandam a sua incorporação ao ordenamento jurídico. Uma vez positivados e com a força estatal dos instrumentos que o ordenamento interno do Estado proporciona, os direitos humanos terão muito mais chance e oportunidade de se fazerem concretizar numa determinada sociedade, integrando-se aos mecanismos de concretização e aplicabilidade no meio social.

A partir da positivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico estatal, esses direitos podem alcançar uma possibilidade de maior proteção jurídica, considerando-se que o ordenamento, com sua completude sistemática, terá que oferecer opções para a aplicação do direito. Daí que esses direitos humanos podem ter, inclusive, o *status* de direitos fundamentais no âmbito do direito interno, com meios mais efetivos de concretização na sociedade. Os casos concretos postos à apreciação da justiça estatal, do Poder Judiciário, não poderão ficar sem resposta. Para um exame mais específico acerca da incorporação dos direitos humanos, ver o tópico “2.1.3 A inserção do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro”.

Acerca da completude do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio expõe que esse dogma da completude se relaciona com uma concepção do fenômeno jurídico ligado diretamente ao Estado, partindo-se do estabelecimento das codificações, com a sistematização das leis, ficando os magistrados conectados com esses códigos ao definir respostas para os problemas jurídicos, para os casos concretos.⁷³ Destaca-se, dessa forma, o papel do Estado na positivação dos direitos humanos.

A seguir, para uma compreensão satisfatória acerca da teoria do direito e os direitos humanos, pertinente ao problema de pesquisa que se coloca nesta tese, se abordará o histórico das declarações de direitos, a mudança paradigmática decorrente do fim da Segunda Guerra Mundial e a inserção do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Com o aprofundamento desses aspectos haverá uma compreensão mais precisa do fenômeno jurídico na atualidade, em especial quanto aos direitos humanos e seu desenvolvimento, em harmonia com os acontecimentos e demandas sociais.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc.: Cláudio De Cicco. p. 119-122.

2.1.1 Histórico do surgimento das declarações de direitos

O desenvolvimento do histórico das declarações de direitos é fundamental para se entender como os direitos estão configurados atualmente na sociedade. Conforme assevera Fábio Konder Comparato:

Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.⁷⁴

Nota-se que Comparato explica como se dá, essencialmente, a dinâmica de conquistas de direitos ao longo da história e, na passagem supracitada, destaca como a consciência humana - para a questão da dignidade - por diversas vezes precisa se defrontar com a tragédia para que possa reconhecer novos níveis de proteção de direitos nas relações entre as pessoas.⁷⁵ Esses novos níveis de proteção dos direitos humanos, que vão sendo aumentados e aperfeiçoados com as conquistas históricas de direitos, contribuem para densificar o conceito de dignidade humana, reconhecendo necessidades essenciais que anteriormente não eram tão observadas pelo Estado e por segmentos da sociedade. Se faz necessário, nesse sentido, que tanto o Estado quanto a sociedade estejam atentos para as demandas sociais que podem carecer do reconhecimento de novos direitos humanos. Esses direitos não estão paralisados e imutáveis no tempo e no espaço; e a experiência sociopolítica demonstra que podem ser reconhecidos novos direitos em diferentes momentos históricos. A história, a sociedade e o direito são elementos que se retroalimentam em um ciclo enriquecedor de fatos sociais, lutas por direitos, humanização da sociedade e estruturação dos direitos como parte de um sistema jurídico e social.

Norberto Bobbio, ao tratar dos fundamentos dos direitos, reflete e considera – de forma interdisciplinar - que: “O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios”.⁷⁶ Ou seja, a partir dessa reflexão pode-se inferir que a configuração dos direitos e seus fundamentos, como

⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 50-51.

⁷⁵ **Ibid.** p. 50-51.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de: Celso Lafer. p. 16.

são reconhecidos hodiernamente, foi moldada ao longo de séculos de lutas históricas e fatores que vão além do mero aspecto jurídico-formal. Daí que tanto para a criação quanto para a efetividade do direito influem outros fatores para além da técnica jurídica. O direito tem sua carga de importância na resolução dos conflitos sociais, no próprio controle social, mas não se deve menosprezar a interação do direito com fatores sociais, políticos, econômicos e de localização temporal e espacial, que fazem a diferença quando da efetividade ou não de normas e até direitos de um ordenamento jurídico.

Trata-se acerca do histórico das declarações de direitos para que se tenha uma base sólida sobre a qual se possa analisar o ordenamento jurídico brasileiro como se encontra na atualidade, como também a ordem jurídica precedente ao período democrático instaurado com a Constituição Federal de 1988, no caso, o período do regime militar (1964-1985), que precedeu o atual ordenamento jurídico. Além de considerar o contexto jurídico internacional, com a perspectiva dos direitos humanos, que influencia, direta ou indiretamente, a realidade jurídica e social interna; em especial, quando esses direitos são positivados internamente e têm a possibilidade de serem buscados e efetivados pelos mecanismos jurídicos e sistemas de justiça. O histórico das declarações de direitos se explica por uma conjuntura de fatores que se relacionam com a ciência jurídica em si, compreendendo lutas históricas, sociais, conflitos de classes, tensões econômicas e estatais.

Esses fatores que vão para além do direito estão, todavia, conectados e relacionados entre si. Tensões econômicas envolvendo o Estado e o setor privado, como também, conflitos de classes, demandas e lutas sociais conformam a realidade social, constroem a história e influenciam o bem-estar e a sensação psicológica de cada indivíduo que está, por seu turno, envolvido em vários grupos: sua família, sua comunidade, o Estado em que está inserido, associações de seu interesse e, por fim, na sociedade como um todo; contribuindo-se para a psicologia social⁷⁷ desse determinado meio, como essa cultura do meio social absorve e processa os conflitos daquela sociedade.

Fábio Konder Comparato traça um sólido histórico das declarações de direitos e nesse sentido ressalta: a Magna Carta de 1215 na Inglaterra que trouxe liberdades específicas especialmente para os estratos sociais mais altos; a Lei de *Habeas Corpus* (1679) e a Declaração de Direitos (1689) no final do século XVII, também na Inglaterra, que novamente beneficiavam

⁷⁷ De acordo com Aroldo Rodrigues, Eveline Assmar e Bernardo Jablonski, a psicologia social tem como objeto de estudo científico a interação entre as pessoas ou a expectativa dessa interação; as manifestações de comportamento decorrentes; e o pensamento social originado a partir dessa interação. RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia Social**. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 21-24.

o clero e a nobreza como na Magna Carta, porém, beneficiando bastante a burguesia mais rica, diferente do documento de 1215 que não tinha esse explícito favorecimento; a eclosão da Independência dos Estados Unidos da América, com a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, que reconhece a igualdade de liberdade e independência entre os homens, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que declara a possibilidade a cada homem de buscar a sua felicidade; também no final do século XVIII há a Revolução Francesa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que reforça a noção de liberdade e igualdade entre as pessoas; e quanto à afirmação dos direitos econômicos e sociais destacaram-se a Constituição francesa de 1848, como também a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.⁷⁸

Nesse histórico, sistematizado por Fábio Konder Comparato, nota-se que as lutas sociais estão sempre envolvidas no processo de eclosão de novas declarações de direitos, desde o ano de 1215 até 1919, como supracitado.⁷⁹ A Magna Carta de 1215 na Inglaterra beneficiou as camadas sociais mais abastadas, assim como a Lei de *Habeas Corpus* (1679) e a Declaração de Direitos (1689); com a diferença de que essa Lei de 1679 e a Declaração de Direitos de 1689 foram, de forma mais explícita, favoráveis à alta burguesia, para além do clero e da nobreza, como ressaltado por Comparato⁸⁰; isso reflete exatamente a progressiva ascensão da burguesia mais rica na Inglaterra no século XVII. Já na América, no contexto da independência dos Estados Unidos, a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, ao reconhecer a igualdade de liberdade e independência entre os homens, possui um conteúdo que se relaciona com o desejo do ente estatal nascente de sair da situação de subserviência imposta pela metrópole, no caso a Inglaterra, sobre as colônias; situação essa vivida por tantos anos na conjuntura do pacto colonial. A Declaração de Independência dos Estados Unidos, ao declarar a possibilidade a cada homem de buscar a sua felicidade, demonstra também esse anseio de libertação política dos homens que viviam nas colônias da América do Norte, um desejo pela liberdade de ser donos do seu próprio destino, do seu caminho como futura nação e, em última análise, de sua felicidade, como afirmado na Declaração de Independência⁸¹.

Na Europa, também no final do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no âmbito da Revolução Francesa, corrobora a liberdade e igualdade entre as pessoas e reflete uma realidade intrinsecamente ligada às lutas sociais, entretanto, diferente

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 58-66.

⁷⁹ **Ibid.** p. 58-66.

⁸⁰ **Ibid.** p. 60-61.

⁸¹ **Ibid.** p. 118-120.

da situação da independência dos Estados Unidos - em que se verifica uma luta entre colônias e metrópole. A situação da Revolução Francesa reflete uma extrema insatisfação do terceiro estado (burguesia, tanto a mais rica quanto a menos abastada, além dos camponeses e profissionais liberais) em face dos privilégios das camadas sociais mais beneficiadas pelo Antigo Regime absolutista francês: o clero e a nobreza. Nos dois séculos seguintes, primeiro no século XIX com a Constituição francesa de 1848, e depois no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, verifica-se uma ascensão da voz da classe trabalhadora, do proletariado, e isso ecoa no surgimento dos direitos econômicos e sociais nas Constituições da França, do México e da Alemanha.

Seguindo-se o histórico das declarações de direitos destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Como também os pactos internacionais de 1966 que conferem maior força normativa aos direitos celebrados pela Declaração Universal - gerando obrigações para os Estados-partes, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.⁸²

Esses marcos normativos internacionais, após o fim da Segunda Guerra Mundial, representaram uma verdadeira mudança paradigmática na medida em que conferiram maior proteção aos direitos humanos no âmbito internacional e, por consequência, nos sistemas jurídicos internos dos Estados alinhados com essa nova estrutura normativa de proteção dos direitos humanos; como no caso da República Federativa do Brasil, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu uma nova ordem jurídica.

Trazendo essa abordagem das declarações de direitos para o Brasil, há três períodos que cumprem registrar na construção histórica da realidade jurídica nacional, conforme indica Antonio Carlos Wolkmer: o período colonial, no qual o direito é estabelecido pela metrópole, Portugal; o período imperial, em que as fontes legais estrangeiras influenciam a criação dos códigos no direito brasileiro; e o período republicano, com matriz positivista e liberal-conservadora no direito do Brasil, de acordo com Wolkmer.⁸³

Para cumprir os objetivos demandados pelo problema de pesquisa empreendido nesta tese, o foco conferido quanto às declarações de direito no ordenamento jurídico nacional é na esfera do período republicano brasileiro. No próximo capítulo aborda-se, com maior especificidade, o contexto histórico recente, com o hiato do período ditatorial (1964-1985), e o

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 109-111.

⁸³ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 42.

período subsequente, de redemocratização, que teve como ápice a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2.1.2 A mudança de paradigma com o fim da Segunda Guerra Mundial

Conforme Costas Douzinas, os direitos humanos passaram a ter uma projeção global após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).⁸⁴ Essa projeção veio de um propósito de se buscar a paz e a segurança internacional e interna, dos Estados da comunidade internacional, após as atrocidades que foram cometidas durante a guerra, com destaque para o holocausto dos judeus articulado pelo regime nazista de Hitler, com a ajuda de países aliados, como a Itália fascista de Mussolini. Na conjuntura erigida na Segunda Guerra Mundial as violações de direitos humanos viraram rotina e se banalizaram, menosprezando a dignidade humana. Com o fim da guerra, os Estados, sujeitos originários de direito internacional que compõem a comunidade de nações, constataram que mudanças precisariam ser implementadas no sentido de estabelecer declarações e pactos internacionais que, minimamente, protegessem os direitos humanos e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

Essa proteção mínima estipulada internacionalmente poderá ser mais ou menos efetiva a partir da cooperação do Estado nacional que, por meio de suas instituições e positividade dos direitos humanos em seu ordenamento jurídico, poderá ter mais possibilidade de garantir a proteção dos direitos humanos em seu território. A positividade, no sentido de promover mais instrumentos jurídico-legais para a aplicabilidade dos direitos humanos; e as instituições estatais que, por meio de políticas públicas, podem promover esses direitos e fiscalizar a sua concretização na sociedade.

Sendo que a diversificação dos sistemas de proteção de direitos humanos, tanto o sistema global de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), quanto os sistemas regionais, como o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos⁸⁵, o Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos⁸⁶ e o Sistema Africano de

⁸⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tradução de: Luzia Araújo. p. 126.

⁸⁵ Normativamente estruturado a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969. BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁸⁶ Regido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European Convention on Human Rights (1950)**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2024.

Proteção dos Direitos Humanos⁸⁷, assegura algum nível de controle dos Estados nacionais que fazem parte desses sistemas quanto à proteção dos direitos. O Brasil é um Estado que está inserido no contexto tanto do sistema global de proteção dos direitos humanos da ONU⁸⁸, quanto no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos⁸⁹.

Kant, com fundamento na razão prática, explicita que as pessoas possuem um fim em si mesmas, não devendo ser usadas como meios para um fim; diferentemente das coisas, que não possuem um fim em si mesmas e são utilizadas como meios para a consecução de determinados fins.⁹⁰ Esse pensamento de Kant é recuperado pela Organização das Nações Unidas no espírito da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹¹ (1948), a qual é guiada pelo princípio da dignidade humana. A consciência da comunidade internacional de todas as atrocidades que foram cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e a demanda de se garantir minimamente os direitos humanos perante essa mesma comunidade, com declarações e tratados internacionais, representam a mudança de paradigma para a proteção dos direitos humanos com o fim da guerra.

Para dar uma efetividade jurídica internacional aos direitos humanos estipulados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁹², foram criados os Pactos Internacionais de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹³ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁹⁴. Observa-se que apesar desses Pactos terem sido

⁸⁷ Normatizado pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981)**. Disponível em: <<https://achpr.au.int/index.php/pt/charter/carta-africana-dos-direitos-humanos-e-dos-povos>>. Acesso em: 19 mar. 2024.

⁸⁸ Conforme observa-se a partir da adoção dos Pactos Internacionais das Nações Unidas, de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁸⁹ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. Tradução de: Paulo Quintela. p. 68.

⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁹² **Ibid.**

⁹³ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁹⁴ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

estipulados no âmbito da comunidade internacional no ano de 1966, apenas em julho de 1992 que ambos, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹⁵ quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁹⁶, foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro, após a redemocratização e o advento da Constituição Federal de 1988⁹⁷.

Analisa-se que a mudança de paradigma na proteção dos direitos humanos com o fim da Segunda Guerra Mundial não ocorreu simultaneamente nos Estados nacionais logo com o fim da guerra em 1945, ou mesmo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948⁹⁸, foi um processo que apesar de ter um marco temporal geral com o fim da guerra, se produziu em diferentes tempos na segunda metade do século XX para os Estados da comunidade internacional que participaram desse processo. O Brasil, por exemplo, entre 1964 e 1985 estava vivendo um regime militar que tinha como prática institucional de Estado a violação de direitos humanos. Isso também não significa que após a positividade dos Pactos de 1966 pelo ordenamento jurídico brasileiro, em julho de 1992⁹⁹, ou com a redemocratização consagrada pela Constituição Federal de 1988¹⁰⁰, precedente a essa positividade dos referidos Pactos, tenham deixado de existir violações de direitos humanos. Entretanto, pelo menos essas violações deixaram de ser, com o fim da ditadura militar brasileira, uma política de Estado em repressão aos opositores do regime político ditatorial.

Nota-se que a mudança paradigmática no sentido de uma maior proteção dos direitos humanos, com fundamento no princípio da dignidade humana, após o contexto da Segunda Guerra Mundial, é algo que no Brasil só veio a consubstanciar-se de forma mais duradoura após 1985, com destaque para a promulgação da Carta Magna de 1988. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 traz como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, logo em seu primeiro artigo, no inciso III, a dignidade da pessoa humana.¹⁰¹ Ressalta-se que

⁹⁵ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁹⁶ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁹⁹ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁰¹ **Ibid.**

não é pelo fato de haver-se promulgado uma Constituição alinhada com a proteção dos direitos humanos que a sociedade e o Estado Democrático de Direito podem taxar a luta pela proteção desses direitos como vencida. A realidade jurídica, social e institucional demonstra que a luta pela proteção dos direitos humanos é constante e não deve esmorecer, para que não haja retrocessos.

Norberto Bobbio pondera que após o fim da Segunda Guerra Mundial o “problema do reconhecimento dos direitos do homem”¹⁰² envolveu, de forma inédita, todos os povos; saindo o problema de uma escala nacional para uma perspectiva internacional.¹⁰³ Bobbio defende a tese de que a importância cada vez maior dada à discussão acerca dos “direitos do homem”¹⁰⁴, em outras palavras, dos direitos humanos, pode ser interpretada como um indicador do desenvolvimento da moral dos seres humanos como um todo; ressalvadas as dificuldades para se caracterizar o que é a moral, além da falta de um índice que possa efetivamente mensurar o desenvolvimento da moral de um determinado país ou de toda a humanidade, de forma compreensível e objetiva o suficiente que seja equiparável aos meios utilizados para se mensurar a evolução científica e técnica.¹⁰⁵ Apesar das dificuldades apontadas para se analisar o desenvolvimento moral das pessoas de um país ou da humanidade inteira, Bobbio pondera sobre a questão ao defender a tese de que posteriormente ao fim da Segunda Guerra Mundial a discussão acerca dos direitos humanos saiu de uma escala restrita ao aspecto nacional para um contexto internacional, e que isso implica em um indicador do desenvolvimento da moral dos seres humanos como um todo.¹⁰⁶

De fato, os marcos normativos internacionais pertinentes aos direitos humanos tiveram grande impacto na comunidade internacional e influenciaram os Estados nacionais, ainda que em tempos não perfeitamente sincronizados - mas todos após a Segunda Guerra Mundial como ponto em comum - a implementarem em seus ordenamentos jurídicos mudanças significativas que deram maior respaldo aos direitos humanos, a exemplo, no caso da República Federativa do Brasil, das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988. A Carta Magna brasileira, além de prever a dignidade da pessoa humana no seu artigo 1º, inciso III, e a cidadania no inciso II desse mesmo artigo, estabelece, no art. 3º, como objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); a garantia do desenvolvimento nacional (inc. II);

¹⁰² BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Barueri, SP: Manole, 2009. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani; organização: Pietro Polito; prefácio à edição brasileira: Celso Lafer; Revisão Técnica: Frederico Diehl e Valdemar Braghetto Junqueira. p. 139.

¹⁰³ **Ibid.** p. 139-140.

¹⁰⁴ **Ibid.** p. 144.

¹⁰⁵ **Ibid.** p. 143-145.

¹⁰⁶ **Ibid.** p. 139-145.

a erradicação da pobreza e da marginalização, como também a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III); e a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁰⁷ (inc. IV).¹⁰⁸

Observa-se que o objetivo fundamental disposto no inciso IV do art. 3º da Constituição brasileira - ao determinar a vedação de preconceitos e quaisquer formas de discriminação - já estabelece uma orientação principiológica jurídico-normativa quanto ao fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis. Como o discurso de ódio em face de grupos vulneráveis se baseia em preconceitos e discriminações negativas, esse fenômeno social se choca diretamente com um dos objetivos fundamentais da República brasileira. Ressalta-se que esses objetivos fundamentais estão inseridos num contexto maior dos princípios fundamentais, Título I, da Constituição.¹⁰⁹

Ademais, voltando para a análise preliminar das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, sobressai-se o art. 4º, que explicita os princípios que orientam a República brasileira nas suas relações internacionais. Entre esses princípios evidencia-se a prevalência dos direitos humanos (inciso II); a autodeterminação dos povos (inciso III); a defesa da paz (inciso VI); o repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII); e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX).¹¹⁰ São evidenciados esses incisos tendo em vista o problema de pesquisa colocado de buscar um modelo jurídico (e sua hermenêutica jurídica) que possa harmonizar os direitos em conflito nos casos de discurso de ódio no Brasil, em especial em face de grupos vulneráveis, considerando a peculiar transição do País de uma ditadura militar para um regime democrático.

Desse modo, para o objeto de pesquisa destaca-se a prevalência dos direitos humanos, em que se busca concretizar o máximo possível esses direitos; a autodeterminação dos povos, relacionando-se essa autodeterminação também com o respeito aos diferentes povos e repúdio à xenofobia; o repúdio ao terrorismo e ao racismo, sendo o terrorismo um ato de violência extremo nas relações internacionais e que pode ser vinculado com discursos de ódio, com destaque aos discursos xenofóbicos, da mesma forma o repúdio ao racismo; e a cooperação entre os povos que, por sua vez, alinha-se com a prevalência dos direitos humanos e a defesa da paz. Inovações quanto aos direitos e garantias fundamentais serão abordadas no subtópico

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁰⁸ **Ibid.**

¹⁰⁹ **Ibid.**

¹¹⁰ **Ibid.**

seguinte – e, com mais detalhamento, quanto a outros aspectos do problema de pesquisa, nos capítulos posteriores desta tese.

2.1.3 A inserção do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro

Conforme analisado no subtópico anterior, a partir do século XX – especialmente após a Segunda Guerra Mundial – os Estados da comunidade internacional passaram a ter uma atenção específica para com a regulação normativa dos direitos humanos em âmbito internacional. Essa atenção se refletiu na edição de declarações e tratados internacionais que, inclusive, foram adotados pelo Estado brasileiro, como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹¹¹; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948¹¹²; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966¹¹³; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também de 1966¹¹⁴; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969¹¹⁵. Com essa internacionalização dos direitos humanos pode-se relacionar o progressivo reconhecimento do ser humano como um sujeito de direito internacional¹¹⁶, para além dos sujeitos originários, quais sejam, os Estados; tendo por escopo uma maior a garantia da dignidade humana.

Assevera-se que os direitos humanos possuem mais de um sistema internacional de proteção. São ressaltados os sistemas global e regional de proteção a esses direitos. No âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, sua origem se dá com a Declaração

¹¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹¹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

¹¹³ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹¹⁶ Conforme Jorge Miranda, a consideração do indivíduo como sujeito de direito internacional refere-se à pessoa que vai além do direito interno e se projeta, seja em direitos e/ou deveres, por exemplo, diante do âmbito internacional e suas instâncias.

MIRANDA, Jorge. Para uma Teoria dos Sujeitos de Direito Internacional. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 545.

Universal dos Direitos Humanos de 1948¹¹⁷, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966¹¹⁸ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também de 1966¹¹⁹.

Antônio Augusto Cançado Trindade pondera que com os Pactos Internacionais de 1966, junto à já adotada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, se efetiva a Carta Internacional dos Direitos Humanos, catalisando-se a amplificação da proteção dos direitos humanos em âmbito internacional.¹²⁰ A Declaração Universal de 1948¹²¹ configura-se num marco histórico que norteou os subsequentes tratados internacionais de direitos humanos e, também, as Constituições dos Estados em seu direito interno, especialmente na parte dos direitos, princípios e garantias fundamentais. Já os Pactos de 1966¹²² fornecem uma maior vinculação jurídica aos direitos consagrados pela Declaração Universal de 1948¹²³.

Considerando-se o recorte metodológico da pesquisa, no que se refere ao sistema global de proteção dos direitos humanos da ONU, também cumpre destacar as seguintes convenções: a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes¹²⁴; a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial¹²⁵; a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com

¹¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 40.

¹²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹²² BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹²⁴ O artigo 1º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes afirma que a tortura está associada a sofrimentos físicos ou mentais intencionalmente aplicados a uma pessoa, inclusive por motivo com base em discriminação de qualquer natureza.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

¹²⁵ De acordo com o artigo IV da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial são condenadas propagandas e organizações que tenham o objetivo de justificar ou incentivar qualquer modo de ódio e de discriminação raciais, inclusive atos de violência ou incitação a esses atos, com base nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Deficiência¹²⁶; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher¹²⁷; e a Convenção sobre os Direitos da Criança¹²⁸.

O Estado brasileiro além de integrar o sistema de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), também integra um sistema regional de proteção, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; por isso que no início deste tópico foram ressaltadas a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948¹²⁹ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969¹³⁰. Nesse sentido, esse sistema interamericano de proteção tem sua regulação normativa a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969¹³¹.

No contexto da proteção regional dos direitos humanos, para além do sistema interamericano há outros sistemas regionais de proteção desses direitos, como o Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos¹³² e o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos¹³³, todavia ao se abordar a proteção regional dos direitos humanos o foco desta tese

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html>. Acesso em: 03 jul. 2023.

¹²⁶ O artigo nº 2 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estipula que a expressão “discriminação por motivo de deficiência” consiste em, *in verbis*:

“[...] qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais [...]” em todos os âmbitos.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

¹²⁷ O artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher afirma que a discriminação é “[...] toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais [...]” em todos os campos.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

¹²⁸ A Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo nº 2, garante a proteção da criança contra a discriminação em seus mais diversos modos.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

¹²⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

¹³⁰ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹³¹ **Ibid.**

¹³² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European Convention on Human Rights (1950).** Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2024.

¹³³ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981).** Disponível em: <<https://achpr.au.int/index.php/pt/charter/carta-africana-dos-direitos-humanos-e-dos-povos>>. Acesso em: 19 mar. 2024.

é no sistema interamericano. Para se ter uma análise da estrutura institucional do sistema interamericano de direitos humanos, como também de parte da jurisprudência desse sistema, ver esse exame específico no próximo capítulo, na seção “3.3 Influência do direito internacional dos direitos humanos: interações com o direito brasileiro”, especificamente no subtópico “3.3.2 Período democrático”.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro destaca-se a inserção desse arcabouço jurídico-normativo internacional no direito interno, especialmente a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³⁴. Isso ocorre tendo em vista que a Carta Magna de 1988 consolida o retorno da democracia no País, colocando-se em evidência a proteção da dignidade humana e dos direitos humanos, com mecanismos de inclusão desses direitos no ordenamento jurídico¹³⁵. Nota-se que a promulgação, no contexto do ordenamento brasileiro, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³⁶; do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹³⁷; e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹³⁸ se deu no ano de 1992, ou seja, após a promulgação da Carta Magna de 1988¹³⁹.

Evidencia-se que a Constituição brasileira de 1988 assegura: logo no inciso III do seu artigo 1º, a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro¹⁴⁰; no seu art. 4º, inc. II, a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios da República brasileira nas suas relações internacionais¹⁴¹; no art. 5º, § 3º, a Constituição assegura que “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”¹⁴²; no art. 109, § 5º da Constituição é estabelecido que:

¹³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹³⁵ **Ibid.**

¹³⁶ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹³⁷ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹³⁸ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁴⁰ **Ibid.**

¹⁴¹ **Ibid.**

¹⁴² **Ibid.**

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.¹⁴³

A competência para as causas referentes a direitos humanos – que são explicitadas pelo supracitado §5º do artigo 109 da Constituição – é dos juízes federais, conforme o *caput* do art. 109 da Constituição Federal de 1988¹⁴⁴. E o *caput* do art. 134 da Constituição determina que a Defensoria Pública tem de promover os direitos humanos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sendo essa uma das suas incumbências como instituição¹⁴⁵.

A partir do teor dos dispositivos constitucionais, pode-se visualizar que há um arcabouço jurídico para a inclusão e aplicabilidade dos direitos humanos no direito brasileiro. No caso em específico do art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988 ressalta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos com procedimento distinto do explicitado pelo § 3º, do art. 5º da Carta Magna.¹⁴⁶

Há jurisprudência da Corte Constitucional brasileira com o entendimento de que as normas dos tratados internacionais sobre direitos humanos sejam consideradas como supralegais, isto é, acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição Federal de 1988. No âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/São Paulo, o Tribunal Pleno da Corte Constitucional brasileira decidiu pela não aplicabilidade de normas infraconstitucionais que davam substrato jurídico para a prisão por dívida da figura do depositário infiel. A Carta Maior de 1988, na parte final do inciso LXVII do artigo 5º, explicita a possibilidade de prisão por dívida do depositário infiel¹⁴⁷, contudo esse dispositivo constitucional não se harmoniza com a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pelo Estado brasileiro e que proíbe a prisão por dívida do depositário infiel (art. 7º, §7, da Convenção¹⁴⁸).¹⁴⁹

¹⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁴⁴ **Ibid.**

¹⁴⁵ **Ibid.**

¹⁴⁶ **Ibid.**

¹⁴⁷ **Ibid.**

¹⁴⁸ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/ SP - São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. **RE nº 466.343-1/ SP - São Paulo**. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1106-1330. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 28 set. 2022.

Logo, não há a revogação do dispositivo constitucional que possibilita a prisão por dívida do depositário infiel, entretanto, as normas infraconstitucionais que regulamentavam esse tipo de prisão foram consideradas sem aplicabilidade, por não estarem em harmonia com a Convenção Americana de Direitos Humanos adotada pelo Brasil, ainda que a adoção desse tratado internacional sobre direitos humanos não tenha sido realizada com o procedimento diferenciado explicitado pelo § 3º, do art. 5º da Carta Magna de 1988¹⁵⁰, conforme o Acórdão do Tribunal Pleno do STF.¹⁵¹

André de Carvalho Ramos defende que a adoção pelo STF de tratados sobre direitos humanos em dois modos diferenciados, supralegal e constitucional, requer uma revisão.¹⁵² Conforme esse autor, todos os tratados sobre direitos humanos deveriam ter *status* constitucional, de forma a se adequar a uma interpretação sistemática da Carta Magna de 1988, em especial considerando-se o art. 1º, *caput* e inciso III, e o art. 5º, §2º da Constituição, para uma maior efetivação dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito.¹⁵³

Os direitos humanos que são adotados no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro revestem-se do *status* de direitos fundamentais, e esses direitos são elencados, num rol exemplificativo, no Título II da Constituição brasileira de 1988, que trata dos direitos e das garantias fundamentais, nos artigos 5º ao 17. Conforme o §1º do art. 5º da Constituição é de aplicabilidade imediata as normas que definem os direitos e as garantias fundamentais¹⁵⁴, enquanto que o §2º desse artigo estipula que os direitos e as garantias explicitados pela Carta Magna de 1988 “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹⁵⁵, daí que

¹⁵⁰ “Art. 5º [...]”

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/ SP - São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. **RE nº 466.343-1/ SP - São Paulo**. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1106-1330. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 28 set. 2022.

¹⁵² RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 323.

¹⁵³ **Ibid.** p. 323.

¹⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁵⁵ **Ibid.**

a Constituição apresenta um rol exemplificativo, e abarca os tratados internacionais sobre direitos humanos¹⁵⁶ adotados pelo Estado brasileiro.¹⁵⁷

J. J. Gomes Canotilho ao tratar sobre as teorias dos direitos fundamentais explicita as seguintes: a teoria liberal; a teoria da ordem de valores; a teoria institucional; a teoria social; a teoria democrático-funcional; e a teoria socialista dos direitos fundamentais. Canotilho chega à conclusão de que aos direitos fundamentais é atribuída uma “multifuncionalidade”¹⁵⁸, nas palavras desse autor; com a finalidade de enfatizar todos os aspectos funcionais compreendidos de forma unilateral por cada teoria dos direitos fundamentais.¹⁵⁹

Canotilho prossegue e, acerca da aplicação das teorias dos direitos fundamentais, aponta que estas fornecem um auxílio na investigação de um entendimento de caráter material e adequado, do ponto de vista da Constituição, dos direitos fundamentais; ademais, esse autor sintetiza que é preciso haver uma “doutrina constitucional dos direitos fundamentais”¹⁶⁰, elaborada a partir de uma Constituição positivada num determinado ordenamento jurídico.¹⁶¹ Partindo-se dessas reflexões¹⁶², pode-se deduzir que para uma compreensão precisa dos direitos humanos no atual ordenamento jurídico brasileiro, faz-se preciso realizar uma análise da Constituição Federal de 1988 quanto aos direitos fundamentais.

Conforme destacado no tópico 2.1 deste capítulo, Michel Villey traz uma perspectiva crítica no sentido de que os direitos humanos possuem uma excessiva generalidade e imprecisão e, por isso mesmo, esses direitos podem ser utilizados para justificar as mais divergentes posições político-jurídicas¹⁶³. Michel Villey, ao abordar dilemas oriundos das interrelações dos direitos humanos, destaca que:

¹⁵⁶ Christian Courtis pontua que um princípio hermenêutico que articula os direitos adotados a partir do direito internacional dos direitos humanos e os direitos fundamentais originados a partir da Constituição do país é o princípio *pro homine* ou *pro hominis*, que consiste na prevalência da norma mais favorável à pessoa no exercício do seu direito, considerando-se que um mesmo direito pode ser simultaneamente regulado em um tratado internacional sobre direitos humanos e na Carta Magna do Estado nacional. Conforme exemplifica esse autor, o princípio *pro homine* ou *pro hominis* está previsto em tratados sobre direitos humanos, como no art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e no artigo 5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 15. p. 360.

¹⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1402.

¹⁵⁹ **Ibid.** p. 1396-1402.

¹⁶⁰ **Ibid.** p. 1403.

¹⁶¹ **Ibid.** p. 1403.

¹⁶² **Ibid.** p. 1403.

¹⁶³ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. p. 159-163.

O "direito à segurança" sempre será apenas uma expressão vazia se, por medidas apropriadas (tal como a lei Peyrefitte), não forem reforçados os meios de ação da polícia, e limitadas as garantias dos jurisdicionados. O "direito à vida" não combina bem com a liberdade do aborto; o direito ao casamento, com o direito ao divórcio. O direito da mulher a trabalhar - ou do pai - contrariará o direito da criança à educação. O "direito ao silêncio" é dificilmente compatível ao direito de manifestar na rua etc., e o "direito à intimidade", ao nosso direito à informação generalizada...¹⁶⁴

Ressalvadas as especificidades dos exemplos práticos trazidos por Villey, que se explicam tendo em vista que o autor norteia seu discurso na realidade jurídica, política e social da França de sua época; observa-se que é trazida uma grande constatação das ciências jurídicas: não há um direito absoluto. Até o direito à vida pode ser relativizado em determinadas situações. Um exemplo assim é trazido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que apesar de não prever a pena de morte, faz uma exceção para os casos de guerras declaradas, quando a pena de morte será possível (art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição)¹⁶⁵. Logo, esse é um primeiro elemento que se destaca na interpretação e aplicação dos direitos humanos, um direito sempre estará interrelacionado, direta ou indiretamente, com um outro direito, dever, situação jurídica ou mesmo uma situação fática. Daí a complexidade das ciências jurídicas e da aplicabilidade do direito na sociedade e no âmbito do Estado.

Ademais, Michel Villey pontua a significativa necessidade dos direitos humanos na atualidade, na medida em que esses direitos se configuram num fruto, num resultado, da época moderna.¹⁶⁶ Pode-se deduzir dessa constatação que a conquista dos direitos humanos, como são conhecidos na atualidade, é uma construção histórica que remonta a um período relativamente recente e, logo, os direitos humanos têm um longo percurso jurídico, histórico e social a trilhar, especialmente quanto à aplicabilidade e efetividade desses direitos. Ressalta-se, assim, o fator essencial da positivação dos direitos humanos pelos Estados. Se a generalidade dos direitos humanos dificulta a sua aplicabilidade, a falta de positivação desses direitos nos ordenamentos jurídico-estatais termina por ser um obstáculo; isso porque sem essa positivação os direitos humanos carecem de meios coercíveis mais efetivos e adequados à realidade local, no âmbito daquele determinado ordenamento, para serem cumpridos.

¹⁶⁴ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. p. 8.

¹⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁶⁶ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. p. 2.

Observa-se que mesmo quando já estão positivados num ordenamento jurídico interno, há obstáculos sociais, culturais e de políticas públicas para implementar integralmente os direitos humanos; daí a importância de que a falta de positivação dos direitos humanos no direito interno não seja mais um obstáculo a confrontar. Estando positivados os direitos humanos, surge uma outra questão: a interpretação e aplicabilidade desses direitos aos casos concretos¹⁶⁷.

Acerca da interpretação no direito, Hans Kelsen, no âmbito da sua teoria pura do direito, diferencia a interpretação autêntica, exercida pelos órgãos estatais oficiais (órgão aplicador do direito), e a interpretação não-autêntica, praticada pela ciência jurídica, pelos cientistas do direito; e evidencia que apesar da interpretação não-autêntica não criar direito, ela pode determinar as diferentes possibilidades de sentido de uma norma jurídica, incluindo as possibilidades que não sejam desejáveis politicamente.¹⁶⁸ A partir do pensamento de Kelsen, pode-se refletir que o cientista do direito ao expor o maior número existente de possibilidades de interpretação de uma norma de direitos fundamentais presta um benefício essencial para a sociedade, no sentido de desvelar quais interpretações poderão ser construídas para resolver um conflito jurídico num caso concreto.¹⁶⁹

E a interpretação proveniente da ciência jurídica poderá, inclusive, apontar possíveis falhas na redação da norma, que poderão ser resolvidas com uma nova norma que corrija essas falhas ou mesmo uma interpretação mais adequada daquela norma pelo órgão aplicador do direito diante do conflito posto em análise, como também, considerando-se a pluralidade de interpretações possíveis da norma jurídica para aquele caso concreto. Conforme analisa Lorena Freitas: “[...] não há direitos em geral e muito menos, direitos humanos em geral. O que há, efetivamente, são direitos humanos concretos, que podem agir a favor de uns e contra outros a depender da forma como são interpretados e aplicados”¹⁷⁰. Fica ressaltada, dessa forma, a importância da interpretação e aplicabilidade dos direitos humanos no meio social. É mediante a exegese e exercício dos direitos nos conflitos reais que se define exatamente a configuração prática dos direitos humanos, tendo os operadores do direito e os cientistas sociais aplicados papéis imprescindíveis nesse processo.

¹⁶⁷ No capítulo 4, subtópico “4.3.1 A jurisprudência da Corte Constitucional brasileira”, é explicitada uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente ao objeto desta tese. E no capítulo 5, no âmbito do tópico “5.2 Aspectos jurídico-sociais acerca do fenômeno do discurso de ódio sob uma análise tópica”, especifica-se o exame aprofundado, a partir da tópica jurídica, em dois casos concretos.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: João Baptista Machado. p. 245-251.

¹⁶⁹ **Ibid.** p. 245-251.

¹⁷⁰ FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos Direitos Humanos. In: Lorena Freitas; Enoque Feitosa. (Org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. 1ed. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2012, v. Único, p. 232.

No âmbito do direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) e os tribunais superiores têm significativo papel na pacificação e resolução de casos complexos, difíceis, envolvendo direitos humanos, com destaque para o Supremo Tribunal Federal (STF), a corte constitucional brasileira (art. 102, *caput*, da Carta Magna de 1988).¹⁷¹ Conforme o art. 92, §2º, da Constituição Federal de 1988: “O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional”¹⁷². Esse poder de determinar, estabelecer ou mesmo dizer o direito em todo o território nacional assegura um caráter essencial ao STF e aos tribunais superiores na hermenêutica jurídica acerca do direito brasileiro. O STF se destaca ainda pelo fato de lidar com casos difíceis em que, por vezes, direitos e princípios distintos são colocados em colisão nos casos concretos.

De acordo com o que foi apresentado na parte inicial deste tópico, a Constituição Federal de 1988, em seu Título II, traz os direitos e garantias fundamentais assegurados no âmbito da República Federativa do Brasil.¹⁷³ Como o Brasil adota documentos normativos internacionais de proteção dos direitos humanos, tanto do sistema global, da Organização das Nações Unidas, quanto do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, há uma significativa similaridade entre os direitos e garantias fundamentais dispostos pela Constituição nacional, com os direitos humanos previstos nas declarações internacionais e tratados adotados pelo Brasil. Exemplos desses documentos normativos internacionais, no sistema global de proteção da ONU, são: a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷⁴ (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁷⁵ (1966) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁷⁶ (1966); e no sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos: o Pacto de São José da Costa Rica (1969)¹⁷⁷.

Conforme examina Costas Douzinas, as principais nações ao discutirem sobre os conceitos e agendas dos direitos humanos, com o fim da Segunda Guerra Mundial, chegaram a

¹⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁷² **Ibid.**

¹⁷³ **Ibid.**

¹⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁷⁵ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁷⁶ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁷⁷ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

uma concordância em relação à manutenção da soberania nacional dos Estados, que não poderia ser excluída pelos direitos humanos; o problema dessas discussões, na esteira de Douzinas, é que os Estados mais fortes tinham seu poder, no discurso dos direitos humanos, ampliado, em comparação aos Estados menos influentes.¹⁷⁸ No direito brasileiro, a soberania está colocada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, logo no artigo 1º, inciso I, da Constituição.¹⁷⁹ Considerando-se esse contexto, faz-se preciso que os sujeitos de direito internacional, em especial os Estados e as Organizações Internacionais, estejam atentos para com as diferentes formas que o discurso dos direitos humanos possa se apresentar, e que cada Estado soberano componente da comunidade internacional tenha a possibilidade de participar ativamente nas discussões acerca do papel, da atuação e da extensão dos direitos humanos.

Danilo Zolo explicita, de forma crítica, que diversos governos ocidentais ou em torno desse plano ocidental (nesse ponto, Zolo dá o exemplo do Brasil como Estado que está nesse contexto de influência ocidental) assinaram documentos e normatizações internacionais de proteção de direitos com o intuito de neutralizar opositores internamente e, ao mesmo tempo, acreditando que não haveria problemas com as potências aliadas no contexto das relações internacionais e, desse modo, tolerantes com as violações.¹⁸⁰ Verifica-se, nesse ponto, uma crítica de Zolo para com um aumento das normatizações internacionais de proteção dos direitos humanos, não estando esse aumento sendo seguido pela efetiva concretização desses direitos.¹⁸¹ Observa-se que o artifício político de se assinar tratados e declarações internacionais - sem a intenção de na prática efetivá-los - precisa ser acompanhado por órgãos (nacionais e internacionais) de monitoramento da efetividade dos direitos humanos, como também pela sociedade civil do Estado em questão.

Ademais, Jorge Reis Novais, ao tratar acerca do sentido e alcance dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, explicita que os direitos fundamentais (representando o princípio do Estado de Direito) são limites de caráter jurídico e constitucional ao princípio democrático (que se baseia na vontade da maioria, na premissa majoritária). Sob essa perspectiva, Jorge Reis aborda os direitos fundamentais como verdadeiros trunfos contra a vontade da maioria; conforme esse autor, os direitos fundamentais, em relações verticais

¹⁷⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tradução de: Luzia Araújo. p. 130.

¹⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁸⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94. Colaboração de: Emilio Santoro; Tradução de: Carlo Alberto Dastoli. p. 86-87.

¹⁸¹ **Ibid.** p. 86-87.

(entre o Estado e a pessoa), se colocam como uma proteção em face de decisões tomadas pela maioria no âmbito político; já em relações horizontais, entre particulares, esses mesmos direitos fundamentais também protegem o indivíduo, inclusive em situações de desequilíbrio de poder, ou em face de terceiros que eventualmente estejam em posição de maioria.¹⁸² Pondera-se, nesse sentido, que mesmo num Estado Democrático de Direito há questões delicadas na aplicação dos direitos humanos, visto que a vontade da maioria nem sempre irá privilegiar os direitos das minorias.

2.2 A consolidação jurídica da dignidade humana

A consolidação da dignidade humana é ressaltada neste tópico considerando-se que esse princípio é utilizado para auxiliar na interpretação dos conflitos entre distintos direitos humanos. Assim, é tratada a relação entre dignidade humana e direitos humanos; o problema das colisões entre direitos; e a tópica de Theodor Viehweg aplicada ao problema das colisões¹⁸³. Na medida em que é algo diretamente relacionado ao problema de pesquisa explorado, o debate sobre as colisões entre direitos humanos tem um papel basilar no desenvolvimento da tese e subsidia a discussão nos capítulos seguintes, assim como, é retomado e discutido na perspectiva dos objetivos específicos da pesquisa.

Nesse sentido, o problema de pesquisa consiste em resolver o dilema de como promover a conciliação, no Estado Democrático de Direito, do direito à liberdade de expressão com o direito à igualdade e não discriminação, considerando-se o fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis e o arcabouço jurídico-social paradoxal herdado do período histórico anterior de ditadura militar. Em outras palavras: observando-se a peculiar transição recente do Brasil de uma ditadura militar (1964-1985) para um regime democrático, que modelo jurídico (com sua hermenêutica jurídica) seria eficaz (tanto da perspectiva da faceta jurídica, quanto da faceta social, relacionada ao desenvolvimento) para conciliar os direitos em tensão nos casos de discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro? Retoma-se o problema de pesquisa, já anteriormente apresentado no resumo e na introdução, pois que esse problema norteia a

¹⁸² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 32-34.

¹⁸³ Robert Alexy adota a terminologia “colisões entre princípios” e “conflitos entre regras”, a depender da natureza das normas que entram em tensão jurídica, conforme é detalhado no subtópico 2.2.2, a seguir.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 91.

pesquisa desenvolvida e sua respectiva hipótese, que conecta todos os capítulos da tese, sendo a hipótese no sentido de que o discurso de ódio além de não estar de acordo com o direito brasileiro, gera impactos negativos para a sociedade e o Estado, com efeitos negativos nos âmbitos político e social.

A consolidação da dignidade humana no século XX se dá num processo que tem por impulso os acontecimentos provenientes da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e como a comunidade internacional reagiu ao fim da guerra. Com a preocupação de se desenvolver declarações, pactos internacionais e tratados de direitos humanos que ressaltassem a dignidade humana, em harmonia com os direitos humanos. Esse processo de consolidação da dignidade humana, para ser bem-sucedido, necessitou da colaboração dos Estados da comunidade internacional, com destaque para a atuação de cada Estado no âmbito do seu ordenamento jurídico interno, ao positivar os direitos declarados internacionalmente.

Esse processo de consolidação da dignidade humana representa um avanço político, social, jurídico e cultural para a humanidade, com maior impacto nos países que efetivamente positivaram o princípio em si, como também os direitos humanos. É um avanço político pois que representa uma conquista construída, em parte, a base de consequências de uma guerra, negociações e vontade política por uma mudança. E, de outra parte, porque apesar das consequências da Segunda Guerra Mundial - como a constatação das atrocidades contra o povo judeu - terem tido um caráter catalisador, pois que aceleraram esse processo; as reflexões sobre a dignidade humana remontam a tempos anteriores, como bem evidenciam os estudos de Kant¹⁸⁴.

É um avanço social, pois que se relaciona não apenas com o reforço de direitos civis e políticos, com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁸⁵, como também se relaciona com uma maior busca por promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, com destaque para o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁸⁶; ambos os Pactos de 1966, conforme citado anteriormente. A comunidade internacional se dá conta de que a concretização da dignidade humana vai além de garantias civis e políticas. Para que haja

¹⁸⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. Tradução de: Paulo Quintela. p. 68.

¹⁸⁵ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁸⁶ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

uma efetiva concretização da dignidade se faz preciso que todos os direitos humanos sejam assegurados às pessoas; especialmente, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Além disso, o processo de consolidação da dignidade humana representa um avanço jurídico, pois que há uma busca por explicitar esse princípio em documentos normativos internacionais¹⁸⁷, e no ordenamento dos Estados. No caso da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado entre os princípios fundamentais, no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988¹⁸⁸.

E pode-se afirmar que a consolidação da dignidade humana representa um avanço cultural. Tendo em vista que as atrocidades decorrentes da Segunda Guerra Mundial foram abertas à comunidade internacional, publicizadas, o que fomentou nas pessoas uma disposição de mudança de postura. Essa mudança de postura foi no sentido de promover meios de assegurar que atrocidades como as ocorridas entre 1939 e 1945 não ocorram novamente.

2.2.1 Dignidade humana e direitos humanos

Ao se abordar nesta pesquisa a dignidade humana o foco é em sua dimensão como princípio jurídico-constitucional que possui função basilar no ordenamento brasileiro, e isso decorre do próprio direito internacional dos direitos humanos. A Carta das Nações Unidas de 1945¹⁸⁹, que constituiu a Organização das Nações Unidas, prevê logo em seu preâmbulo a reafirmação da dignidade humana.¹⁹⁰ E a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁹¹ reforça o reconhecimento da dignidade humana em seu preâmbulo, como também em seu artigo 1º, que explicita a dignidade de todas as pessoas a partir da sua condição de seres

¹⁸⁷ Destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo e nos artigos 1º e 23. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu preâmbulo e no artigo 13. BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

E o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu preâmbulo e no artigo 10. BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁸⁹ BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 08 mar. 2024.

¹⁹⁰ **Ibid.**

¹⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

humanos, e o art. 23, que destaca a relação entre dignidade humana e proteção social.¹⁹² Adicionalmente, os Pactos Internacionais de 1966, ambos em seus preâmbulos, ressaltam o teor assegurado pela Carta das Nações Unidas quanto à garantia da dignidade humana, e destacam que os direitos humanos são uma decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, isso é enfatizado tanto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)¹⁹³, quanto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)¹⁹⁴.

Conforme visto, logo no primeiro artigo, inciso III, da Constituição Federal de 1988 é assegurada a dignidade da pessoa humana, que possui assim uma natureza jurídica de princípio, ressaltando-se sua localização de destaque na Carta Magna.¹⁹⁵ A natureza jurídica da dignidade humana de princípio basilar no ordenamento termina por ter um impacto social e jurídico na sociedade, considerando-se que decisões paradigmáticas em casos difíceis no âmbito da Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, fundamentam-se, de forma central, com base no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹⁶.

Jorge Reis Novais, ao tratar da dignidade como princípio jurídico-constitucional, ressalta que a proteção jurídica da dignidade da pessoa humana implica que esse princípio tenha aplicabilidade tanto nas interações verticais entre o Estado e os indivíduos quanto nas relações de caráter horizontal entre particulares.¹⁹⁷ E Robert Alexy, ao abordar o conceito de dignidade humana como princípio, articula que a dignidade pode fazer parte de um processo de

¹⁹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁹³ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁹⁴ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁹⁶ Por exemplo, sob a ótica do objeto de pesquisa desta tese, o caso Ellwanger, *Habeas Corpus* nº 82424/RS, julgado paradigmático no qual o princípio da dignidade da pessoa humana desempenhou papel central na resolução da colisão entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação, conforme é examinado no capítulo 4 desta tese, no tópico “4.2.3 O embate jurídico entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação: o caso do *Habeas Corpus* nº 82424/RS”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**: EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

¹⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: volume I - Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. p. 18.

balanceamento ou, em outras palavras, de ponderação, quando configurada como princípio.¹⁹⁸ Esse autor explicita que o caráter da norma de dignidade humana abarca a dignidade como princípio e como regra no âmbito jurídico, sendo que a configuração que é dominante na estrutura normativa da dignidade humana é o seu formato como princípio – tanto que a possibilidade de estruturar a dignidade da pessoa humana como regra depende da sua configuração como princípio, de acordo com Robert Alexy.¹⁹⁹

Ademais, Yara Maria Pereira Gurgel trata do conceito de igual dignidade como parte do conteúdo normativo da dignidade humana. Conforme essa autora, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, irá tratar – de forma pioneira e expressa, no âmbito ocidental – do direito à igual dignidade, que, por sua vez, de acordo com a autora, consiste na garantia de um valor intrínseco, de caráter equivalente, aos diversos sujeitos de direito; independentemente de suas capacidades e características pessoais, sendo exigida apenas a condição humana.²⁰⁰

Yara Maria Pereira Gurgel também explicita que nos tratados de direitos humanos a igual dignidade é normativamente imposta, na medida em que é possibilitado tratamento diferenciado – através de ações afirmativas – considerando-se as necessidades e peculiaridades juridicamente protegidas das pessoas; e com repercussões no direito interno dos Estados, em que a igualdade material é assegurada em diversas constituições após a Segunda Guerra Mundial, como um reflexo do princípio da igualdade e da não discriminação, e isso como desenvolvimento da própria dignidade humana, conforme destaca a autora.²⁰¹ Logo, na esteira dessa autora, pode ser realizada uma associação entre o princípio da dignidade humana e o direito à igualdade e não discriminação.²⁰²

Sobre a fundamentação de um programa dos direitos humanos, Lorena Freitas reflete que o enfoque dessa fundamentação, para a maioria que não é beneficiada por esses direitos, não pode estar restringido às garantias formais dos direitos humanos ou de seu fundamento precedente ao meio social, isso porque são sobre essas bases restringidas que se sustenta a perspectiva individualista egoísta (liberal-clássica), isto é, que exclui muitas pessoas das

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. Tradução de: Rogério Luiz Nery da Silva. p. 28.

¹⁹⁹ **Ibid.** p. 29-30.

²⁰⁰ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais**. 2018. 218 f. Tese (Pós-Doutorado) - Curso de Pós-Doutoramento em Direito e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. p. 100-101.

²⁰¹ **Ibid.** p. 100-101.

²⁰² **Ibid.** p. 100-101.

garantias dos direitos humanos.²⁰³ Enoque Feitosa também explicita que a perspectiva individualista, liberal, dos direitos humanos, não deve excluir a busca da concretização dos direitos sociais, para que, efetivamente, se possa enxergar o direito como ele é, uma construção social, e não apenas mero formalismo.²⁰⁴

Trazendo essas reflexões para o conceito da dignidade da pessoa humana, pode-se deduzir que a dignidade humana, por estar vinculada à garantia e exercício dos direitos humanos como um todo, não pode ficar restrita a uma perspectiva isolada; a dignidade humana tem de abarcar todos os seres humanos, independentemente de diferenças sociais, de nacionalidade, etnia, orientação sexual, entre outros diversos caracteres que distinguem as pessoas, e essa dignidade precisa considerar também os aspectos sociais necessários para que cada ser humano tenha seus direitos concretizados, tenha as condições materiais suficientes para que os direitos humanos se efetivem.

Além disso, assevera Enoque Feitosa no sentido de que ganha importância, nos âmbitos da teoria e da prática, a assertividade de políticas de promoção dos direitos, como também demandas dos setores do meio social para que esses direitos sejam efetivados, não sendo suficiente, para que haja eficácia, a mera existência formalizada.²⁰⁵ Sob esse prisma, a garantia formal dos direitos humanos, por si só, não assegura a todas as pessoas de uma determinada sociedade o efetivo exercício desses direitos, sendo imprescindíveis as políticas de fomento, além da atuação da sociedade para a garantia dos direitos tendo em vista, em especial, a questão social.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirma-se que os Estados membros se comprometem com o respeito universal dos direitos e liberdades fundamentais.²⁰⁶ Essa característica da universalidade dos direitos humanos, logo, precisa ser visualizada sob uma perspectiva crítica, observando-se que a mera garantia formal dessa universalidade numa declaração não é suficiente para concretizar amplamente os direitos humanos. Conforme explicitado em tópicos anteriores, observando-se as características do direito moderno, a positivação dos direitos humanos pelo Estado e a garantia dos meios para sua concretização se fazem necessários.

²⁰³ FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos Direitos Humanos. In: Lorena Freitas; Enoque Feitosa. (Org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. 1ed. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2012, v. Único, p. 228-229.

²⁰⁴ SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. A defesa dos direitos fundamentais como direitos humanos e as tensões na forma jurídica. **Cadernos de Direito Actual**, v. 5, p. 85-93, 2017. p. 93.

²⁰⁵ **Ibid.** p. 87.

²⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

De toda forma, feitas essas ressalvas, o cumprimento dos direitos e liberdades fundamentais emanados da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) harmoniza-se com a nova configuração jurídica internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial, isso porque após todas as violações de direitos humanos cometidas contra grupos específicos de pessoas, como o caso dos judeus pelo regime nazista alemão, fez-se preciso reafirmar que todas as pessoas são iguais na medida em que todas possuem dignidade e, conseqüentemente, que para possuir direitos humanos basta ser uma pessoa.

Essa ideia da dignidade da pessoa humana vem sendo desenvolvida, ainda que de forma preambular, séculos antes da eclosão da segunda guerra mundial; por exemplo, com o pensamento kantiano de que as pessoas possuem um fim em si mesmas, não devendo ser usadas como meros objetos; diferentemente das coisas, que não se configuram como um fim em si mesmas²⁰⁷, apesar das limitações conceituais do pensamento kantiano quando comparado com a evolução histórica do conteúdo da dignidade humana até a atualidade²⁰⁸.

Norberto Bobbio, ao investigar em sua obra “Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant” as categorias kantianas, ressalta que a categoria “metafísica dos costumes” de Kant consiste em se desvendar as leis que normatizam o agir das pessoas, a sua conduta, dentro de uma perspectiva racional; e a partir dessa reflexão de Norberto Bobbio, pode-se deduzir que Kant estava, em certa medida, fundamentado com base nas leis da sua época, já que a sua metafísica se traduz exatamente no estudo das normas que regulam a conduta das pessoas, conforme explicitado por Bobbio.²⁰⁹

Tendo em consideração essas reflexões, o conteúdo material dos direitos humanos faz parte, de forma robusta, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), além de prever a não exclusão de eventuais direitos humanos que sejam adotados por meio de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte.²¹⁰ O art. 5º da CF/88 ainda estabelece a igualdade

²⁰⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. Tradução de: Paulo Quintela. p. 68.

²⁰⁸ Yara Maria Pereira Gurgel assevera que há contribuição positiva e significativa do pensamento kantiano no que se refere à dignidade humana, com destaque para a proibição da pessoa ser “coisificada”; mas que apesar disso, nos escritos de Kant ficam desprotegidas as pessoas que não podem externalizar as suas escolhas, por exemplo, aquele que é hipossuficiente em decorrência de fatores sociais, ou mesmo o nascituro, conforme essa autora. Logo, foram necessários aprimoramentos nessa ideia desenvolvida por Kant, para que se possa chegar ao conceito atual de dignidade humana, relacionado com a condição humana, independentemente da capacidade de externalização de escolhas racionais.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais**. 2018. 218 f. Tese (Pós-Doutorado) - Curso de Pós-Doutoramento em Direito e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. p. 26.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1995. Tradução de: Alfredo Fait. p. 51.

²¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

de todos 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”²¹¹; percebe-se que a Constituição brasileira está em harmonia com a ordem jurídico-internacional dos direitos humanos estabelecida após o fim da Segunda Guerra Mundial, sob influência da Organização das Nações Unidas, sendo imprescindíveis, entretanto, políticas públicas, arcabouço normativo específico e atuação da sociedade para assegurar a concretização dos direitos humanos, observando-se a dignidade humana.

Desse modo, surgem indagações: a concretização dos direitos humanos se efetiva, na prática, na sociedade brasileira? O fato de um país ter adotado a declaração universal de direitos humanos de 1948 e os pactos internacionais de 1966 garante a eficácia dos direitos humanos para os seus cidadãos?

Respondendo-se aos questionamentos levantados, pode-se afirmar, em primeiro lugar, que a concretização dos direitos humanos se efetiva parcialmente na realidade social brasileira, por causa das dificuldades sociais de grande parte da população, que não possui as condições materiais mínimas necessárias para assegurar eficaz e amplamente todos os direitos humanos estipulados normativamente. Reflete-se, por outro lado, que até quando a pessoa possui as condições sociais mínimas, ainda é possível que haja direitos humanos seus que sejam violados, por exemplo, devido a uma falha do Estado. Todavia, do ponto de vista constitucional e jurídico, da garantia formal, esses direitos estão previstos na Constituição Federal de 1988, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Constata-se que essa observância dos direitos humanos - verificável do ponto de vista da previsão constitucional e jurídica - encontra grandes barreiras e limites de concretização na realidade social brasileira. Esse aspecto da concretização normativa no meio social não decorre, preponderantemente, de uma falta de previsão formal dos direitos humanos, mas sim a falta de planejamento, recursos e políticas públicas mais assertivas para a concretização dos direitos para todos, com destaque para os direitos econômicos, sociais e culturais.

Ao se responder ao primeiro questionamento acaba-se por responder também à segunda questão levantada. O fato de um país ter adotado a declaração universal de direitos humanos de 1948 e os pactos internacionais de 1966 e, por consequência, positivado em algum momento os direitos humanos em seu direito interno, garante a previsão formal desses direitos para todos os seus cidadãos do ponto de vista jurídico-constitucional, mas não necessariamente no que se refere à realidade social aferível. É possível haver uma diferença, que pode variar em

²¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

intensidade - a depender do Estado, da sociedade e do período histórico em análise - quanto à garantia formal dos direitos e sua efetividade no meio social. O necessário é que além de promover a positivação dos direitos humanos em seu direito interno, o Estado possa desenvolver mecanismos e políticas de concretização desses direitos, estando, assim, em harmonia com o princípio da dignidade humana.

Robert Alexy, ao abordar os direitos fundamentais, traz a tese das fundamentalidades formal e substancial das normas de direitos fundamentais. De acordo com Alexy, a fundamentalidade formal consiste no fato de que as normas de direitos fundamentais estão numa posição superior, no topo, no contexto do ordenamento jurídico e, logo, devem essas normas terem o atributo de vincular os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário); e a fundamentalidade substancial decorre do entendimento, conforme esse autor, de que os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais orientam as decisões acerca do substrato normativo basilar tanto do ente estatal, como também da sociedade.²¹²

Verifica-se, destarte, alguns elementos essenciais para uma maior efetivação dos direitos humanos. Por um lado, a sua positivação pelo Estado com observância do princípio da dignidade humana, inclusive para fomentar um aperfeiçoamento da segurança jurídica das pessoas; e, por outro lado, a promoção de políticas públicas e a estruturação de sistemas de monitoramento da efetividade desses direitos.

Pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma significativa função interpretativa no âmbito das colisões entre direitos no contexto do ordenamento jurídico, considerando-se a consolidação desse princípio no direito internacional dos direitos humanos e no direito brasileiro, com uma posição normativa de destaque, inclusive na Carta Magna de 1988 e na hermenêutica de casos paradigmáticos julgados pela Corte Constitucional brasileira.²¹³ Um caso paradigmático que pode ser exemplificado é o *Habeas Corpus* nº 82424/RS, o caso Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003²¹⁴, e que é examinado na seção “4.2.3”, acerca do embate jurídico entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação.

²¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 520-522.

²¹³ BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação**: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 40-45.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022.

2.2.2 O problema das colisões entre direitos fundamentais

Michel Villey pontua que a um determinado direito sempre haverá um outro, igualmente protegido pela ordem jurídica, e que lhe impõe uma força de tensão oposta em um determinado conflito, como na situação entre o direito à intimidade e o direito à informação.²¹⁵ O ordenamento jurídico de um Estado nacional costuma possuir uma significativa diversidade de direitos e isso é interessante para o cidadão, para o povo. Entretanto, justamente por ter uma grande diversidade de direitos, ocorre de nos casos concretos, nos litígios colocados para exame pelos órgãos jurídicos, tanto administrativos quanto judiciais; direitos e princípios jurídicos entrarem em conflito ou tensão entre si.

Para atingir os objetivos que são colocados na presente pesquisa o enfoque é nos órgãos judiciais, para análise de casos práticos, em especial a Corte Constitucional brasileira, isto é, o Supremo Tribunal Federal. As colisões entre direitos verificadas são aquelas concernentes ao fenômeno do discurso de ódio, em que se destacam a liberdade de expressão e o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação, e com implicações para o direito à vida, o direito à integridade física e moral, e o direito à intimidade e vida privada.

O direito à liberdade de expressão se relaciona diretamente com a temática pois que a questão do discurso de ódio impacta sobre os limites da liberdade de expressão e a determinação acerca de se esses limites foram violados ou não; limites no sentido da área protetiva da liberdade de expressão a que toda pessoa tem direito no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Por sua vez, o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação é um direito que entra diretamente em tensão com a liberdade de expressão nos casos limítrofes de análise acerca de se um discurso foi de ódio ou não; se aquele discurso foi negativamente discriminatório para com grupos vulneráveis.

O direito à vida e o direito à integridade física e moral entram indiretamente nessa análise, pois que o discurso de ódio tem o potencial de instigar às pessoas a agredir e causar danos físicos, para além do dano moral, àqueles que são vítimas desse tipo de discurso. Quanto ao direito à intimidade e vida privada, esse é um direito que mesmo em conflitos não relativos diretamente ao discurso de ódio, já costuma entrar em conflito com a liberdade de expressão. Não obstante, o conflito que se pretende verificar entre o direito à intimidade e vida privada, de um lado, e a liberdade de expressão, de outro, nesta pesquisa, são aqueles que envolvam discursos de ódio; como também nas demais tensões entre direitos supracitadas.

²¹⁵ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. p. 8.

Nesse contexto, cabe uma consideração sobre princípios jurídicos e normas ou regras jurídicas. De acordo com Michel Troper, os princípios jurídicos configuram-se em normas jurídicas; isto é, a grande generalidade ou natureza programática dos princípios não lhes retira o caráter de serem normas jurídicas, ocorrendo por vezes de uma mesma norma ser em determinadas perspectivas denominada como princípio e em outras como regra, conforme exemplifica Michel Troper com o princípio ou regra da separação dos poderes.²¹⁶ No plano do direito brasileiro, exemplifica-se, a depender do contexto, o princípio e o direito ou regra da igualdade. A Constituição Federal de 1988 traz a igualdade como princípio no art. 4º, inciso V (princípio da igualdade entre os Estados); e no art. 206, inciso I (princípio da igualdade de condições tanto para o acesso quanto para a permanência na escola). A Carta Magna brasileira também aborda a igualdade como um direito, como no *caput* do art. 5º (direito à igualdade); e no inciso XXXIV do art. 7º (direito dos trabalhadores urbanos e rurais a igualdade de direitos no que se refere ao trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso).²¹⁷

Virgílio Afonso da Silva, com fundamentos em Robert Alexy, assevera que quando se está diante de um conflito entre distintas regras há um problema de validade, sem margem para ponderação, tendo em vista que, conforme esse autor, a regra tem validade ou não na aplicabilidade do direito aos fatos, podendo-se resolver esse tipo de conflito com as soluções: 1) “*lex specialis derogat legi generali*” (em tradução livre: “a norma mais específica prevalece sobre a norma geral”); 2) “*lex posterior derogat legi priori*” (em tradução livre: “a norma mais recente ou posterior prevalece sobre a norma antiga”); ou 3) “*lex superior derogat legi inferior*” (em tradução livre: “a norma hierarquicamente superior prevalece sobre a norma inferior”); a depender do caso, conforme esse autor.²¹⁸

Virgílio Afonso da Silva ainda explicita que, distintamente do que ocorre na situação de conflitos entre regras, no caso dos princípios as colisões não são solucionadas, de forma estrita, no plano da validade.²¹⁹ Esse autor destaca que no âmbito das colisões entre diferentes princípios não há como – a partir da concepção utilizada por Robert Alexy – que um princípio prevaleça sobre o outro em toda e qualquer situação, visto que um princípio prevalece sobre o

²¹⁶ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 95.

²¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 33-34.

²¹⁹ **Ibid.** p. 34.

outro a partir de determinadas condições fáticas e jurídicas do caso analisado, e apenas quando se verificarem tais condições é que um determinado princípio prevalece sobre o outro.²²⁰

Robert Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais, assevera que regras e princípios se configuram em distintas espécies de normas²²¹, em que os princípios se caracterizam como “mandamentos de otimização”²²² que orientam que uma determinada ação seja realizada no maior grau possível e no âmbito das possibilidades, tanto jurídicas quanto fáticas, sob exame.²²³ Ademais, Robert Alexy explicita que as regras, por sua vez, se caracterizam por conterem “determinações”²²⁴ no contexto do que é possível nos aspectos fático e jurídico; as regras têm de ou serem aplicáveis ou não serem aplicáveis na situação sob exame; desse modo, conforme esse autor, há uma diferença qualitativa²²⁵ entre as duas espécies de norma, isto é, entre os princípios e as regras.²²⁶

Conforme Robert Alexy, quando diferentes princípios colidem num determinado caso concreto, observadas determinadas condições, um dos princípios prevalece sobre o outro; sendo que essa prevalência varia a partir das condições verificadas em cada situação sob exame, ou seja, em cada caso; os pesos dos princípios variam a partir dessas condições, de acordo com esse autor.²²⁷ Outrossim, Robert Alexy sintetiza que as colisões entre distintos princípios se resolvem no plano do peso (considerando-se que apenas princípios válidos podem entrar em colisão); enquanto que os conflitos entre regras são solucionados no plano da validade.²²⁸

No âmbito da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy faz-se preciso considerar que esse autor relaciona a teoria dos princípios com o aspecto da proporcionalidade, numa interrelação intrínseca²²⁹; sendo a proporcionalidade compreendida em suas facetas parciais: 1)

²²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 34-35.

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 87.

²²² **Ibid.** p. 90.

²²³ **Ibid.** p. 90.

²²⁴ **Ibid.** p. 91.

²²⁵ Ronald Dworkin corrobora essa distinção na natureza entre princípios e regras no âmbito do direito. De acordo com Ronald Dworkin, num sistema jurídico as regras são aplicáveis ou, por outro lado, não aplicáveis, destacando-se sua análise no plano da validade jurídica; enquanto os princípios se destacam por possuir, diferentemente das regras, o plano do peso ou da importância no específico caso concreto em análise.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito). Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. p. 39-43.

²²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 90-91.

²²⁷ **Ibid.** p. 93-94.

²²⁸ **Ibid.** p. 93-94.

²²⁹ **Ibid.** p. 116.

adequação; 2) necessidade (mecanismo de menor gravidade); e 3) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação ou exame dos pesos no caso sob exame), conforme esse autor.²³⁰

Apresentadas essas diferenças entre os princípios e as regras na concepção de Robert Alexy, interessante notar que esse autor destaca uma característica que está presente tanto nas “colisões entre princípios”²³¹ quanto nos “conflitos entre regras”²³², dentro da terminologia utilizada na sua teoria dos direitos fundamentais.²³³ Robert Alexy argumenta que em ambas as situações duas normas distintas, caso sejam aplicadas de forma isolada, resultariam em resoluções jurídicas impossíveis de conciliação entre si, isto é, contraditórias.²³⁴

Além disso, é preciso explicitar o posicionamento crítico de Humberto Ávila no sentido de que o conceito de princípios abarca não apenas aqueles que estão sujeitos ao procedimento da ponderação, mas também outros que não se submetem a esse procedimento, como os “princípios estruturantes”²³⁵; Humberto Ávila exemplifica o caso do princípio federativo e do princípio da separação dos poderes, que têm em seu conteúdo a atuação do ente estatal e, conforme esse autor, não podem ser afastados em casos concretos mediante a ponderação.²³⁶ Desse modo, Humberto Ávila argumenta que o procedimento da ponderação não é algo inerente a todos os princípios do ordenamento jurídico.²³⁷

Acerca da questão de prevalência ou preponderância de um direito sobre outro, Michel Villey explicita que a promessa de liberdade de expressão plena (sem limites) por parte de declarações de direitos configura-se como impraticável, e coloca como contraponto a essa liberdade de expressão a não tolerância de “provocações às violências racistas”.²³⁸ Conforme Villey, cada direito humano representa um contraponto a outros direitos humanos, havendo a ocorrência de injustiças se um determinado direito é aplicado sem considerar-se o conteúdo dos outros direitos humanos.²³⁹

Esses conflitos entre direitos fazem parte da dinâmica do próprio ordenamento jurídico e, como assevera Norberto Bobbio, tendo em vista que um determinado ordenamento jurídico

²³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 116-117.

²³¹ **Ibid.** p. 91.

²³² **Ibid.** p. 91.

²³³ **Ibid.** p. 91.

²³⁴ **Ibid.** p. 91-92.

²³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 153.

²³⁶ **Ibid.** p. 149-153.

²³⁷ **Ibid.** p. 155-161.

²³⁸ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. p. 6.

²³⁹ **Ibid.** p. 8.

possua mais de uma norma, logo, deverá haver a preocupação de se essas normas configuram uma unidade e de que forma essa unidade é constituída, como também, se essa unidade é sistêmica, isto é, se compõe um sistema.²⁴⁰

Num determinado ordenamento jurídico, com direitos diversos e amplamente assegurados, é natural que ocorram colisões entre esses direitos. O Estado tem a competência, por meio de seus órgãos jurisdicionais, de analisar os conflitos entre os direitos fundamentais e dar uma resposta no contexto dos casos concretos que são colocados para apreciação. Para realizar a tarefa de resolver o problema das colisões de direitos nos casos concretos que surgem na sociedade e que são apresentados perante os órgãos estatais jurisdicionais, o Estado, através do Poder Judiciário, necessita realizar uma atividade hermenêutica, interpretando-se os direitos em tensão, conforme as variações e particularidades de cada caso concreto.

Essa atividade interpretativa realizada no âmbito do Poder Judiciário ocorre com relevante auxílio das partes, por meio de seus advogados, e Ministério Público, quando for o caso, em cada processo judicial. As partes em oposição num determinado processo judicial, ao defenderem posições antagônicas, cada uma destas fundando-se em direitos humanos diferentes (ou, por vezes, o mesmo direito, mas com interpretações diferentes), terminam por provocar para que seja iniciada a atividade interpretativa pela autoridade jurisdicional, como também, fornecem fatos e reflexões interpretativas para que sejam apreciadas pelo Poder Judiciário.

Acerca da atividade hermenêutica realizada pelos órgãos que têm a competência de aplicar o direito, conforme Hans Kelsen, a interpretação autêntica pode assumir dois formatos diferentes, um geral e outro particular: sendo, no primeiro caso, a interpretação dada por uma normatização geral para diversas situações; e, no segundo caso, particular, quando o órgão que realiza a aplicabilidade do direito desenvolve essa atividade hermenêutica para um caso concreto específico.²⁴¹

Michel Troper, ao abordar os métodos aplicáveis à interpretação jurídica, destaca quatro tipos de interpretação: a interpretação semiótica, que parte da língua, podendo ser esta a língua técnica do direito; a interpretação genética, que busca a verdadeira intenção de quem produziu o texto em análise; a interpretação sistêmica, que busca conectar o texto como um todo, em suas diversas passagens; e a interpretação funcional, que interpreta o texto a partir da função que se atribui a ele.²⁴² Troper reflete que a operação interpretativa do direito conduz a mais de

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc.: Cláudio De Cicco. p. 34.

²⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: João Baptista Machado. p. 249-250.

²⁴² TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 129-132.

um resultado possível, a depender da forma como os argumentos utilizados são hierarquizados na atividade hermenêutica, utilizando-se mais de um tipo de interpretação em cada caso, havendo uma verdadeira sobreposição de tipos de interpretação.²⁴³ Pondera-se que a utilização de mais de um tipo de interpretação nos casos jurídicos tem a tendência de contribuir para uma compreensão mais apurada do caso concreto, visto que a análise foi realizada visualizando-se o problema por diferentes ângulos.

Acerca da aplicação do direito e das possibilidades dessa aplicação, Hans Kelsen explica, de maneira didática, que o direito posto consiste numa espécie de “moldura” dentro da qual há diversas opções de aplicabilidade, distintas possibilidades, que existem e são passíveis de aplicação pelo operador do direito; podendo este optar por distintos sentidos de aplicação, desde que dentro dessa “moldura”.²⁴⁴ Interessante notar que Kelsen argumenta que ao se considerar o processo interpretativo como um meio de fixar cognoscitivamente o sentido do objeto a ser interpretado; a interpretação jurídica, assim, conforme esse autor, deve ser entendida como não apenas o desvelamento das diversas possibilidades de aplicação que existem no interior da “moldura”, mas também a determinação da própria “moldura”, a determinação dos limites do direito a ser interpretado.²⁴⁵

No âmbito do objeto de pesquisa apresentado nesta tese, por vezes, são colocadas situações em que é preciso ser analisado – para além de potenciais tensões entre direitos fundamentais – também se uma das posições jurídicas, supostamente fundamentada em determinado direito fundamental, está mesmo compreendida entre as possibilidades de aplicação oferecidas pelo direito posto, pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que se chegue à conclusão de que uma determinada posição jurídica supostamente fundamentada em um direito humano nem sequer está dentro das possibilidades oferecidas pelo direito posto, ou seja, configura-se fora do ordenamento jurídico, até mesmo para se chegar a essa ilação, é preciso um processo interpretativo, com a utilização de argumentação e hermenêutica jurídica.

Nesse ponto, cabe uma reflexão crítica. Enoque Feitosa explicita que o direito tem a característica de justificar o poder, tornando esse poder legítimo e havendo, assim, a justificação da própria dominação.²⁴⁶ Logo, tendo em vista essas considerações²⁴⁷ e aplicando-as neste

²⁴³ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 130-132.

²⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: João Baptista Machado. p. 247.

²⁴⁵ **Ibid.** p. 247.

²⁴⁶ SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. **O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. 2008. 231 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. p. 47.

²⁴⁷ **Ibid.** p. 47.

momento, com adaptações, devido ao distinto objeto de pesquisa nesta tese em análise, faz-se mister refletir que a sociedade civil e as instituições democráticas precisam estar atentas a qual poder o direito está justificando. O Estado Democrático de Direito precisa estar constantemente atento para que forças ditatoriais não façam retroceder os direitos humanos assegurados, em especial, pela Constituição Federal de 1988, no contexto do atual direito brasileiro.

Abordada essa reflexão, ressalta-se que questões relativas às tensões entre a ditadura e a democracia no Brasil são aprofundadas no capítulo seguinte. De todo modo, é colocada neste ponto essa reflexão, pois que se entende que o operador do direito, para realizar uma interpretação jurídica mais apurada, tem de considerar o histórico e o contexto político-social em que o direito posto foi construído e continua a ser desenvolvido, visto que, mudanças hermenêuticas, e até mesmo das próprias normas jurídicas, podem ocorrer num determinado ordenamento.

Norberto Bobbio, ao abordar o dever da coerência do ordenamento jurídico, expõe que para que haja a justiça no contexto do ordenamento é preciso que também haja, como condição, a coerência. Esse autor não considera que a validade do ordenamento jurídico dependa da coerência, mas a justiça sim. Bobbio explicita que quando há normas válidas e contraditórias entre si, dois requisitos não são cumpridos: a certeza, isto é, a ordem; e a justiça, compreendida como tratamento igual para os que se encontram numa mesma posição jurídica.²⁴⁸

Note-se que normas contraditórias podem coexistir, de forma válida, num determinado ordenamento jurídico. Entretanto, a existência de normas contraditórias tem a tendência de provocar a sociedade e o Estado no sentido de dar uma resposta para a aparente contradição. Essa resposta pode ser dada por meio de mudanças legislativas, que são exercidas tipicamente pelo Poder Legislativo. E há a possibilidade de o conflito entre normas contraditórias ser resolvido pelo Poder Judiciário, com eficácia para um caso concreto específico, ou mesmo com eficácia para todos os tribunais e instâncias do Poder Judiciário - se a interpretação jurídica que solucionou o problema for aplicada com eficácia *erga omnes* (para todos) por um tribunal constitucional, a exemplo do Supremo Tribunal Federal no plano do direito brasileiro.

Maria Celina Bodin de Moraes ao tratar acerca do conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta que esse princípio é composto dos seguintes quatro subprincípios ou corolários: a igualdade; a integridade física e moral; a liberdade; e a

²⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc.: Cláudio De Cicco. p. 110-114.

solidariedade.²⁴⁹ De acordo com essa autora, quando da ocorrência de colisões, considerando-se que o princípio maior da dignidade humana tem de ser concretizado, o que ocorre é a ponderação entre os subprincípios decorrentes em cada caso concreto, de forma a se efetivar, na maior medida possível, o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁵⁰

Trazendo-se essa aplicabilidade²⁵¹ para os casos em que se apresenta indícios da ocorrência de discurso de ódio contra grupos vulneráveis verifica-se que os subprincípios diretamente envolvidos para a concretização da dignidade da pessoa humana são a igualdade e a liberdade, e com implicações para os subprincípios da integridade física e moral, como também da solidariedade. Desse modo, a igualdade associa-se com a violação do direito à igualdade e não discriminação das pessoas que sofreram o discurso de ódio, enquanto a liberdade vincula-se com o direito à liberdade de expressão daquele que supostamente emitiu um discurso de ódio.²⁵²

Para se resolver esse dilema, uma vez constatado que realmente ocorreu um discurso de ódio, os demais subprincípios da dignidade humana auxiliam nessa operação hermenêutica. Isso porque o discurso de ódio, como uma forma de violência a partir da linguagem, pode provocar ou fomentar outros formatos de violência, com danos exatamente à integridade física e moral, que também compõe o núcleo principal da dignidade humana, conforme visto²⁵³. E, por outro lado, a solidariedade se vincula com uma especial atenção para a faceta coletiva, o bem-estar da sociedade, e que não se compatibiliza com discursos negativamente discriminatórios. Logo, numa análise, em abstrato, da ocorrência de discurso de ódio contra grupos vulneráveis, a ponderação dos subprincípios da dignidade da pessoa humana é mais favorável à prevalência do direito à igualdade e não discriminação para que o princípio da dignidade humana em si, como escopo hermenêutico norteador, seja concretizado na maior medida possível.²⁵⁴

²⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 5. p. 120.

²⁵⁰ **Ibid.** p. 120.

²⁵¹ **Ibid.** p. 120.

²⁵² BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação**: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 98-99.

²⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 5. p. 120.

²⁵⁴ BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação**: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 98-99.

2.2.3 A tópica de Theodor Viehweg e o problema das colisões

O desenvolvimento por Theodor Viehweg da tópica aplicada ao direito e aos casos complexos - e que apresentam uma pluralidade de soluções - pode fornecer um instrumental basilar para auxiliar na reflexão, racionalização e chegada a soluções possíveis para casos difíceis como o apresentado no problema de pesquisa desta tese. De acordo com Viehweg, a tópica, desenvolvida pela retórica, consiste em uma técnica orientada a partir do problema.²⁵⁵ Ernst Robert Curtius corrobora a compreensão de que na tradicional retórica a tópica desenvolve uma função essencial ao fornecer os mais distintos pensamentos para qualquer situação discursiva; esse autor exemplifica a tópica de introdução de um texto, a tópica de conclusão, como também a utilização de *topoi* em gêneros discursivos específicos, como o jurídico e o crítico.²⁵⁶

Na tópica de Theodor Viehweg há uma forte vinculação com a argumentação no sentido da busca dos melhores argumentos e mais aceitos socialmente, tendo em vista que várias soluções são possíveis para se resolver um determinado problema, cabendo ao operador do direito encontrar a solução mais adequada a cada caso concreto; Viehweg vai buscar esses fundamentos em Aristóteles, no “*Organon*”.²⁵⁷

De acordo com Theodor Viehweg, o termo “tópica” foi usado originariamente por Aristóteles, sendo a Tópica uma das obras desse autor da antiguidade, e que foi incluída no seu “*Organon*”. Nesse texto da tópica, Aristóteles vai tratar da disputa argumentativa, e busca aplicar a sua Ciência Lógica ao estudo dessa disputa, conforme dispõe Viehweg; que vai mais além, e explicita que o objetivo é racionalizar um determinado problema, a partir de opiniões aceitas, para atacá-lo ou defendê-lo.²⁵⁸ Theodor Viehweg pontua que os raciocínios dialéticos, isto é, aqueles que partem de premissas que estão de acordo com as opiniões aceitas, configuram-se no objeto da tópica.²⁵⁹

Nota-se que é preciso uma pesquisa prévia sobre o problema objeto de análise, sob os mecanismos da tópica, para que esta seja efetivamente aplicada. Isso porque para determinar opiniões reconhecidas num determinado meio social acerca de um assunto ou problema em

²⁵⁵ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 1.

²⁵⁶ CURTIUS, Ernst Robert. **Literatura Européia e Idade Média Latina**. São Paulo: Hucitec: Edusp, 1996. Tradução de: Teodoro Cabral e Paulo Rónai. p. 121-122.

²⁵⁷ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 7-10.

²⁵⁸ **Ibid.** p. 7-10.

²⁵⁹ **Ibid.** p. 9-10.

particular, faz-se mister uma pesquisa, básica ou aplicada, a depender do problema, para se alcançar os juízos socialmente aceitos acerca de um tópico definido ou problema posto. No âmbito de investigação a que se propõe esta tese tal pesquisa é registrada ao longo dos capítulos.

Nesta tese utiliza-se a tópica de Theodor Viehweg, com fundamentos em Aristóteles²⁶⁰, para se analisar as colisões ou tensões de direitos relativas aos casos pertinentes à temática do discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro. Ou, por outro lado, considerar se nem mesmo colisão de direitos há em certos casos extremos de abuso da liberdade de expressão. Essa reflexão se faz necessária; de se ponderar até que ponto um caso que envolve discurso de ódio compreende uma colisão entre distintos direitos ou não. No caso da resposta negativa, o discurso de ódio por si só representaria um delito, uma ilegalidade, e por isso mesmo não haveria nem que considerar uma suposta colisão de direitos. Mas aí que está a questão, até mesmo para se dizer se o discurso de ódio foi tão evidente, e como tal configurado, que nem enseja uma análise de tensão entre direitos, será preciso minimamente analisar o caso, e considerar, com base em algum parâmetro hermenêutico, se aquela situação fática merece uma análise mais aprofundada. Essa aplicabilidade da tópica de Viehweg aos casos de discurso de ódio é analisada especificamente nos capítulos 4 e 5.

Com base em Aristóteles, Viehweg ressalta que para se identificar raciocínios adequados, na dialética, se utiliza da indução, do silogismo e também de quatro procedimentos: o entendimento das premissas; os diferentes significados das expressões linguísticas e delimitação das categorias; a identificação das distinções referentes à gêneros e espécie; e o desvelamento e identificação das similaridades nos distintos gêneros.²⁶¹ Observa-se que o raciocínio de base aristotélica vai abranger detalhadamente procedimentos que vão examinar o problema sob diversos aspectos, deixando-se a análise mais completa, lógica e científica. Por exemplo, conforme supracitado, não basta apenas identificar distinções quanto à gêneros e espécie, é preciso também revelar as possíveis similaridades entre gêneros distintos²⁶².

Por conseguinte, cabe explicitar o pensamento de P. V. Kopnin ao abordar a ciência como lógica aplicada. Kopnin trata a ciência como uma forma de conhecimento, mas uma forma adequada; e analisa que a arte reflete a realidade objetiva e o conhecimento que nela está

²⁶⁰ Aristóteles, em seu “Órganon”, traz como um ponto essencial o fator acerca da definição dos distintos objetos. Aristóteles assevera que há utilidade na análise acerca dos sentidos que podem ser atribuídos a uma expressão, tanto para uma transparência da comunicação, quanto para os raciocínios estarem precisos em relação a diferentes objetos.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007. p. 262.

²⁶¹ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 10-11.

²⁶² **Ibid.** p. 10-11.

contido. Além da arte, esse autor traz as normas morais e jurídicas como exemplos de fenômenos que se fundamentam no conhecimento. Kopnin destaca que a moral, o direito e a arte devem fundamentar-se no conhecimento científico da época em que são desenvolvidos, sempre que possível.²⁶³ Kopnin ainda considera que a lógica é abordada como uma só, que seria a lógica do conhecimento científico e, conforme esse autor, a arte, o direito e a moral devem harmonizar-se com essa lógica, a lógica do conhecimento científico.²⁶⁴ Esse autor expõe como escopos da ciência: explicitar os resultados alcançados pelo conhecimento, como também, empregar esse conhecimento para a busca de resultados novos, sendo a ciência visualizada como método nesse âmbito de busca por resultados novos.²⁶⁵

Necessário trazer essa abordagem, pois que na tópica são observadas categorias que dialogam numa perspectiva lógica, buscando-se aperfeiçoar, inclusive pontualmente, o conhecimento científico; e, quanto a esta pesquisa em específico, o conhecimento científico jurídico-social. Jurídico-social porque percebe-se que a hipótese levantada para responder o problema de pesquisa colocado nesta tese é de que o discurso de ódio além de não estar de acordo com o direito interno, gera impactos negativos para a sociedade e seu desenvolvimento, abarcando os âmbitos político e social; demandando-se, dessa forma, uma hermenêutica jurídica inovadora para compreender a proteção dos direitos humanos em tensão.

Prosseguindo-se na análise da tópica, de acordo com Viehweg, este explica que Aristóteles considera os *topoi*²⁶⁶ como posições aceitas no geral e que podem ser utilizadas tanto a favor quanto contra opiniões reconhecidas, tendo os *topoi* o caráter de poder levar ao que é verdadeiro. Viehweg acrescenta que quanto ao ato de perguntar, no âmbito da discussão, Aristóteles prioriza a descoberta do *topos* a ser utilizado para a obtenção do raciocínio; devendo-se, em seguida, estipular as perguntas a serem posicionadas numa ordem específica; e, por fim, encaminhar essas perguntas para quem se deseja interagir, o interlocutor.²⁶⁷ Cabe, com efeito, uma reflexão. Note-se que com quem se deseja interagir, o interlocutor, pode ser,

²⁶³ KOPNIN, Pavel V. **Fundamentos Lógicos da Ciência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972. Tradução de: Paulo Asevedo. p. 209-210.

²⁶⁴ **Ibid.** p. 210-211.

²⁶⁵ **Ibid.** p. 212.

²⁶⁶ No Prefácio do tradutor W. Cole Durham, Jr., na tradução inglesa da obra de Theodor Viehweg – “*Topics and law: a contribution to basic research in law*” –, o tradutor argumenta que a obra de Theodor Viehweg representa uma das fontes do renascimento da tradição retórica no direito, e com uma significativa contribuição metodológica. Conforme W. Cole Durham, Jr., o termo “tópica” refere-se à técnica ancestral desenvolvida pela retórica para produzir ideias e argumentos acerca de problemas; na qual *topos* vem do grego e significa lugar ou região, e que Aristóteles usava a designação *topos* para lugares da mente onde ficam argumentos similares, e que *topoi* significa o termo no plural para *topos*, de acordo com o tradutor.

VIEHWEG, Theodor. **Topics and law: a contribution to basic research in law**. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. XI-XIII.

²⁶⁷ **Ibid.** p. 11-12.

numa perspectiva ampla, a si mesmo. Um jurista, por vezes, se autoquestiona para chegar a determinadas conclusões na aplicação do direito.

Partindo para a análise de Viehweg acerca do que constitui a tópica, com fundamentos no que foi escrito sobre essa técnica, especialmente por Aristóteles²⁶⁸; Theodor Viehweg destaca que a tópica se conduz para o problema, estando os raciocínios direcionados para o problema. Conforme Viehweg, a tópica tem a pretensão de auxiliar quem se utiliza dessa técnica mesmo em situações aparentemente sem alternativas de solução.²⁶⁹ Observa-se que a colisão entre direitos humanos é um problema jurídico que, se por um lado, a uma primeira vista, pode parecer um problema sem solução clara, por outro lado, pode suscitar uma pluralidade de respostas; e, inclusive, decisões jurídicas de tribunais constitucionais (no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal) que, não raro, não são unânimes dentre os membros do tribunal.

Theodor Viehweg assevera que os *topoi* devem ser compreendidos a partir de sua função, orientando e conduzindo o pensamento; e acrescenta que enquanto a tópica desvela como as premissas serão encontradas, a lógica, por sua vez, recebe essas premissas, elaborando-as.²⁷⁰ Constata-se que esse caráter da tópica de orientar e conduzir o pensamento, como também de se desvelar meios de se encontrar novas premissas²⁷¹ pode auxiliar o jurista em questões que envolvam colisões de direitos fundamentais. Isto porque, o problema das colisões de direitos demanda uma assertividade do jurista em produzir uma interpretação adequada e que, ao mesmo tempo, esteja essa interpretação coerente com o ordenamento jurídico posto.

Conforme Viehweg, a tópica pode se manifestar como diferentes possibilidades de interpretação, mantendo, inclusive, formas anteriores já fixadas; podendo, além disso, essas formas anteriores serem submetidas a novas perspectivas.²⁷² Pondera-se que a tópica pode constituir um meio valioso para se chegar a uma hermenêutica inovadora, ainda mais em objetos com relevância jurídica, como o caso da colisão ou tensão entre direitos humanos, que é um objeto científico que causa discussões e embates não apenas no direito brasileiro, como também em sistemas jurídicos de outros países, com tribunais constitucionais com competência específica para lidar com essa questão.

²⁶⁸ Aristóteles, no “*Órganon*”, categoriza como proposições de natureza dialética aquelas semelhantes às proposições que são aceitas no geral, além dos pareceres que são alcançados a partir do conhecimento técnico. ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007. p. 247.

²⁶⁹ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 19.

²⁷⁰ **Ibid.** p. 25-27.

²⁷¹ **Ibid.** p. 25-27.

²⁷² **Ibid.** p. 30.

Há - no campo do direito - reflexões que apesar de reconhecerem a importância da tópica desenvolvida por Viehweg, tecem também algumas críticas. Nesse sentido, Manuel Atienza pondera que há um exagero de Viehweg ao contrapor a tópica, de um lado, e o sistema lógico-dedutivo, de outro; além disso, Atienza considera que a relevância da tópica no pensamento jurídico é reconhecida pelos pensadores de doutrinas lógicas - sem que a lógica, todavia, seja menosprezada.²⁷³ Claus-Wilhelm Canaris defende que há uma complementação ou interpenetração mútua entre o pensamento tópico e o pensamento sistemático; sendo o pensamento tópico - conforme esse autor - muito mais presente em ramos do direito como o direito constitucional, caracterizado pela presença de cláusulas de natureza geral.²⁷⁴ Isto é, a tópica - no âmbito do direito - como um campo que é retomado e recuperado por Theodor Viehweg pode, ao ser refletido, desenvolvido e, até mesmo, aplicado por outros autores, receber ponderações e críticas no sentido de se ampliar e aperfeiçoar a aplicabilidade da tópica no direito.

2.3 O poder constituinte e o estabelecimento de uma ordem jurídico-constitucional

Como no próximo capítulo é realizada uma investigação relativamente à evolução histórico-jurídica do ordenamento brasileiro, entre a ditadura (1964-1985) e o período democrático subsequente, especialmente quanto à transição acerca do âmbito do direito constitucional e suas repercussões jurídico-sociais, são assinalados pontos referentes ao poder constituinte e ao estabelecimento de uma nova ordem jurídico-constitucional. Para isso, preliminarmente, aborda-se a relação entre a sociedade e o Estado, com as implicações para o ordenamento jurídico; são examinadas a natureza, os elementos característicos, a titularidade e as classificações do poder constituinte; e, por fim, as consequências decorrentes da relação entre a ordem jurídica anterior e a nova ordem jurídico-constitucional.

Inicialmente, no âmbito de delineamentos acerca do poder constituinte e do estabelecimento de uma ordem jurídico-constitucional, cabe ressaltar as denominadas fontes do direito, isto é, as formas pelas quais o direito é criado. Michel Troper explicita que as “fontes do direito” representam uma caracterização conceitual com utilidade para que se possa realizar

²⁷³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. Tradução de: Maria Cristina Guimarães Cupertino. p. 48.

²⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Introdução e tradução de: A. Menezes Cordeiro. p. 273-277.

a descrição de um determinado ordenamento jurídico; esse autor exemplifica que o conceito de “fontes do direito” tem essa utilidade ao fornecer um arcabouço no qual a constatação da hierarquia da fonte, no ordenamento jurídico em análise, auxilia na descrição desse ordenamento. A exemplo do direito francês, conforme Michel Troper, que coloca a constituição francesa no topo da hierarquia e os tratados abaixo da referida constituição, mas acima das leis.²⁷⁵

Observa-se que há uma certa similaridade com o atual direito brasileiro, no qual a Constituição Federal de 1988 está, do ponto de vista normativo e hierárquico, acima da legislação infraconstitucional e, inclusive, dos tratados internacionais adotados pela República Federativa do Brasil que não versem sobre direitos humanos e não sejam adotados conforme o procedimento indicado no § 3º do art. 5º da Carta Magna. Isso porque, conforme o referido § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e sejam aprovados de acordo com os procedimentos especiais elencados - concernentes ao quórum e à votação - terão estatura hierárquica de emendas constitucionais, estando acima da legislação infraconstitucional e demais tratados internacionais.²⁷⁶

Feitas essas considerações, no próximo subtópico, de forma preliminar, antes de detalhar-se acerca dos delineamentos do poder constituinte e o estabelecimento de uma ordem jurídico-constitucional, explora-se a relação entre a sociedade e o Estado, e suas implicações para o ordenamento jurídico. Tal percurso é realizado, visto que a sociedade está diretamente relacionada com a criação do Estado; e ambos, Estado e sociedade, associam-se na estruturação do poder constituinte.

2.3.1 A relação entre sociedade e Estado: implicações para o ordenamento jurídico

Acerca das primeiras sociedades, Jean-Jacques Rousseau aponta que a família se constitui na mais antiga forma de sociedade e, sendo a família, entre as sociedades, a única que

²⁷⁵ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 111.

²⁷⁶ “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:

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

pode ser vislumbrada como uma sociedade natural.²⁷⁷ Na atualidade, temos a família como uma importante categoria presente na sociedade, uma fonte de apoio para cada indivíduo²⁷⁸ que compõe o meio social, havendo, ademais, diversas modalidades de família na sociedade moderna. O ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o *caput* do art. 226 da Carta Magna de 1988, considera a família como a base da sociedade, sendo-lhe assegurada a proteção do Estado, de forma especial.²⁷⁹

Voltando-se para a antiguidade romana e grega, sociedades que em muito influenciaram a humanidade, Fustel de Coulanges faz um estudo da estrutura social da cidade antiga e constata que a *gens* em Roma e na Grécia, isto é, a família, conforme estudos desse autor, conservava uma unidade ao longo do tempo em torno de uma religião própria e com regras de direito privado, podendo essa família se subdividir em diversos ramos ou linhas, mas continuando a ser uma mesma família.²⁸⁰ Fustel de Coulanges prossegue na sua pesquisa e verifica que por muito tempo a única forma de sociedade conhecida era a própria família, com religião e direito privado próprios; sendo a família uma sociedade autossuficiente, perdurando esse sistema por vários séculos.²⁸¹

Seja como uma categoria que faz parte da sociedade ou mesmo como a própria sociedade em si (como nos tempos antigos), considera-se que há uma relação ancestral, com repercussões na modernidade, entre indivíduos, família e sociedade, conforme abordado. Considerando-se esse contexto, cumpre frisar que Rousseau analisa que há uma clara diferença entre tornar uma multidão submissa, de um lado; ou, por outro lado, governar-se uma determinada sociedade; esse autor, contemporâneo da efervescência intelectual que precedeu a Revolução Francesa, prossegue com seu raciocínio e relaciona o povo com o fundamento da sociedade.²⁸² A partir dessas ponderações, averigua-se que o povo se configura num elemento fundamental componente da sociedade. A sociedade pode ser definida, nesse sentido, como sendo um povo sob uma determinada organização.

²⁷⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. Tradução e notas de Edson Bini. p. 26-27.

²⁷⁸ Note-se que na Constituição Federal de 1988, o inciso LXIII do art. 5º exemplifica a importância da família como uma fonte de apoio para o indivíduo, inclusive nos momentos mais difíceis, ao determinar que: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;” (Grifos nossos).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁷⁹ **Ibid.**

²⁸⁰ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Tradução de: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. p. 98-99.

²⁸¹ **Ibid.** p. 102-105.

²⁸² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. Tradução e notas de Edson Bini. p. 34.

E, seguindo o pensamento rousseauiano²⁸³, pode-se deduzir que essa determinada organização não deve ser simplesmente uma multidão submetida a um ditador, para realmente poder ser considerada uma sociedade plena. Cabe, dessa forma, uma reflexão acerca do conceito de cidadania. Ora, se uma sociedade plena não aceita estar submetida a uma organização política arbitrária, deduz-se que os membros dessa sociedade precisam ter a sua cidadania reconhecida e com possibilidade concreta de exercício.

A cidadania, junto com a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político são fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme assevera o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 em seus incisos.²⁸⁴ A cidadania apresenta um papel essencial na fundamentação do Estado brasileiro, e isso verifica-se pela sua previsão logo no primeiro dispositivo da Magna Carta de 1988. A cidadania, nesse contexto, é colocada ao lado dos outros quatro fundamentos supracitados de forma a garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Os atos para o exercício da cidadania são tão fundamentais para a República Federativa brasileira que deles não pode ser demandada uma onerosidade econômica para o cidadão, sendo, na forma da lei, gratuitos, conforme o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Outro fator de envergadura constitucional que ressalta a importância da cidadania é o fato de que é de competência privativa da União legislar sobre ela (art. 22, inc. XIII). E nem mesmo o Presidente da República em caso de relevância e urgência pode adotar medidas provisórias com força de lei quanto à matéria de cidadania (art. 62, §1º, inc. I, “a”). Ademais, a legislação relativa ao tema da cidadania não pode ser objeto de delegação (art. 68, §1º, inciso II).²⁸⁵

Interessante também destacar que a cidadania se relaciona diretamente com o direito à educação, isso porque, conforme o art. 205 da CF/88, o Estado brasileiro, a família e a sociedade devem cooperar de forma a atingir o objetivo de disponibilizar uma educação eficaz para todos, de forma a preparar os futuros cidadãos brasileiros para o pleno exercício de seus atos de cidadania.²⁸⁶ Esse dever inscrito no art. 205 da Constituição associa-se diretamente com a própria sobrevivência do Estado, visto que são necessários cidadãos preparados para cumprir seus deveres e demandar seus direitos para que o país tenha segurança, justiça, estabilidade e,

²⁸³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. Tradução e notas de Edson Bini. p. 34.

²⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁸⁵ **Ibid.**

²⁸⁶ **Ibid.**

em consequência, tenha um maior desenvolvimento nacional e internacional. É preciso que os poderes estatais e suas políticas públicas, assim como a própria sociedade, estejam atentos para que retrocessos de caráter autoritário, de desrespeito à cidadania ou de inefetividade de direitos sejam rapidamente afastados pelos valores democráticos e cidadãos configurados pela Magna Carta de 1988.

Percebe-se que a Constituição de um Estado está intrinsecamente relacionada em como esse ente estatal irá prever ou não os direitos de cidadania e sua aplicabilidade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a cidadania, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, estão na base de todo o ordenamento jurídico interno. A partir da garantia da cidadania assegura-se também a promoção dos direitos políticos dos brasileiros e, por consequência, influi diretamente na concretização dos outros direitos constitucionalmente previstos, como os direitos econômicos, sociais e culturais.

A Constituição Federal de 1988 ao entrar em harmonia com os valores democráticos e os direitos de cidadania tem maior possibilidade e condições de concretizar os direitos fundamentais, além de que, a opção do Poder Constituinte de possibilitar a inclusão dos direitos humanos advindos de tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico interno facilita ainda mais a proteção do cidadão. O cidadão, assim, já tem, a princípio, previstos os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados; e a garantia de que esse rol de direitos é exemplificativo, e não taxativo, tendo em vista a possibilidade de inclusão dos direitos humanos no direito interno.

Darcy Ribeiro destaca que apesar do povo brasileiro ter se constituído ao longo de sua história de distintos grupos étnicos – os brancos europeus, os nativos indígenas, os africanos, os orientais -, atualmente é um dos povos mais integrados socialmente do planeta, além de possuir uma considerável homogeneidade linguística e cultural.²⁸⁷ Essa questão da relativa harmonia do povo brasileiro, com um certo grau de homogeneidade, facilita a construção e manutenção de uma identidade nacional, da densificação da nacionalidade, que por sua vez são antecedentes da aquisição da cidadania.

A sociedade é composta por indivíduos, pessoas detentoras de personalidade jurídica e dignidade humana; hodiernamente, o ser humano é reconhecido como um sujeito de direito internacional, que é abarcado pela proteção dos direitos humanos. O Estado, por sua vez, constitui-se numa pessoa jurídica de direito público com uma face interna, perante o direito interno estatal e o meio social; e uma face externa, perante a comunidade internacional de

²⁸⁷ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 454.

nações. Se o Estado organiza e assegura direitos para a sociedade, esta, por sua vez, influencia diretamente na criação e desenvolvimento do Estado; afinal, os representantes do Estado são pessoas provenientes da sociedade, que esse ente estatal regula e organiza por meio do direito posto.

José Joaquim Gomes Canotilho traz o questionamento acerca de se o referente da Constituição seria o Estado ou a sociedade, e ele responde a essa questão no sentido de que inicialmente, em fins do século XVIII, verifica-se uma tendência de se colocar a sociedade como referente, conforme o artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; artigo este citado por Canotilho, em tradução livre: “Toda sociedade dentro da qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não há Constituição”²⁸⁸.²⁸⁹ Como explicado por José Joaquim Gomes Canotilho, o foco do artigo supracitado, como referente da Constituição, é a sociedade.²⁹⁰ Pondera-se que num momento de extrema ruptura política, social e institucional, como foi o caso da Revolução Francesa (1789), que desencadeou na edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, constitui um processo natural essa maior ênfase no corpo social, em outras palavras, na sociedade.

Miroslav Milovic, por outro lado, aponta que a Revolução Francesa não consiste numa última revolução, nem mesmo numa resposta definitiva no que concerne à emancipação; esse autor explicita essa constatação com fundamentos em Marx, que expôs, por sua vez, que a Revolução Francesa proporcionou apenas uma emancipação política, e não uma revolução na economia, conforme ressaltado por Miroslav Milovic.²⁹¹

José Joaquim Gomes Canotilho prossegue e analisa que com o início do século XIX a Constituição passa a ter um novo referente, qual seja, o Estado; no lugar que anteriormente era ocupado pela sociedade.²⁹² José Joaquim Gomes Canotilho elenca três razões para essa mudança de referente da Constituição: primeiramente, numa compreensão histórica de que a Lei Maior tinha a característica de constituir o Estado como corpo político organizado; em segundo lugar, que havia a legislação civil para suprir as demandas jurídicas da sociedade,

²⁸⁸ José Joaquim Gomes Canotilho traz esse dispositivo normativo na língua francesa: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée n’a point de Constitution*”.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 88.

²⁸⁹ **Ibid.** p. 87-88.

²⁹⁰ **Ibid.** p. 88.

²⁹¹ MILOVIC, Miroslav. **Comunidade da diferença**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí, RS: Unijuí, 2004. p. 26-27.

²⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 88.

estando a Constituição, por sua vez, vinculada com a organização estatal; e, por fim, a terceira razão trazida é de que a Constituição estabelece a ordem do Estado, tornando-se este o referente da Lei Maior.²⁹³

Conforme constatado por José Joaquim Gomes Canotilho²⁹⁴, pode-se afirmar que atualmente a Constituição tem, numa perspectiva jurídico-constitucional, como referente maior o Estado, o ente estatal soberano. Todavia, foi a sociedade que iniciou esse processo de construção da Constituição (conforme exemplificado, no caso da Revolução Francesa²⁹⁵) e, inclusive, a sociedade continua a influenciar direta ou indiretamente as mudanças jurídico-constitucionais que representam um reflexo das transformações sociais ao longo do tempo. Daí a disposição de se abordar a relação que existe entre a sociedade e o Estado, sob o prisma das implicações para o ordenamento jurídico.

E o que seria o Estado, afinal de contas? Jean-Jacques Rousseau, ao desenvolver seu pensamento acerca do que ele denomina como pacto social, estabelece que todos os indivíduos que aceitam participar de um corpo coletivo acabam formando uma nova unidade, uma nova pessoa; e essa nova pessoa pública pode, conforme Rousseau, ser visualizada de diversas formas, a depender da perspectiva apresentada ou colocada; por exemplo, como uma cidade, uma república, ou mesmo um Estado.²⁹⁶ Nota-se que esse conceito de pessoa pública, trazido por Rousseau²⁹⁷, explica de forma elementar as estruturas mais básicas não apenas do Estado, mas, ainda que indiretamente, do que seria uma pessoa jurídica nos ordenamentos jurídicos atuais.

Ao tratar sobre soberania e liberdade, Miguel Reale reflete que com o desenvolvimento da sociedade vai surgindo uma hierarquização de poderes, os quais vão se especificando para estruturar o direito privado e, também, o direito público.²⁹⁸ Ademais, Reale defende, de forma oposta à Escola Técnico-Jurídica, como explica ao expor o ponto de vista, que a personalidade jurídica do Estado e a personalidade das pessoas humanas surgem de forma concomitante, sendo uma reciprocamente pressuposto da outra; não havendo, desse modo, uma preeminência da pessoa jurídica do Estado nesse momento de nascimento das personalidades jurídicas.²⁹⁹ Observa-se que a sociedade, que tem por unidade básica inicial cada ser humano, e o Estado,

²⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 88-89.

²⁹⁴ **Ibid.** p. 88-89.

²⁹⁵ **Ibid.** p. 88.

²⁹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. Tradução e notas de Edson Bini. p. 36-37.

²⁹⁷ **Ibid.** p. 36-37.

²⁹⁸ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 359.

²⁹⁹ **Ibid.** p. 360-361.

possuem uma relação interdependente sob o ponto de vista do direito, do ordenamento jurídico. Independentemente da discussão acerca de quem surgiu primeiro, se a personalidade jurídica do Estado, se a personalidade jurídica das pessoas humanas, ou mesmo se ambas surgiram de forma concomitante (como defende Reale³⁰⁰); fato é que há, sob o prisma do direito, uma interdependência entre a sociedade e o Estado.

Karl Marx, por sua vez, em sua crítica da filosofia do direito de Hegel, considera notável a argumentação de Hegel de que a família e a sociedade civil são colocadas como âmbitos conceituais do Estado; ademais, Marx pontua o entendimento de que a família e a sociedade se configuram como pressupostos da entidade estatal e que, seguindo o pensamento hegeliano, tanto a família quanto a sociedade fazem parte do Estado.³⁰¹ Evidencia-se, desse modo, a interrelação entre família, sociedade civil e Estado³⁰² e, partindo-se dessa compreensão, se passará, no próximo tópico, para o exame do poder constituinte quanto à sua natureza, elementos característicos, titularidade e classificações.

2.3.2 Natureza, elementos característicos, titularidade e classificações do poder constituinte

Pode-se afirmar que o poder constituinte tem uma natureza político-jurídica. Política pois que cria toda uma nova normatização decorrente de um processo de lutas ou acordos políticos; e jurídica na medida em que essas normas, esse novo ordenamento jurídico, vai criar direito novo, vai propor um novo acordo de regulação das relações sociais e jurídicas, especialmente no que se refere ao poder constituinte originário. Sobre o aspecto de vinculação jurídica ou não do poder constituinte, Canotilho destaca que na atualidade não se pode negar que há princípios de justiça e princípios de direito internacional que se configuram como limites de atuação do poder constituinte.³⁰³ Isto é, na prática, o poder constituinte não é completamente incondicionado, isso porque a nova ordem jurídico-constitucional criada por um povo inserido na sociedade internacional precisa lidar com uma ordem internacional já estabelecida, com interações com outros povos que criaram ordenamentos jurídico-constitucionais anteriormente e que fazem parte da comunidade internacional, na qual existem direitos humanos internalizados por um conjunto significativo de Estados soberanos.

³⁰⁰ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 360-361.

³⁰¹ MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**: 1843 / Karl Marx. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013. Tradução de: Rubens Enderle e Leonardo de Deus. p. 35-38.

³⁰² **Ibid.** p. 35-38.

³⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 81.

Paulo Bonavides assevera que o poder constituinte possui uma natureza política e filosófica; e explica que o poder constituinte se vincula à questão da legitimidade de uma época específica. Esse autor explicita, ademais, que o desenvolvimento de uma teoria do poder constituinte remonta ao século XVIII, estando a justificação desse poder relacionada com os aspectos axiológicos da legitimidade.³⁰⁴ Essa natureza filosófica do poder constituinte, para além da natureza político-jurídica, se faz importante destacar, pois que se vincula, conforme abordado, às origens e justificação desse poder, no âmbito do racionalismo ao final do século XVIII, de acordo com Bonavides.³⁰⁵

Caracteriza-se o poder constituinte originário por ser inaugural ou inicial e autônomo. Isso porque o poder constituinte originário irá verdadeiramente dar início a um novo Estado e a um novo ordenamento jurídico; por sua vez, o povo e o próprio Estado estarão colocados nesse quadro normativo recém-inaugurado. E o povo, titular desse poder constituinte, terá autonomia para criar o ordenamento jurídico, daí que o poder constituinte originário se caracteriza por ser autônomo. Pode-se abordar também a característica da incondicionalidade do poder constituinte, mas faz-se mister ressaltar que essa incondicionalidade tem que ser visualizada sob uma perspectiva de o novo ordenamento jurídico não estar condicionado a um ordenamento jurídico anterior que vigorava no território do Estado.

Isso ocorre pois que, como fundamenta Canotilho acerca da vinculação jurídica do poder constituinte, na atualidade há a concepção de que o poder constituinte possui certos condicionantes, como por exemplo, conforme esse autor: a vontade de se ter uma nova Constituição (que condiciona a vontade das instâncias institucionais criadoras); os padrões de conduta do povo (há um contexto histórico e cultural); os princípios de justiça; e os princípios de direito internacional.³⁰⁶

A titularidade do poder constituinte, em um Estado Democrático de Direito, é do povo. Nesse ponto, cabe retomar-se a relação entre a sociedade e o Estado. Norberto Bobbio caracteriza a sociedade civil como o espaço no qual são formados, com destaque para os tempos de crise nas instituições políticas, os movimentos referentes à legitimidade dos poderes, com o desvelamento de poderes de fato e a possibilidade desses poderes obterem legitimação.³⁰⁷ Pertinente essa reflexão³⁰⁸, pois que sendo a titularidade do poder constituinte do povo, que está

³⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 343.

³⁰⁵ **Ibid.** p. 343-349.

³⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 81-82.

³⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira. p. 37.

³⁰⁸ **Ibid.** p. 37.

organizado numa sociedade civil, logo será no plano dessa sociedade que surgirão alternativas e possibilidades de reforma, atualização e aperfeiçoamento do poder estatal, inclusive, será esse povo, configurando-se numa sociedade organizada, que suscitará mudanças no ordenamento jurídico interno do Estado.

Norberto Bobbio também evidencia que o papel da sociedade civil, para funcionar regularmente, necessita da garantia da opinião pública; isso porque é pela opinião pública que a sociedade civil pode apresentar alternativas para crises institucionais. Bobbio conclui que, distintamente, num Estado de caráter totalitário, no qual há a absorção da sociedade civil pelo ente estatal, não há opinião pública, há apenas a opinião oficial do Estado.³⁰⁹ Pode-se deduzir que num Estado Democrático de Direito - garantido o direito de opinião pública - o povo, por meio dos movimentos sociais da sociedade civil organizada, tem a possibilidade de ser ouvido e influir nos rumos do Estado.

Passando-se para o exame do poder constituinte e suas classificações, esse poder caracteriza-se por ser, a princípio, originário. Logo, é originário o poder constituinte que tem a função e a força normativa de estabelecer uma nova ordem jurídico-constitucional. Ao abordar o poder constituinte originário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que o poder constituinte cria a Constituição e, assim, atinge seu objetivo, encerrando suas atividades, somente podendo ser reconstituído pelo povo.³¹⁰

Além do poder constituinte originário há também o poder constituinte derivado. A esse poder constituinte derivado ou de revisão, conforme Canotilho, é destinada a função de alterar determinadas normas constitucionais, conforme o que estabelecer a própria Constituição.³¹¹ Note-se que se o poder constituinte originário é inicial, autônomo e incondicionado; isso não se aplica exatamente ao poder constituinte derivado, visto que este, por sua vez, insere-se no contexto político-jurídico delimitado previamente pelo poder constituinte originário, tendo que se ater aos limites determinados na Constituição.

Paulo Bonavides expõe que o poder constituinte derivado tem um caráter jurídico e é exercitado em observância a limites tácitos ou expressos, dentro de um sistema representativo.³¹² No âmbito da investigação feita por esta tese, o foco é dado ao poder constituinte originário, não obstante ser plenamente recomendável abordar-se o poder

³⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira. p. 37.

³¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 20.

³¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 74.

³¹² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 344.

constituente derivado quando se analisar a transição entre o período ditatorial e o período democrático no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Então, apesar desse foco no poder constituinte originário, serão úteis os conceitos relativos ao poder constituinte derivado para a análise das circunstâncias da transição jurídica que ocorre no direito brasileiro no final do século XX e com repercussões que chegam à atualidade, ao século XXI. Ademais, o poder constituinte derivado cumpre uma função fundamental ao permitir que o povo - e seus representantes - possa realizar mudanças e revisões da Carta Magna, com o intuito de melhor adequá-la à realidade social e às demandas da sociedade, com respeito aos grupos vulneráveis e aos direitos humanos como um todo.

Por fim, após abordada a classificação que abrange o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, cabe pontuar a classificação destacada por Paulo Bonavides entre o poder constituinte formal e o poder constituinte material. Conforme esse jurista brasileiro, o poder constituinte formal corresponde aos textos constitucionais formais, enquanto que o poder constituinte material ou real se encontra na própria sociedade e suas dimensões sociais, políticas e econômico-financeiras, sendo os intérpretes do direito essenciais nesse processo de interpretação da Constituição de acordo com o poder constituinte material.³¹³ Observa-se que a atuação do poder constituinte material não precisa, necessariamente, de uma mudança do texto formal da Constituição para ser aplicado. Com isso, o papel dos operadores do direito no âmbito dos tribunais é ressaltado no contexto das mudanças que são promovidas e consolidadas pelo poder constituinte material, ou seja, originando-se, inicialmente, a partir das próprias transformações da sociedade. Primeiro, a mudança ocorre na sociedade ou é provocada pela sociedade, para, posteriormente, ter reflexo nos casos concretos colocados para análise pela jurisdição estatal.

2.3.3 Consequências decorrentes da relação entre a ordem jurídica anterior e a nova ordem jurídica

O que ocorre quando uma nova ordem jurídica é instaurada por um poder constituinte originário, é que esse poder cria um ordenamento jurídico distinto em relação ao ordenamento anterior. E, inclusive, se o poder constituinte originário quiser não aproveitar nada das normas do ordenamento anterior, isso é plenamente possível. Por outro lado, se a nova ordem jurídica apontar determinadas normas da ordem jurídica anterior que sejam compatíveis com o novo

³¹³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 345-347.

ordenamento nascente, e quiser, assim, recepcioná-las, também não há problema. Apesar dessas considerações acerca de procedimentos jurídico-constitucionais, é preciso ressaltar que pode ocorrer de mesmo com uma nova ordem jurídica nascente, que esse novo ordenamento traga influências do ordenamento anterior, ainda mais quando o povo e o território é o mesmo, como o caso das sucessivas Constituições que foram consagradas desde o século XIX até o século XX no Brasil.

Se considerar-se o fenômeno das mutações constitucionais, a interpretação que tem o caráter de fornecer novos delineamentos à aplicação do texto constitucional - ou o caso do fenômeno do poder constituinte material, explorado no tópico anterior, conforme caracterizado por Paulo Bonavides³¹⁴ - pode-se dizer que apesar da atual Constituição remontar ao recente final do século XX; as transformações sociais e, conseqüentemente, a hermenêutica jurídica acerca da Constituição, não param, chegando ao século XXI. Esse contexto acarreta que, ainda que não haja necessariamente modificação textual da Constituição brasileira de 1988, sejam possíveis mudanças nos horizontes de sua interpretação e aplicação, com o intuito de fazer prevalecer a eficácia e a atualidade da Carta Maior, em harmonia com os seus princípios, direitos e garantias fundamentais.

Cabe, entretanto, reflexões críticas a respeito do Estado de Direito e sua capacidade de promover os princípios, direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva, Danilo Zolo relaciona a defesa do Estado de Direito com a pretensão de utilização dos meios políticos e jurídicos para se garantir os direitos subjetivos.³¹⁵ Danilo Zolo indica, ademais, a crise do Estado de Direito como uma crise dos Estados ocidentais na promoção de estruturas de garantia dos direitos, como também uma crise na proteção internacional dos direitos humanos.³¹⁶ Há um verdadeiro encadeamento lógico na análise feita por Zolo, isso porque esse autor identifica o Estado de Direito com a proteção dos direitos subjetivos e, ao desenvolver sua argumentação acerca da crise do Estado de Direito, essa crise é identificada exatamente com o desajuste de implementar o elemento que singulariza o caráter do Estado de Direito - isto é, a dificuldade do ente estatal, em nível interno e em nível internacional, de promover a efetividade dos direitos humanos.³¹⁷

³¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 345-347.

³¹⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94. Colaboração de: Emilio Santoro; Tradução de: Carlo Alberto Dastoli. p. 5.

³¹⁶ **Ibid.** p. 70.

³¹⁷ **Ibid.** p. 5-70.

Trazendo-se essa análise para as implicações decorrentes de uma situação jurídica-social hipotética na qual um Estado passa por um processo de implementação de um novo ordenamento jurídico, promulgando uma nova Constituição e realizando uma investigação acerca das normatizações que serão compatíveis ou não com o novo ordenamento, reflete-se que irão surgir dificuldades para delimitar a extensão e a aplicabilidade dos direitos humanos. Se num Estado que não muda há séculos a base inicial escrita da sua Constituição, como no caso dos Estados Unidos da América³¹⁸, já há muitos dilemas de interpretação e aplicação dos direitos, devido à complexidade crescente das relações sociais e jurídicas, e das transformações no âmbito da sociedade; constata-se que num Estado em que é realizada uma mudança substancial e significativa do seu ordenamento jurídico, a partir da Carta Maior, esses desafios tendem a aumentar.

Argumenta-se que, apesar desse aumento de desafios e dilemas que uma mudança de ordenamento jurídico possa significar, essa mudança se faz imprescindível quando o ordenamento jurídico anterior representa um regime ditatorial, que não assegura adequadamente os direitos humanos. Inclusive, pela própria natureza do regime que, por si só, é um entrave para a garantia dos direitos. Exemplifica-se essa situação com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³¹⁹, que inaugurou oficialmente o novo ordenamento jurídico brasileiro, em substituição da Constituição outorgada de 1967³²⁰, e sua Emenda Constitucional nº 1/1969³²¹, que davam substrato ao regime militar que vigorava no Brasil anteriormente. Como será mais aprofundado no próximo capítulo, essa mudança imprescindível que ocorreu na República brasileira no final do século XX não eliminou todos os problemas acumulados pelo período ditatorial-militar, mas, pelo menos, foi um começo.

Ademais, afirma Danilo Zolo que o realismo jurídico demonstra que os homens, os intérpretes da lei, têm um papel fundamental na aplicação do direito, isso porque são os operadores do direito que irão interpretar as normas do ordenamento jurídico e aplicá-las. Devendo haver, conforme Zolo, para a otimização de um ordenamento jurídico que assegure os

³¹⁸ UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 13 jun. 2022.

³¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

³²⁰ BRASIL. **Constituição do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

³²¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

direitos subjetivos, um especial destaque na sociedade para a formação dos magistrados.³²² Benjamin N. Cardozo explicita que os casos concretos nos quais a controvérsia é sobre a aplicabilidade das normas aos fatos - e não simplesmente acerca da norma jurídica - consistem na principal atividade das cortes jurisdicionais³²³.

Um ordenamento jurídico - que tenha normas que promovam o Estado Democrático de Direito e o estabelecimento de direitos humanos - constitui sim a base reguladora das relações sociais; mas essa base, por si só, não promove a efetividade dos direitos na sociedade. Conforme ressaltado por Zolo, os intérpretes têm um papel essencial no processo de aplicabilidade do direito.³²⁴ Faz-se preciso, outrossim, a tomada de consciência no sentido de que um ordenamento jurídico assecuratório dos direitos humanos é um pilar necessário do Estado Democrático de Direito, mas não suficiente para resolver os problemas jurídico-sociais. É preciso, portanto, a imprescindível atuação dos operadores do direito na busca das finalidades do ordenamento. Além disso, os representantes eleitos para os poderes Executivo e Legislativo têm atuações, no âmbito de cada Poder, em situações que influenciam em relação à efetividade ou não dos direitos humanos no plano da sociedade brasileira; em especial, no desenvolvimento de políticas públicas que podem favorecer ou desfavorecer aspectos da promoção e concretude dos direitos humanos.

Um marco normativo emblemático que representa a mudança de um sistema político e jurídico é a promulgação de uma nova Constituição, estabelecendo-se, desse modo, um novo ordenamento jurídico. Acerca da Constituição, J.J. Gomes Canotilho destaca a Constituição como uma ordem-aberta, visto que simultaneamente ao fato de a Carta Maior almejar pela estabilidade, também pretende alcançar a dinamicidade, na medida em que a Constituição precisa apresentar possibilidades de adaptação às mudanças sociopolíticas no decorrer do tempo.³²⁵ As mudanças sociais, políticas e jurídicas que podem ser abarcadas por uma mesma Constituição no decorrer do tempo, entretanto, precisam ter um substrato político-jurídico da Carta Maior para não configurarem como uma ruptura com o ordenamento jurídico.

³²² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94. Colaboração de: Emilio Santoro; Tradução de: Carlo Alberto Dastoli. p. 88-90.

³²³ CARDOZO, Benjamin N.. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Tradução de: Silvana Vieira; Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. p. 121.

³²⁴ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94. Colaboração de: Emilio Santoro; Tradução de: Carlo Alberto Dastoli. p. 88-90.

³²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1435-1436.

Observa-se que quando há uma ruptura com o sistema colocado pela Constituição, consequentemente há uma ruptura com o sistema social e político, e com o ordenamento jurídico estabelecido, sendo necessária a institucionalização de uma Assembleia Constituinte para editar uma nova Constituição, se essa for a vontade da sociedade, a vontade do povo. Foi isso que ocorreu no contexto da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Carta Maior de 1988, que se constitui como a atual base sobre a qual se erige o ordenamento jurídico brasileiro, representa o auge da ruptura com o regime militar que vigorava anteriormente no Estado brasileiro.

Sob essa ótica, considerando-se que subsistem interações jurídico-sociais decorrentes da transição para uma nova ordem jurídica, no próximo capítulo é examinada a evolução histórico-jurídica que ocorreu entre o período militar ditatorial (1964-1985) e o Estado Democrático de Direito no Brasil, o qual tem por base a Constituição de 1988, relacionando-se com o desenvolvimento dos direitos humanos no Estado brasileiro.

Como a transição para o Estado Democrático de Direito traz implicações para a interpretação e aplicabilidade dos direitos humanos no Brasil – e num objeto de pesquisa que aborda a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação –, explorados os fundamentos teóricos da pesquisa, parte-se para o exame do recente histórico de transição democrática no Estado brasileiro.

3 ENTRE A DITADURA E A DEMOCRACIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Na parte final do capítulo anterior apresentou-se a teoria acerca das origens e o estabelecimento de um novo ordenamento jurídico, de forma a sedimentar a estrutura sob a qual é explicitada e desenvolvida a terceira premissa tópica desta tese. A terceira premissa é desvelada neste capítulo: 3) o modo em que o contexto recente do direito brasileiro se encontra inserido na realidade jurídico-social, na qual se identificam resquícios jurídico-sociais do período ditatorial (1964-1985) no âmbito do Estado Democrático de Direito atual, numa abordagem realista.

Neste capítulo examina-se a evolução histórico-jurídica do direito brasileiro, especificamente no período que compreende a passagem da ditadura militar até os dias atuais, com a redemocratização, que teve como marco normativo-constitucional a Constituição de 1988. Para se alcançar uma compreensão mais aprofundada acerca do problema de pesquisa e do caminho investigatório que é, inicialmente, guiado pela hipótese levantada, faz-se preciso realizar esse exame no supracitado período. Primeiramente, realiza-se uma análise, durante a ditadura militar, da Constituição outorgada de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, do ano de 1969, que mudou substancialmente a Constituição de 1967. No âmbito dessa análise é explorado o histórico da época da ditadura militar, época essa que tem como marcos normativo-constitucionais a Constituição de 1967 e a supracitada Emenda Constitucional nº 1. E, também, é feita uma abordagem das implicações para o direito interno que essa conjuntura político-jurídica e histórica gerou; com atenção para os direitos humanos, em especial aqueles relacionados ao problema de pesquisa colocado.

Em seguida, investiga-se a nova ordem jurídico-constitucional, que tem como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, aborda-se a evolução histórica e social após a ditadura, com um histórico da República e da sociedade brasileiras nesse novo período. E, ademais, as repercussões do novo ordenamento jurídico brasileiro, com um enfoque nos direitos humanos. Para finalizar o capítulo, trata-se da influência do direito internacional dos direitos humanos em suas interações com o direito interno; com esse escopo trata-se da conjuntura durante o período ditatorial; e, após esse período, com a redemocratização. Por fim, são examinados os resquícios jurídicos e sociais do período ditatorial e que alcançam os dias atuais, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Com essa estrutura, este capítulo fornece uma abordagem histórica, social e jurídica acerca do recorte temporal delimitado pelo objeto de pesquisa. Essas bases – histórica-social e

jurídica – serão essenciais para se estabelecer uma compreensão mais precisa das implicações para o direito à liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação, no que se refere ao fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis.

A concretização da Constituição e a efetivação da cidadania são dois fatores fundamentais para que o Estado Democrático de Direito possa desenvolver-se de forma harmônica. Todavia, cabe a reflexão de que a Constituição precisa ter um caráter democrático para possibilitar o estabelecimento e manutenção de um Estado Democrático de Direito. A efetivação de uma Constituição autoritária ou ditatorial, por sua vez, é totalmente oposta à garantia da democracia e, até mesmo, da plena cidadania. Inclusive, uma Constituição autoritária que restrinja os direitos dos cidadãos, especialmente seus direitos políticos, tem a característica de impedir a cidadania. Ou seja, além de não contribuir para a garantia dos direitos de cidadania, atua no sentido de impedi-la propositalmente.

No Brasil houve uma ditadura militar na segunda metade do século XX, de 1964 a 1985, e que teve um apoio jurídico-constitucional associado ao autoritarismo da época. Assim, a concretização de uma Constituição de nada garante a efetividade dos valores democráticos e de cidadania, se essa Carta Maior não carregar em sua essência esses valores fundamentais. Então, para que haja a garantia constitucional dos direitos de cidadania é preciso que, num primeiro momento, a Constituição estatal assegure isso e, num segundo momento, o Estado - por meio de políticas públicas e atuação adequada - promova a efetividade dos valores constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988 ao entrar em harmonia com os valores democráticos e os direitos de cidadania tem maiores condições de concretizar esses institutos, além de que, a opção do Poder Constituinte de possibilitar a inclusão dos direitos humanos advindos de tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico interno facilita ainda mais a proteção do cidadão. O cidadão, assim, já tem, a princípio, previstos os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados; e a garantia de que esse rol de direitos é exemplificativo, e não taxativo, tendo em vista a possibilidade de inclusão dos direitos humanos no direito interno.

3.1 A Constituição outorgada de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1

A Constituição de 1967, ao promover a possibilidade de suspensão de direitos e garantias constitucionais, e a redução da autonomia individual, fomentava uma clara intervenção na capacidade cidadã dos brasileiros. Os direitos de cidadania estavam severamente comprometidos. A própria essência ditatorial do regime intervia diretamente em prejuízo da

cidadania dos brasileiros no período, dos direitos políticos ativos e passivos, da capacidade de votar e ser votado. Pondera-se que, se a situação já estava bastante precária para a efetividade da cidadania no Brasil com a outorga da Constituição de 1967, a conjuntura piorou ainda mais com a publicação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Conforme será analisado, a EC nº 1/1969 promoveu mudanças profundas na configuração constitucional de 1967, sendo formalmente uma emenda à Constituição, mas materialmente consubstanciando-se em um novo pacto constitucional em território brasileiro. Pacto outorgado, cumpre ressaltar, considerando-se a essência ditatorial, autoritária e não democrática do regime militar na época.

Primeiramente, é realizada uma contextualização histórica do período militar (1964-1985) para, em seguida, ser feita a análise das implicações jurídicas, a partir dos principais documentos normativos do período. Destaca-se que para melhor apreender o arcabouço jurídico do período, para além da Constituição outorgada de 1967 e da sua Emenda Constitucional nº 1 de 1969, aborda-se, também, os principais atos institucionais do regime militar que orbitam tanto a supracitada Constituição quanto a sua emenda constitucional. Explicitados esses pontos, a seguir é apresentado o histórico do período ditatorial.

3.1.1 Histórico da época

Daniel Aarão Reis evidencia como a tentativa de implementação das reformas de base do presidente da República João Goulart (1961-1964) – vice-presidente eleito que tomou posse como presidente em 7 de setembro de 1961, após a renúncia, no mês anterior, agosto de 1961, do presidente Jânio Quadros - desencadearam um debate na sociedade, abarcando, essas reformas: a reforma agrária, a reforma urbana, a reforma bancária, a reforma tributária, a reforma eleitoral, a reforma do estatuto do capital estrangeiro, e a reforma universitária. Fomentando, inclusive, a mobilização de forças opostas a essas reformas, conforme esse autor.³²⁶ De acordo com Daniel Aarão Reis, há uma divisão da sociedade brasileira, e, ademais, o contexto internacional proporcionado pela guerra fria fomentava no imaginário de parte da população um medo pelo avanço das esquerdas no Brasil no âmbito do processo político.³²⁷

Tendo por ponto de partida as reflexões colocadas³²⁸, nota-se, assim, que o desenvolvimento dos fatos que antecederam o início da ditadura militar no Brasil foi

³²⁶ REIS, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002. p. 18-24.

³²⁷ **Ibid.** p. 26-28.

³²⁸ **Ibid.** p. 18-28.

influenciado tanto pela conjuntura interna, do País, quanto pela conjuntura internacional. Eric Hobsbawm pontua como a crise dos mísseis em Cuba, no ano de 1962, deixou todo o globo alerta para uma possível guerra que seria totalmente desnecessária, considerando-se a conjuntura política de que, em realidade, as duas superpotências - EUA e URSS - evitavam um confronto nuclear de fato, apesar desse detalhe não ser tão explícito, na época da guerra fria, para os diversos atores da comunidade internacional³²⁹.

Isso demonstra que a conjuntura internacional tem o potencial de provocar, em interação com a conjuntura interna, mudanças estruturais no País. Há influências políticas, entre os Estados que compõem a comunidade internacional; e, também, há influência cultural e social, sobre pessoas que fazem parte da sociedade brasileira, em especial nesse recorte histórico, antecedente ao início da ditadura militar no Brasil. A interação entre as esferas internacional e interna foi marcante, e isso possui implicações para o direito interno do Estado, conforme será explicitado no próximo tópico (3.1.2). José Paulo Netto, ao abordar o significado do golpe de 1º de abril de 1964, destaca o fato de que o regime originado a partir do golpe não é apenas uma ditadura militar, visto que buscava atender às demandas do sistema capitalista; sendo um golpe civil-militar, preservando interesses de setores privados, como empresários (inclusive empresas estrangeiras), latifundiários e banqueiros³³⁰. Pode-se afirmar, nesse sentido, que os setores privados tiveram papel essencial para que o golpe e o regime ditatorial instaurado tivessem êxito. O fator econômico, assim, teve uma significativa atuação na ruptura institucional ocorrida no Brasil a partir de abril de 1964.

José Murilo de Carvalho explica o fim da democracia em 1964 a partir de uma análise de que faltava às elites da direita e da esquerda verdadeiramente acreditar na democracia como sistema que proporcionaria chegar-se aos seus objetivos. Tanto direita, quanto esquerda, conforme esse autor, buscavam controlar o governo, ainda que isso custasse a essência da democracia representativa – no caso da direita, buscava-se a não implementação das reformas da esquerda, como também de um suposto golpe, dos comunistas e sindicalistas, que estaria em preparação; e no caso da esquerda, o objetivo era retirar os obstáculos colocados diante das reformas de base e evitar o golpe dos setores da direita de que suspeitavam.³³¹ Verifica-se que havia fortes tensões sobre o sistema democrático naquela época; embates, entre diferentes

³²⁹ HOBBSAWM, Eric J.. **Era dos Extremos**: O breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Tradução de: Marcos Santarrita; revisão técnica: Maria Célia Paoli. p. 223-227.

³³⁰ NETTO, José Paulo. **Pequena história da ditadura brasileira**: (1964-1985). São Paulo: Cortez, 2014. p. 74.

³³¹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 150.

ideologias políticas, que transcendiam os discursos e buscavam impactos concretos sobre os rumos do Estado.

José Murilo de Carvalho acrescenta que somada a essa falta de convicção na democracia das lideranças da direita e da esquerda, estava o fato de que não existiam organizações civis e representativas com força suficiente que fossem capazes de evitar a radicalização; com o confronto que colocou um fim na democracia nessa época, muito do que se tinha avançado no que se refere à mobilização política se perdeu, exceptuando-se a participação eleitoral que, conforme esse autor, sempre foi aumentando no decorrer dos anos. E o Brasil, desse modo, foi colocado num regime ditatorial, novamente, porém com os militares no controle direto do governo, como destaca Murilo de Carvalho.³³²

Reflete-se que a repercussão e as consequências de se ter uma ditadura sob o controle direto dos militares³³³ por tanto tempo no Brasil, de 1964 a 1985, consubstancia-se em algo que é sentido em seus mais distintos aspectos – social, político, jurídico, econômico – não apenas durante o período ditatorial, assim como ao longo do período democrático subsequente, até os dias atuais. Vinte e um anos de ditadura deixaram marcas visíveis no Estado e na sociedade. Como lidar com essas marcas é tarefa de distintos setores do Estado, da sociedade, e com pertinência a diferentes áreas do conhecimento, inclusive as ciências jurídicas. Esse breve histórico da época da ditadura tem a finalidade de contextualizar o ambiente em que foram realizadas tantas mudanças normativas, políticas, sociais e institucionais que resultaram num período de intensa ruptura democrática e autoritarismo no Brasil. Como resultado desses governos militares, no que concerne à proteção das pessoas, verificam-se sucessivas violações de direitos humanos, como o direito à vida, o direito à integridade física e moral, a liberdade de expressão, os direitos econômico-sociais, os direitos civis e políticos como um todo.

³³² CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 152.

³³³ O Estado ditatorial que vigorou no Brasil entre 1964 e 1985 representa a tomada de poder, com ruptura democrática, por uma determinada classe, com o domínio do aparelho estatal por essa classe. Nesse sentido, acerca da natureza do ente estatal, cabe explicitar a colocação de V.I. Lênin ao tratar do Estado; na qual esse autor o identifica como fruto e expressão da natureza não conciliável dos interesses entre as distintas classes sociais, em que o Estado por si só, corresponde a uma evidência da não conciliação desses diferentes interesses, sob a perspectiva do pensamento marxista.

LÊNIN, V. I.. **O Estado e a Revolução**: o que ensina o marxismo sobre o estado e o papel do proletariado na revolução. São Paulo: Hucitec, 1987. Tradução de: Aristides Lobo. Apresentação de: Florestan Fernandes. p. 9.

3.1.2 Implicações jurídicas

Antes da Constituição outorgada de 1967 e, também, da sua emenda nº 1, de 1969, há uma série de atos normativo-institucionais que tem por objetivo dar respaldo jurídico ao regime civil-militar instaurado com o golpe de abril de 1964. O Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, implementa o estado de exceção imposto pelo comando do regime civil-militar, após o golpe, o qual é chamado por esse ato institucional de “revolução vitoriosa”³³⁴. Também há o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que extingue os partidos políticos, cancelando seus registros³³⁵; e o Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966, que estabelece diretrizes para as eleições indiretas de 1966³³⁶. Esses três primeiros atos institucionais estão num patamar preliminar, prévios ao ato institucional que irá ter por escopo outorgar uma nova Constituição.

De forma subsequente, o Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convoca o Congresso Nacional para discutir o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República³³⁷. Logo, a Constituição da República Federativa do Brasil elaborada no âmbito da ditadura civil-militar foi outorgada em 24 de janeiro de 1967³³⁸. Mesmo após a outorga da Constituição de 1967, o regime político ditatorial continua a realizar enormes mudanças jurídico-constitucionais. O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, aumenta significativamente os poderes do Executivo Federal, desconsiderando-se, até mesmo,

³³⁴ BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³³⁵ BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³³⁶ BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966**. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-03-66.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³³⁷ BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966**. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³³⁸ BRASIL. **Constituição do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

limitações colocadas pela Constituição³³⁹. E em outubro de 1969, é aprovada a Emenda Constitucional nº 1, que edita profundamente o texto da Constituição de 1967³⁴⁰.

José Murilo de Carvalho divide em três fases os governos militares compreendidos durante a ditadura brasileira. Esse autor destaca um primeiro período, de 1964 a 1968, que iniciou de forma bastante dura, com um posterior abrandamento, com predomínio de setores menos conservadores das forças armadas; um segundo período, de 1968 a 1974, que é considerado o mais repressivo do Brasil em relação aos direitos civis e políticos, conforme Murilo de Carvalho, havendo um alto crescimento econômico, porém com um salário mínimo continuamente decrescente; e um terceiro e último período, que vai de 1974 a 1985, com tentativas de liberalização do regime, especialmente, entre 1979 e 1985.³⁴¹ Analisa-se que os atos institucionais nº 1, nº 2, nº 3 e nº 4, assim como a Constituição brasileira de 1967, localizam-se no primeiro período, compreendido de 1964 a 1968. Já o Ato Institucional nº 5 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 ficam melhor definidos no segundo período, caracterizado pela maior repressão, e que vai de 1968 a 1974.

Feita essa abordagem preliminar dos principais documentos normativos que estruturam o sistema jurídico imposto pela ditadura militar brasileira da época, passar-se-á a uma análise mais precisa acerca de cada um desses documentos, quanto aos dispositivos pertinentes à organização do poder estatal, e aos direitos fundamentais; tendo em vista o objeto de pesquisa. Outrossim, entre as determinações do Ato Institucional nº 1 destaca-se o artigo 7º, que estabelece a suspensão das garantias da vitaliciedade e estabilidade, por seis meses. No §1º, do art. 7º, é explicitado que os titulares de vitaliciedade e estabilidade podem ser demitidos, dispensados, postos em disponibilidade, aposentados – ou seja, retirados do serviço público por diversas formas autoritárias - caso esses titulares dessas garantias tenham infringido a segurança do Brasil, o regime estabelecido e a probidade no âmbito da administração pública.³⁴² O §4º

³³⁹ BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³⁴⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

³⁴¹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 157-158.

³⁴² BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

desse dispositivo ainda acrescenta que o controle por parte do Poder Judiciário fica limitado à análise de “formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade”³⁴³.

A redação do Ato Institucional nº 1, quanto à possibilidade de retirada do serviço público dos servidores que tenha vitaliciedade e/ou estabilidade, reveste-se de um caráter completamente arbitrário e ditatorial. Os requisitos para a ocorrência da exclusão do servidor do serviço público estatal são genéricos e subjetivos, ainda mais quando se acrescenta a isso o fato de que a atividade jurisdicional não dispôs de possibilidade de exame dos dados fáticos que geraram a decisão arbitrária ou mesmo da conveniência ou oportunidade de se realizar tal retirada do serviço público. Esse dispositivo 7º e seus parágrafos, do supracitado Ato Institucional, demonstram a dureza, arbitrariedade e autoritarismo do regime civil-militar em face de cidadãos prestadores de serviços públicos que não tenham uma ideologia ou pensamento alinhado com o regime, considerando-se a forma vaga e subjetiva de retirada desses servidores da administração pública.

Outro dispositivo do Ato Institucional nº 1 que explicita o autoritarismo e arbitrariedade do regime civil-militar é o art. 10, que dá poderes às autoridades ditatoriais, sem observância dos limites constitucionais, de estabelecer a suspensão de direitos políticos pelo prazo de até uma década, além de cassar mandatos legislativos nos âmbitos federal, estadual e municipal, sendo impossibilitada a análise jurisdicional desses atos arbitrários.³⁴⁴ Observa-se que há um exagerado aumento dos poderes e atribuições do Poder Executivo do regime ditatorial e, em contrapartida, uma forte diminuição da independência e atribuições do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Esse desequilíbrio das funções estatais na divisão de atribuições e independência dos poderes termina por fundamentar a essência da ditadura civil-militar brasileira por muitos anos, consolidando o regime ditatorial, o qual, pela sua própria natureza organizacional e de extremismo ideológico, propicia um ambiente desfavorável ao desenvolvimento e concretização dos direitos humanos.

O Ato Institucional (AI) nº 2 dá continuidade às arbitrariedades estabelecidas autoritariamente pelo regime civil-militar instaurado em 1964. No art. 6º do AI nº 2 é determinada uma nova redação aos artigos 94, 98, 103 e 105 da Constituição brasileira de 1946. Entre essas mudanças pontua-se, na alteração feita ao art. 98 da Constituição de 1946, que o

³⁴³ BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³⁴⁴ **Ibid.**

Supremo Tribunal Federal passará a ter 16 (dezesseis) ministros³⁴⁵, e não mais onze (11) ministros como era a diretriz constitucional anterior³⁴⁶. Constata-se que essa mudança do número de ministros da Corte Constitucional brasileira se alinha com o escopo do regime de não apenas esvaziar as atribuições do Poder Judiciário, como abordado na análise do Ato Institucional nº 1, mas também garantir uma centralização de autoridade no Poder Executivo que, assim, dilui a composição dos ministros do STF, num curtíssimo período, e tenta influenciar nas decisões da Corte Constitucional brasileira.

A alteração do art. 105 da Constituição de 1946, também feita pelo artigo 6º do Ato Institucional nº 2, corrobora a tentativa, inclusive de forma sistemática, de esvaziamento das atribuições e independência do Poder Judiciário, além da tentativa de influenciar nas decisões proferidas pela atividade jurisdicional. O novo teor do *caput* do art. 105 afirma que a nomeação dos juízes federais brasileiros será feita pela maior autoridade do Poder Executivo, o Presidente da República, dentre cinco cidadãos que sejam indicados pelo Supremo Tribunal Federal³⁴⁷. Ora, conforme examinado na alteração da composição dos ministros do STF, que busca diluir a composição dos ministros da Corte, num período brevíssimo, na tentativa de influenciar nas suas decisões; o art. 105 corrobora o caráter sistemático da busca desse controle sobre o Poder Judiciário. E na ponta da estratégia política de controle encontra-se o Poder Executivo, como autoridade centralizadora de atribuições aumentadas, de forma impactante, pelo regime ditatorial.

Ademais, o art. 8º do Ato Institucional nº 2 altera o §1º do art. 108 da Constituição de 1946. Nessa alteração coloca-se que o foro especial para processo e julgamento pela justiça militar, que é dos militares e pessoas assemelhadas (conforme *caput* do art. 108 da Constituição³⁴⁸), pode ser estendido aos civis, em casos legalmente expressos, com o objetivo de reprimir crimes em face da segurança nacional ou contra as instituições militares; em seguida, o § 1º do art. 8º do Ato Institucional nº 2 estabelece a competência da Justiça Militar

³⁴⁵ BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³⁴⁶ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

³⁴⁷ BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³⁴⁸ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

para o processo e julgamento dos crimes contra o Estado e a ordem política e social.³⁴⁹ Note-se que há uma grande concentração de poderes, inclusive de processo e julgamento, na competência da Justiça Militar, e isso reflete a intervenção dos governos militares nos rumos do Poder Judiciário brasileiro.

O art. 15 do Ato Institucional nº 2 possibilita que o Presidente da República possa suspender os direitos políticos, por até uma década, de qualquer cidadão, além de poder cassar mandatos legislativos dos âmbitos federal, estadual e municipal. Outro destaque do AI nº 2 é o seu art. 18, que extingue os partidos políticos, cancelando-se os seus registros; enquanto o art. 19, desse mesmo documento normativo, exclui da possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário os atos efetivados por autoridades de comando da ditadura militar, incluindo os atos do governo federal.³⁵⁰

Quanto ao Ato Institucional nº 3, suas determinações são referentes às eleições de 1966, com a fixação de datas, disposições acerca das eleições indiretas, além da nomeação dos Prefeitos das capitais, conforme documento normativo publicado em fevereiro de 1966.³⁵¹ Acerca do AI nº 3 destaca-se a generalização do caráter indireto das eleições, o que reforça a não harmonia da ditadura militar brasileira com o Estado Democrático de Direito, uma vez que impossibilita a ocorrência de eleições diretas durante o regime.

No que se refere ao Ato Institucional nº 4, esse documento normativo determinou a convocação do Congresso Nacional, na época, para se reunir de forma extraordinária e encaminhar um projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Conforme o art. 1º do AI nº 4, o Congresso foi convocado para se reunir a partir de 12 de dezembro de 1966 até 24 de janeiro do ano subsequente. A redação do AI nº 4 aponta para discussão e votação do projeto de Constituição, como também para promulgação desse projeto.³⁵² Entretanto, compreendido o contexto jurídico-social e histórico da época, inclusive os atos institucionais que antecedem o AI nº 4, verifica-se que se trata de um projeto ditatorial de Constituição, sendo o termo mais adequado para caracterizá-la, com sua entrada em vigor, de Constituição

³⁴⁹ BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³⁵⁰ **Ibid.**

³⁵¹ BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966**. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-03-66.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³⁵² BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966**. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

outorgada, e não Constituição promulgada, visto que não foi fruto de uma ampla discussão nos mais diversos seguimentos da sociedade.

Logo, como fruto de um primeiro momento do projeto ditatorial de Constituição do regime militar, foi outorgada a Constituição de 24 de janeiro de 1967³⁵³. Pela análise desse texto constitucional, pode-se afirmar que o regime militar busca uma tentativa de se mostrar para o mundo como um regime supostamente democrático e que respeita os direitos fundamentais. Vislumbra-se que a tentativa de transparecer como um Estado com um teor democrático e com observância dos direitos fundamentais demonstra uma busca por aceitação do regime e esvaziamento de críticas de setores contra a ditadura. Entretanto, são notadas falhas que denunciam o verdadeiro teor do regime.³⁵⁴

Essa Constituição caracterizou-se por uma maior intensificação das competências da União, como ressalta o seu art. 8º, no qual se constata que cabe à União a organização e manutenção da polícia federal com a finalidade de determinar, até mesmo, a censura das chamadas diversões públicas. Outro ponto que se destaca na Constituição de 1967 - que é uma Constituição composta de 189 artigos – é que a parte da declaração de direitos é situada apenas a partir do artigo 140, indo até o artigo 151.³⁵⁵ Esse fato claramente reflete as prioridades do regime militar, que busca o controle por meio de um sistema autoritário e ditatorial; e relega a um segundo plano os direitos fundamentais.

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, mantém a Constituição de 1967, e as Constituições Estaduais, mas dá poderes ao Presidente da República para decretar intervenções em Estados e Municípios, desconsiderando-se as limitações colocadas pela Constituição; além de poderes para a suspensão de direitos políticos de qualquer cidadão por uma década; como também, de cassação de mandatos eletivos federais, estaduais e municipais³⁵⁶. José Murilo de Carvalho avalia que, dentre os Atos Institucionais do período ditatorial, o Ato Institucional nº 5 foi o que mais prejudicou os direitos políticos e civis³⁵⁷. O AI nº 5 representa um endurecimento do regime, que se torna mais autoritário, ditatorial e

³⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

³⁵⁴ **Ibid.**

³⁵⁵ **Ibid.**

³⁵⁶ BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³⁵⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 161-162.

nocivo à concretização dos direitos fundamentais. O Executivo Federal, nesse contexto, tem um poder enorme sobre a vida dos cidadãos e quanto aos rumos do Estado.

Menos de três anos após a outorga da Constituição de 1967 seu texto foi intensamente editado. Em 17 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional nº 1 editou o texto da Constituição de 1967. Apesar de formalmente, no documento normativo³⁵⁸, a EC nº 1/1969 ser colocada como uma emenda à Constituição de 1967; pela análise do texto dessa Emenda, verifica-se que, do ponto de vista material, trata-se de nova Constituição. Isso porque a EC nº 1/1969 muda o arcabouço jurídico-constitucional sobre o qual se sustentava a Constituição de 1967.

Entre as modificações promovidas pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, destacam-se as determinações referentes ao estado de sítio. O art. 153 da Constituição de 1967 determinava o prazo de 60 dias para o estado de sítio com apenas uma possibilidade de prorrogação, pelo mesmo período.³⁵⁹ Já no âmbito da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o seu artigo 156 amplia a duração do estado de sítio para até 180 dias; ademais, não se coloca um limite para a quantidade de prorrogações do estado de sítio. Essa alteração muda substancialmente toda a regulação do direito da época, isso porque durante o estado de sítio há a possibilidade de suspensão de garantias constitucionais, por determinação do Congresso Nacional, como explicita o *caput* do art. 157 da EC nº 1/1969.³⁶⁰ A modificação da regulação constitucional do estado de sítio dá um poder enorme para o comando do regime militar, considerando-se que com a suspensão de garantias constitucionais por tempo indeterminado, em caso de estado de sítio, podendo ser indefinidamente prorrogado, intensificam-se as oportunidades de arbitrariedades por parte do poder público.

Uma outra mudança promovida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, foi a ampliação da duração do mandato do Presidente da República para cinco anos; anteriormente, esse mandato era de quatro anos; essa alteração foi realizada pelo artigo 75, § 3º, da EC nº 1/1969.³⁶¹ Essa ampliação da duração do mandato presidencial salienta a característica da ditadura militar de centralizar e perpetuar o poder político ditatorial do regime a partir do Poder Executivo Federal. E - tendo por ponto de partida o Poder Executivo Federal - o regime militar

³⁵⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

³⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

³⁶⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

³⁶¹ **Ibid.**

busca influenciar e intervir nos demais poderes, e instâncias governamentais e estatais do Estado brasileiro.

Ressalta-se que, conforme José Murilo de Carvalho, em 1970, logo no início do ano, foi institucionalizada a censura prévia em diversos meios de comunicação, inclusive jornais e livros; o governo tinha o poder de vetar a divulgação acerca de determinados assuntos ou nomes de pessoas; e quanto à segurança, somente podia prevalecer a versão das forças de segurança do governo.³⁶² O decreto-lei nº 1.077, de janeiro de 1970, veda, em seu art. 1º, publicações em quaisquer meios de comunicação que violem a moral e os bons costumes; esse decreto-lei nº 1.077 regula a aplicação do artigo 153, § 8º, em sua parte final, da Constituição brasileira de 1967 (já alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969).³⁶³ Observa-se que o conceito do que possa violar a moral e os bons costumes torna-se completamente prejudicado e arbitrário, num contexto de um regime militar ditatorial e que não favorece a concretização dos direitos fundamentais. Isto é, a censura é feita em face de todas as publicações que não são toleradas ou aceitas pelos governos militares.

Cumprе destacar, ademais, a Lei nº 5.250, de 1967, a Lei de Imprensa, que dispõe sobre a liberdade de expressão e de informação. Essa lei restringe a liberdade de expressão e de informação, e prevê, nesse intuito, um capítulo específico (Capítulo V) para responsabilização penal, dispondo sobre ação penal e processo penal no âmbito da lei; além de um capítulo para responsabilidade civil (Capítulo VI). O *caput* do art. 1º da Lei nº 5.250, de 1967, declara a liberdade de manifestação de pensamento e da informação, entretanto, o § 2º desse dispositivo retira os espetáculos e diversões públicas da proteção disposta no *caput*, podendo a censura ser legalmente aplicada nesses casos; além disso, esse § 2º estabelece que na vigência do estado de sítio também não prevalece a liberdade de manifestação de pensamento e da informação, podendo o governo exercer livremente a censura, inclusive em jornais, periódicos, empresas de radiodifusão e agências de notícias.³⁶⁴ E o *caput* do art. 2º da Lei nº 5.250/1967 veda a publicação e circulação no Brasil de livros, jornais e outros periódicos que violem a moral e os bons costumes³⁶⁵; esse dispositivo dá um grande poder ao regime ditatorial, visto que os agentes

³⁶² CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 162-163.

³⁶³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970**. Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1077.htm>. Acesso em: 26 ago. 2022.

³⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

³⁶⁵ **Ibid.**

estatais podem arbitrariamente dispor sobre o que violaria ou não a moral e os bons costumes, prejudicando publicações de adversários e opositores políticos, por exemplo.

Já após a redemocratização, contra a Lei nº 5.250/1967 houve a proposição de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 a parte arguente (o Partido Democrático Trabalhista – PDT) deu entrada na ação em face do Presidente da República e do Congresso Nacional; sendo também intimadas associações e entidades interessadas no caso, como: a Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais – FENAJ; a Associação Brasileira de Imprensa – ABI; e a organização não-governamental Artigo 19 Brasil. A supracitada ADPF nº 130 foi analisada no âmbito do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, com julgamento em 30/04/2009, e publicação do acórdão em 06/11/2009. A ADPF nº 130 foi decidida no sentido de não recepcionar toda a Lei nº 5.250/1967, a Lei de Imprensa, na nova ordem constitucional concretizada pela Constituição Federal de 1988; foi uma não recepção em bloco de todo o conteúdo da Lei nº 5.250/1967, devido à incompatibilidade, de caráter material, entre a supracitada Lei de Imprensa e a Constituição Federal de 1988. A Corte Constitucional brasileira considerou que seriam aplicáveis aos casos concernentes às relações de imprensa – além das normas constitucionais - também as normas infraconstitucionais: como o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código Penal e o Código de Processo Penal.³⁶⁶

3.2 A nova ordem jurídico-constitucional representada pela promulgação da Constituição Federal de 1988

Em meados da década de 1980, com o fato de a ditadura militar brasileira estar terminando, tendo durado de 1964 a 1985, vão sendo realizadas aberturas do sistema para possibilitar a transição para a ordem democrática. O Estado ditatorial e autoritário vai, aos poucos, cedendo, em meio a transição para o Estado Democrático de Direito. A sociedade brasileira almeja por essa transição, o sistema autoritário da ditadura já não mais corresponde às expectativas de setores que, inicialmente, em 1964, apoiaram o golpe que institucionalizou o regime. Pode-se relacionar, inclusive, essa mudança de diretriz de setores que anteriormente

³⁶⁶ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 130. Relator: Min. Carlos Britto. **ADPF nº 130/DF - Distrito Federal**. DF, 06 nov. 2009. p. 1-334. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 1-12.

apoiaram o golpe, com a vontade por mais liberdade política e garantia de direitos no país, como também, com o fator econômico.

No ano de 1985 foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte e, apesar de ter sido convocada por uma emenda constitucional (EC nº 26/1985), concretizou a criação do poder constituinte originário, na medida em que, conforme assevera Luís Roberto Barroso, havia por parte do povo a exigência do fim do regime militar, o anseio por eleições diretas e pelo delineamento de uma nova ordem jurídico-constitucional.³⁶⁷ Assim, conforme os artigos 1º e 2º da Emenda Constitucional nº 26 de 1985 a Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, foi composta, de forma unicameral, pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo a Constituinte instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal; e o artigo 3º da Emenda previu que a Constituição seria promulgada após a aprovação do seu texto final, com dois turnos de discussão e votação, sendo utilizado por critério de decisão de votação a maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte.³⁶⁸

Em 05 de outubro de 1988 foi aprovada e promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E cabe ressaltar como essa Constituição, que rege a atual ordem jurídica brasileira, é protetiva em relação aos direitos humanos e fundamentais. Já no seu artigo 4º, inciso II, apresenta-se a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que conduz o Brasil em suas relações internacionais; e o § 3º do artigo 5º da Constituição reconhece uma forma de possibilitar aos tratados sobre direitos humanos a ter o *status* de emendas constitucionais, caso sejam aprovados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Quanto aos direitos e garantias fundamentais são elencados os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), os direitos sociais (art. 6º ao artigo 11), os referentes à nacionalidade (artigos 12 e 13), os direitos políticos (art. 14 a 16) e partidos políticos (art. 17).³⁶⁹ Nota-se, nesse sentido, como o conteúdo material dos direitos humanos é essencial no contexto da Constituição brasileira de 1988, elencando direitos fundamentais dos mais diversos tipos e sem excluir eventuais direitos humanos que sejam adotados por meio de tratados e convenções internacionais. As especificidades da Carta Magna de 1988 serão abordadas com maior detalhe no tópico 3.2.2, que trata das repercussões do novo ordenamento jurídico.

³⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 378-380.

³⁶⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 08 dez. 2020.

³⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 dez. 2020.

3.2.1 Evolução histórica-social após a ditadura

Conforme explicitam Paulo Abrão e Marcelo D. Torelly, o início do processo de reparação em relação às violações de direitos cometidas durante o período militar acontece durante o próprio período ditatorial. Esses autores exemplificam, nesse sentido, a Lei de Anistia brasileira, a Lei nº 6.683, de 1979, que se configura num marco legal no contexto da transição brasileira de um regime ditatorial para a possibilidade de abertura a uma ordem democrática.³⁷⁰ A Lei nº 6.683, de 1979, desse modo, concede a anistia, de acordo com o seu art. 1º, no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, a todas as pessoas que cometeram crimes políticos, crimes eleitorais, os que tiveram suspensão de direitos políticos, como também aos servidores públicos que foram punidos com fundamento nos Atos Institucionais dos governos militares.³⁷¹

Isto posto, a Lei de Anistia brasileira - a Lei nº 6.683, de 1979³⁷² - ao invalidar punições executadas com fundamento nos Atos Institucionais dos governos militares, como também conceder a anistia aos perseguidos políticos, consubstancia-se num documento que vai possibilitar a construção de um caminho rumo à mudança de regime político no Brasil. Há uma flexibilização da estrutura jurídica e política nacional, e essa flexibilização vai proporcionar mais avanços futuros, no que concerne à transição política brasileira, para fora do alcance da ditadura militar. Verifica-se que o início da ditadura militar foi abrupto, com um golpe. Todavia, a saída do regime ditatorial é feita gradualmente, com atos de transição durante o período dos governos militares. Não é feito um golpe da oposição para derrubar a ditadura militar, ou seja, há um certo controle dos governos militares no âmbito do processo de transição.³⁷³

Giuseppe Tosi e Jair Pessoa de Albuquerque e Silva analisam a justiça de transição e o processo de democratização no Brasil e apontam que a Lei de anistia de 1979 anistiou não apenas os perseguidos políticos, mas também os agentes do regime ditatorial, criando, assim, um verdadeiro paradoxo.³⁷⁴ Analisa-se que a não condenação efetiva dos agentes estatais

³⁷⁰ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D.. As dimensões da justiça de transição no Brasil, a eficácia da lei de anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: PRONER, Carol; ABRÃO, Paulo (org.). **Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil-Espanha**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 236.

³⁷¹ BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

³⁷² **Ibid.**

³⁷³ **Ibid.**

³⁷⁴ TOSI, Giuseppe; SILVA, Jair Pessoa de Albuquerque e. A justiça de transição no Brasil e o processo de democratização. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo D.; ABRÃO, Paulo (org.). **Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 42.

violadores de direitos humanos durante o período ditatorial termina por dificultar o processo de democratização no Brasil. Uma lei que tolera - uma vez que não pune - atrocidades cometidas por agentes estatais durante um período autoritário de exceção apresenta uma dificuldade no sentido de estabelecer base jurídica para reparações mais efetivas às vítimas, como também a garantia da realização da justiça, com a condenação dos agentes violadores de direitos humanos.

Ademais, Giuseppe Tosi e Jair Pessoa de Albuquerque e Silva explicitam que para que haja uma justiça de transição mais ampla no Brasil são necessários: o reconhecimento da responsabilidade estatal pelos crimes praticados pelos seus agentes, com direito à reparação moral e ressarcimento material para as vítimas e seus familiares; a concretização da justiça, com uma necessária nova avaliação da lei de anistia de 1979; e uma especial atenção para com a memória e a verdade, com um amplo resgate dos documentos e fatos não divulgados pertinentes à ditadura militar brasileira.³⁷⁵ Percebe-se que o cumprimento dos requisitos necessários para a justiça de transição do Brasil está em desenvolvimento até os dias atuais.

Atualmente, mais de 30 anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda não se pode afirmar que terminou o processo de justiça de transição no país. Mais de três décadas não foram suficientes para reparar todas as injustiças cometidas durante a ditadura militar brasileira, a qual, durou pouco mais de duas décadas. Essa impactante constatação demonstra como o melhor caminho para a justiça - inclusive no caso em análise, que implica na justiça política de um país - é a prevenção. Uma vez realizadas sucessivas violações de direitos humanos, por agentes estatais, num período de pouco mais de duas décadas, uma reparação completa dessa situação pode demandar um enorme esforço de recursos estatais, além do tempo em si.

David Hume, no contexto do século XVIII, já trazia a ideia de que em todo governo há um choque constante entre autoridade de um lado e liberdade do outro; entretanto, esse autor, na sua época, já destacava que nesse choque, nesse conflito, nem a autoridade nem a liberdade pode prevalecer de forma absoluta.³⁷⁶ Um dos grandes equívocos dos governos militares brasileiros na segunda metade do século XX foi ignorar princípios básicos da ciência política - como esse da relação entre autoridade e liberdade na compreensão de Hume³⁷⁷ - e fazer prevalecer de forma absoluta a autoridade sobre a liberdade das pessoas, gerando uma série de

³⁷⁵ TOSI, Giuseppe; SILVA, Jair Pessoa de Albuquerque e. A justiça de transição no Brasil e o processo de democratização. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo D.; ABRÃO, Paulo (org.). **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 44-45.

³⁷⁶ HUME, David. **Ensaios políticos**. São Paulo: Edições 70, 2021. Organização e preparação do texto: Jaimir Conte, Marília Côrtes de Ferraz; tradução, introdução e notas: João Paulo Monteiro. p. 88.

³⁷⁷ **Ibid.** p. 88.

problemas jurídicos, sociais e políticos, que até hoje o Estado Democrático de Direito busca corrigir e superar.

A Lei nº 12.528, de 2011, criou a Comissão Nacional da Verdade no Poder Executivo Federal, vinculada à Casa Civil da Presidência da República. Conforme o art. 1º dessa lei, a finalidade da Comissão Nacional da Verdade é de realizar o exame e desvelamento quanto às graves violações de direitos humanos - que ocorreram de 18 de setembro de 1946 até a data de promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, 5 de outubro de 1988 - tendo por escopo dar efetividade ao direito à memória e à verdade histórica, além da promoção da reconciliação no país.³⁷⁸ O período objeto da análise da Comissão Nacional da Verdade abarca todos os anos da ditadura militar brasileira (1964-1985) e corresponde, em sua totalidade, ao período explicitado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988. Esse período do art. 8º do ADCT da Constituição, de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, compreende a anistia concedida aos atingidos por atos de exceção institucionais ou complementares, por motivação exclusivamente política.³⁷⁹

O art. 3º da lei que criou a Comissão Nacional da Verdade elenca como objetivos dessa Comissão: o desvelamento dos fatos e das circunstâncias referentes aos casos de graves violações de direitos humanos no período objeto da análise; a promoção do desvelamento dos crimes ocorridos e sua autoria, inclusive os casos ocorridos no exterior; a identificação e a publicação das informações referentes às estruturas, aos locais, às instituições, como também às circunstâncias relacionadas aos casos de violações de direitos humanos objeto da atividade da Comissão; o encaminhamento aos órgãos públicos competentes de todas as informações obtidas que possam auxiliar na localização e identificação de restos mortais das vítimas desaparecidas; a colaboração para as apurações de violações de direitos humanos, no âmbito de todas as instâncias do poder público; a recomendação da adoção de medidas e políticas públicas com a finalidade de promover a prevenção de violações de direitos humanos, garantindo que essas violações não ocorram novamente e contribuindo-se para a reconciliação no país; fomentar, com fundamento nas informações coletadas, a reconstrução histórica das graves

³⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

³⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

violações de direitos humanos ocorridas, além da colaboração para que haja a assistência às vítimas.³⁸⁰

A Comissão Nacional da Verdade representa uma instância essencial no processo de superação das violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira. O papel fundamental dessa comissão, no resgate histórico e memória do que aconteceu no Brasil entre 1964 e 1985, torna-se ainda mais relevante diante do fato de que a Comissão Nacional da Verdade foi gestada e desenvolvida integralmente durante o período democrático; não se originou a partir de uma lei estabelecida pelos governos militares da ditadura. Após a realização dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, essa comissão elaborou um relatório com dados, fatos e análises, como também com recomendações para o poder público. Entre as recomendações de caráter institucional encontra-se a medida de responsabilização jurídica dos agentes públicos envolvidos na ocorrência das graves violações de direitos humanos; não devendo ser aplicados os dispositivos da Lei de anistia de 1979, ou mesmo outros dispositivos constitucionais e legais que eventualmente concedam anistia a esses agentes³⁸¹.

Além de recomendações institucionais, o relatório da Comissão também apresenta recomendações de reformas constitucionais e legais. Entre as reformas recomendadas está a de que sejam suprimidas referências discriminatórias das homossexualidades da legislação. O relatório dá como exemplo o art. 235 do Código Penal Militar, de 1969 (diploma legal que entrou em vigor no período compreendido pela ditadura militar), que tipificava o crime de “pederastia ou outro ato de libidinagem”³⁸². O relatório recomenda que nesse dispositivo do Código Penal Militar, art. 235, que tinha a seguinte redação em seu *caput*: “Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar[...]”³⁸³; seja excluída a referência à homossexualidade, visto que, conforme o relatório, essa referência explícita a discriminação dentro das forças armadas, a que estão submetidos os homossexuais.³⁸⁴

³⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

³⁸¹ BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório / Comissão Nacional da Verdade.** Brasília: CNV, 2014. (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1). p. 1079.

³⁸² BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

³⁸³ **Ibid.**

³⁸⁴ BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório / Comissão Nacional da Verdade.** Brasília: CNV, 2014. (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1). p. 1088.

Registre-se que recentemente foi realizada a atualização legislativa, pela Lei nº 14.688, de setembro de 2023³⁸⁵. Desse modo, o teor do art. 235 do Código Penal Militar, de 1969, atualmente trata de “ato de libidinagem”³⁸⁶, e dispõe em seu *caput*: “Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique, ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar [...]”³⁸⁷; ou seja, finalmente, após décadas, foi excluída a referência à homossexualidade.

Jailton Macena e Robson Antão explicitam que os direitos referentes à sexualidade abarcam diversos aspectos, entre eles: a expressão da orientação sexual, como a heterossexual e a homossexual; a identificação de gênero, feminino e masculino; e o sexo, mulher e homem; estando todos esses aspectos, conforme esses autores, compreendidos na dignidade humana³⁸⁸.

É evidente a gravidade da situação, no século XXI - mais de 30 anos após a ditadura militar - ainda se ter, por um longo período, uma legislação com conteúdo discriminatório a um grupo vulnerável, no caso, as pessoas homoafetivas. Isso demonstra como a redemocratização de fato é um processo em desenvolvimento, em aperfeiçoamento, visto que no Brasil, no contexto do Estado Democrático de Direito, os grupos vulneráveis têm direitos humanos que precisam ser observados. Os retrocessos promovidos pela ditadura militar no Brasil parecem mais próximos e ameaçadores, quando se percebe que há falhas - inclusive normativas - corrigidas décadas após o fim da ditadura. De toda forma, não se pode negar que o trabalho da Comissão Nacional da Verdade foi preciso em muitos pontos, com a finalidade de aperfeiçoar o ordenamento jurídico e a democracia brasileira.

3.2.2 Repercussões do novo ordenamento jurídico

Após o fim da ditadura militar (1964-1985), o ápice e fundamento basilar do novo ordenamento jurídico brasileiro está na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Carta Magna brasileira de 1988 representa um novo ordenamento jurídico que vai reger e consolidar o processo de democratização, após mais de duas décadas de ditadura. O princípio da dignidade humana tem destaque nessa nova conjuntura jurídico-política e social. Inclusive, esse princípio está elencado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art.

³⁸⁵ BRASIL. Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14688.htm>. Acesso em: 10 abr. 2024.

³⁸⁶ **Ibid.**

³⁸⁷ **Ibid.**

³⁸⁸ ARAÚJO, Jailton Macena de; MEDEIROS, Robson Antão de. Pós-gênero e direitos humanos: aspectos bioéticos do processo de redesignação sexual em adolescentes transexuais. In: MEDEIROS, Robson Antão de (org.). **Biotecnologia, bioética e direitos humanos**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. p. 94.

1º, inciso III, da Constituição³⁸⁹). Gilberto Bercovici, ao analisar as relações entre a dignidade humana e a constituição econômica, afirma que no contexto da Constituição brasileira de 1988 essas relações abarcam não apenas a universalização de todos os direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos e sociais; mas também, a efetivação da democracia nos seus aspectos econômico e social, democratizando o poder econômico privado.³⁹⁰

Luís Roberto Barroso argumenta que há um aumento da densidade jurídica da dignidade humana, a qual passa a ser fundamento de decisões judiciais, no âmbito da Constituição de 1988.³⁹¹ Verifica-se que esse maior foco no princípio da dignidade humana pode ser relacionado também com a perspectiva de superação do recente passado autoritário no país, no qual ocorreram - com a utilização de agentes e órgãos estatais - sucessivas e graves violações de direitos humanos. O ordenamento jurídico nascente com a Constituição brasileira de 1988 busca, desse modo, distanciar-se do passado autoritário e focar na densificação da dignidade humana e dos direitos humanos. Cumpre ressaltar, entretanto, que é na aplicação do direito e na prevenção de violações de direitos humanos que poderá ser avaliada a efetivação da dignidade humana; isto é, a letra da norma – apesar de essencial – por si só, não garante a efetividade.

Na conjuntura da proteção jurídica emanada pelo princípio da dignidade humana há um destaque na Constituição Federal de 1988 para os direitos humanos e sua garantia, havendo, ademais, a previsão de remédios constitucionais. Assim, logo no Título I da Constituição, que trata dos princípios fundamentais, além da dignidade humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como já citado, há a previsão, no plano das relações internacionais envolvendo a República brasileira, do princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da Constituição)³⁹². E o Título II, posterior, é inteiramente dedicado aos direitos e garantias fundamentais.³⁹³

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura a igualdade de todos perante a lei, e garante aos brasileiros e estrangeiros o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à igualdade, o direito à segurança e o direito à propriedade.³⁹⁴ Há, atualmente, setenta e

³⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

³⁹⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 148.

³⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 387.

³⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

³⁹³ **Ibid.**

³⁹⁴ **Ibid.**

nove incisos que detalham esse art. 5º. O último inciso desse dispositivo, o inc. LXXIX, foi adicionado recentemente, por meio da Emenda Constitucional nº 115, do ano de 2022, e assegura o direito à proteção dos dados pessoais, proteção essa que abarca, também, os meios digitais. Entre os remédios constitucionais destacam-se o *habeas corpus* (inc. LXVIII), o mandado de segurança (incisos LXIX e LXX), o mandado de injunção (inc. LXXI), o *habeas data* (inc. LXXII) e a ação popular (inc. LXXIII).³⁹⁵ O mandado de injunção e o *habeas data* foram inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 para o ordenamento jurídico brasileiro. Os artigos 6º a 11, por sua vez, explicitam e detalham os direitos sociais. O *caput* do art. 6º elenca como direitos sociais: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”³⁹⁶.

Ainda no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, é asseverado o direito à nacionalidade (artigos 12 e 13), os direitos políticos (artigos 14 a 16) e as garantias referentes aos partidos políticos (art. 17). Quanto aos direitos políticos, no âmbito do processo de redemocratização, os incisos do art. 14 explicitam meios de manifestação da soberania popular: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Enquanto o *caput* desse mesmo dispositivo assegura o exercício da soberania popular através do sufrágio universal, além do voto direto e secreto, com o mesmo valor para todos.³⁹⁷ Nota-se que os direitos e garantias fundamentais elencados pela Carta Magna de 1988 não se harmonizam com o ordenamento jurídico anterior, antidemocrático e ditatorial. Todavia, o processo de redemocratização, para ser o mais eficaz possível, deve ir além da conjuntura constitucional inicial promovida pelo novo ordenamento, buscando-se eliminar, para além de uma constituição anterior antidemocrática, também legislações infraconstitucionais, e práticas institucionais e políticas incoerentes com o novo ordenamento jurídico.

J. J. Gomes Canotilho afirma que uma constituição precisa fornecer “exigências constitucionais mínimas”³⁹⁸ quanto a direitos e liberdades referentes à cidadania em suas dimensões pessoal, política e econômica, que não podem ser alteradas pelas maiorias no âmbito do Poder Legislativo.³⁹⁹ Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 está em progressivo

³⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

³⁹⁶ **Ibid.**

³⁹⁷ **Ibid.**

³⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 1, n. 15, p. 1-7, jun. 1996. p. 6.

³⁹⁹ **Ibid.** p. 6.

desenvolvimento na garantia e determinação do mínimo a ser resguardado no plano jurídico-constitucional. A recente inclusão do direito à proteção dos dados pessoais é um exemplo disso. Do mesmo modo, essa noção, trazida por Canotilho, de que a Constituição precisa fornecer o mínimo quanto aos direitos e liberdades⁴⁰⁰, faz surgir a reflexão de que o documento constitucional não regula especificamente, em todos os seus detalhes, políticas públicas e determinadas regulações que impactam a sociedade e o próprio Estado. Daí o caráter imprescindível de um olhar amplo para outros documentos normativos, institucionais e estatais, para além da Constituição em si. Sob essa perspectiva, verifica-se que ao longo desta tese são utilizados outros documentos jurídico-normativos, institucionais e estatais que embasam a investigação acerca do objeto de pesquisa posto em análise. Isso é feito, todavia, sem deixar de ressaltar o papel essencial da Constituição na estruturação do ordenamento jurídico brasileiro com a redemocratização realizada após a ditadura militar de 1964 a 1985.

Jorge Miranda, ao tratar acerca da relação entre Direito constitucional novo e Direito constitucional anterior, assevera que não se deve aferir sobre a compatibilidade ou não de uma norma constitucional anterior com a norma constitucional nova que seja similar, ou mesmo com a nova Carta Magna como um todo; isto é, havendo nova Constituição, a Constituição anterior não terá mais aplicabilidade.⁴⁰¹ Essa compreensão⁴⁰² tem especial relevância na medida em que apesar de no novo ordenamento jurídico brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, subsistir normas infraconstitucionais de períodos anteriores, inclusive do próprio período da ditadura militar, a Constituição foi completamente mudada e, com ela, a essência do direito constitucional brasileiro. Tanto que, as normas infraconstitucionais de períodos anteriores, que subsistem após 1988, apenas podem ser aplicáveis e, desse modo, efetivamente incorporadas ao novo ordenamento jurídico, se forem compatíveis com a Carta Magna brasileira de 1988.

José Murilo de Carvalho pondera que a Constituição de 1988 constitui-se na mais democrática que o Brasil já teve, sendo conhecida como Constituição Cidadã. Apesar dessa constatação, José Murilo ressalta que a democracia não está fora de uma zona de perigo, isso porque, conforme destaca esse autor, problemas econômicos impactantes, como a desigualdade social e o desemprego, subsistem; esses problemas não foram resolvidos pela democracia

⁴⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 1, n. 15, p. 1-7, jun. 1996. p. 6.

⁴⁰¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo II - Constituição. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 305.

⁴⁰² **Ibid.** p. 305.

política.⁴⁰³ Observa-se, nesse contexto, que os direitos assegurados pela nova ordem jurídica muitas vezes não são concretizados na sociedade brasileira, especialmente levando-se em consideração as limitações econômicas de grande parte da população, além dos obstáculos institucionais, políticos e econômicos enfrentados pelo Estado.

Estratégias, tendo por iniciativa do Estado Democrático de Direito brasileiro, se fazem necessárias para superar o problema da não concretização dos direitos humanos para as parcelas mais carentes da sociedade, com especial atenção para os grupos vulneráveis. A falta de recursos econômicos dificulta em muito a busca pela concretização dos direitos, e quando essa falta de recursos converge com um baixo investimento em serviços públicos para a população, especialmente a mais carente, isso se torna um terreno fértil para a violação de direitos e sua posterior não reparação.

John Stuart Mill, ao tratar sobre os limites da autoridade da sociedade sobre a pessoa, discorre que na esfera da individualidade está inserida a parte da vida na qual o interessado central é o indivíduo; enquanto que na esfera da sociedade está a parte na qual a sociedade é a interessada que tem primazia.⁴⁰⁴ Trazendo-se esse pensamento⁴⁰⁵ para a atualidade, pode-se afirmar que, no que concerne à aplicação dos direitos humanos, esse é um tópico de relevância no meio social e no qual há um interesse tanto do indivíduo quanto da sociedade como um todo, e do próprio Estado. Porém, cabe registrar que pode ocorrer de o indivíduo ou grupo vítima de violações de direitos humanos buscarem a reparação da injustiça sofrida em face do próprio Estado que, por algum meio ou circunstância, provocou a violação de direitos ou, no caso de violação perpetrada por terceiros, particulares, o Estado não foi ágil em promover a restauração da justiça com a reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

3.3 Influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos: interações com o direito brasileiro

Analizados, preliminarmente, o histórico e as principais implicações jurídicas do período militar ditatorial (1964-1985), como também a nova ordem jurídico-constitucional representada pela promulgação da Carta Magna de 1988, com a evolução histórica-social após

⁴⁰³ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 199.

⁴⁰⁴ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. Tradução e prefácio: Alberto da Rocha Barros; apresentação: Celso Lafer. p. 117.

⁴⁰⁵ **Ibid.** p. 117.

a ditadura e as repercussões do novo ordenamento jurídico, cumpre, nesse momento, destacar as interações do Direito Internacional dos Direitos Humanos com o direito brasileiro. Como o direito brasileiro está submetido a uma intensa influência do direito internacional dos direitos humanos, havendo a adoção de declarações e tratados internacionais que são incorporados ao direito interno, essa análise torna-se relevante para o objeto de pesquisa colocado.

Considerando-se as particularidades do objeto de pesquisa, as interações do direito interno com o direito internacional dos direitos humanos serão apresentadas em três momentos: durante o período ditatorial (1964-1985); durante o período democrático, após 1988; e, por fim, considerando-se os resquícios jurídico-sociais do período ditatorial no Estado Democrático de Direito brasileiro. Esse terceiro e último momento - dos resquícios do período ditatorial anterior que subsistem no atual Estado Democrático de Direito - se faz preciso; tendo em vista que, conforme ressaltado em tópicos anteriores, o processo de democratização é algo que se sucede até os dias atuais, mais de três décadas após o fim da ditadura militar, após a promulgação da Constituição de 1988.

Ainda que, hipoteticamente, se considerasse que esse processo de democratização após a ditadura estaria plenamente finalizado e concluído no Brasil, não se pode deixar de frisar que o Estado Democrático de Direito é uma conquista civilizacional que para manter-se ao longo do tempo precisa de fiscalização dos cidadãos para com a observância dos seus direitos, fiscalização essa que demanda, conjuntamente, ações e políticas públicas estatais, por meio das instituições democráticas, para que não haja retrocessos autoritários. Feitos esses delineamentos, cabe, inicialmente, abordar acerca da natureza e da extensão do direito internacional dos direitos humanos, para que, nos tópicos subsequentes, se possa relacioná-lo com o direito interno brasileiro, especificamente nos períodos e momentos supracitados.

Conforme André de Carvalho Ramos, no âmbito do Direito Internacional Público há o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados; em que o escopo dessas três áreas do direito internacional público é proteger o ser humano; sendo que o primeiro, o direito internacional dos direitos humanos, tem uma proteção mais ampla e geral em relação aos dois últimos sub-ramos, que possuem esferas de atuação mais específicas: o direito internacional humanitário, no plano dos conflitos armados; e o direito internacional dos refugiados, na proteção dos refugiados.⁴⁰⁶ André de Carvalho Ramos também explicita que há uma relação de complementaridade entre esses três sub-ramos, e exemplifica que apenas no direito internacional dos direitos humanos há formas

⁴⁰⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 68-69.

das vítimas acessarem órgãos, inclusive judiciais, e que isso supre uma lacuna dos outros dois sub-ramos.⁴⁰⁷ Nesse contexto, o exame a ser realizado quanto às interações com o direito brasileiro se dá a partir do direito internacional dos direitos humanos, sem deixar de considerar que este está relacionado com o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados; estando as três áreas vinculadas ao direito internacional público, conforme destacado⁴⁰⁸.

Fábio Konder Comparato argumenta que a primeira fase de internacionalização dos direitos humanos iniciou-se na segunda metade do século XIX e foi finalizada com a Segunda Guerra Mundial, com manifestações no direito humanitário; no combate à escravidão; e na normatização dos direitos dos trabalhadores assalariados.⁴⁰⁹ Já a partir de 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, Fábio Konder Comparato assevera que o valor da dignidade humana passou a ser mais bem compreendido pela humanidade, havendo, ademais, o entendimento de que não apenas o poder público tem o dever de respeitar todos os direitos humanos, mas também os indivíduos e as pessoas jurídicas de direito privado têm esse dever.⁴¹⁰ Verifica-se que a análise realizada nos próximos tópicos, quanto à interação com o direito brasileiro, refere-se a períodos inseridos após a Segunda Guerra Mundial, já numa fase avançada de internacionalização dos direitos humanos em âmbito normativo global.

3.3.1 Período ditatorial (1964-1985)

Conforme Antônio Augusto Cançado Trindade, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foram realizadas duas conferências mundiais de direitos humanos das Nações Unidas: a I Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1968, no Teerã; e a Conferência Mundial de Viena, em 1993.⁴¹¹ A partir das épocas em que ocorreram essas conferências mundiais de direitos humanos, observa-se que a I Conferência Mundial (1968) ocorreu durante o período da ditadura militar no Brasil; enquanto que a Conferência Mundial de Viena (1993) ocorreu posteriormente ao início do processo de democratização no País, após

⁴⁰⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70-72.

⁴⁰⁸ **Ibid.** p. 68-72.

⁴⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 67.

⁴¹⁰ **Ibid.** p. 68-70.

⁴¹¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado | DOI: 10.12818/p.0304-2340.2018v73p97. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.L.], n. 73, p. 97-140, 20 dez. 2018. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2018v73p97>. p. 116-120.

a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988. José Augusto Lindgren-Alves afirma, quanto à relação entre a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993 e o Estado brasileiro, que essa Conferência de 1993 proporcionou um ambiente que consolidou uma aproximação entre o governo e a sociedade civil na persecução de objetivos em comum.⁴¹² Todavia, antes dessa maior aproximação entre governo e sociedade civil⁴¹³, há todo o período ditatorial e autoritário do regime militar (1964-1985), que é o foco deste tópico.

Quanto à Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da I Conferência Mundial (1968), de acordo com Antônio Augusto Cançado Trindade essa Proclamação apresentou, entre outros pontos, o distanciamento crescente entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, no que se refere ao aspecto econômico, sendo esse distanciamento um impedimento para a concretização dos direitos humanos no plano internacional.⁴¹⁴ Apesar da Proclamação de Teerã de 1968 tratar de diversos outros pontos como, por exemplo, a obrigação dos Estados nacionais de respeitar o Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais; o Pacto Internacional de direitos civis e políticos; entre outros tratados de direitos humanos⁴¹⁵; a parte da Proclamação de 1968 quanto ao desenvolvimento econômico foi maior focalizada pelo regime militar brasileiro.

O problema é que a ditadura brasileira da segunda metade do século XX enfocou no desenvolvimento econômico não tanto como uma forma de potencializar a concretização dos direitos humanos, mas sim para atender a interesses de setores estatais, como também interesses de setores privados, sem, todavia, um maior compromisso com o desenvolvimento social, da população mais vulnerável, que poderia gerar uma maior efetivação dos direitos humanos no país. Outro fato que sustenta a falta de compromisso do regime militar com a efetivação dos direitos humanos no Brasil é que os próprios órgãos e agentes da ditadura promoveram sucessivas violações de direitos humanos, especialmente, em face dos opositores do regime.

José Maria Gómez pontua que apesar de ter havido um enfoque maior no desenvolvimento e papel dos direitos humanos com o fim da Segunda Guerra Mundial, logo isso foi desacelerado, na prática, pelo contexto da guerra fria que colocava em lados opostos o

⁴¹² LINDGREN-ALVES, José Augusto. **A década das conferências: 1990-1999**. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2018. (Coleção relações internacionais). p. 170.

⁴¹³ **Ibid.** p. 170.

⁴¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado | DOI: 10.12818/p.0304-2340.2018v73p97. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.L.], n. 73, p. 97-140, 20 dez. 2018. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2018v73p97>. p. 117.

⁴¹⁵ PROCLAMAÇÃO de Teerã: Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de Maio de 1968. Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de Maio de 1968. 1968. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/geral/ProcTeera.htm>. Acesso em: 26 set. 2022.

Leste e o Oeste, com a rivalidade de caráter geopolítico e ideológico entre Estados Unidos da América e União Soviética; rivalidade essa que influenciava diretamente os regimes ditatoriais que estavam em alinhamento com cada um desses lados, com cada uma dessas potências mundiais, conforme esse autor.⁴¹⁶ No Brasil, durante a guerra fria, que abarcou todo o período da ditadura militar brasileira, constata-se uma convergência dos governos militares com as ideias propagadas pelos Estados Unidos da América. Inclusive, a origem do golpe, em 1964, em seus discursos, demonstra um alinhamento com as ideias disseminadas pela ideologia norte-americana de combate aos regimes socialistas; afinal, essa foi uma das maiores justificativas dos militares para instaurar o antidemocrático golpe, identificada essa justificativa, no Brasil, com o embate em face do comunismo.

Na segunda metade do século XX, esse arcabouço da guerra fria de embate internacional entre Oeste e Leste, Estados Unidos e União Soviética, capitalistas e socialistas, não beneficiou a concretização dos direitos humanos como um todo, pois que envolveu os direitos humanos numa disputa ideológica e terminou por promover uma maior tolerância para com regimes autoritários e ditatoriais de outros países; indo para primeiro plano não a questão acerca de se um determinado país garante os direitos humanos, mas se o país está alinhado com a ideologia política capitalista ou socialista. E essa tolerância para com regimes autoritários vem não apenas de atores externos, internacionais, mas de setores dentro do próprio Estado ditatorial, setores que apoiaram o golpe, inclusive civis, como no Brasil, no ano de 1964.

Esse contexto internacional, com fortes repercussões internas, termina por explicar o ambiente desfavorável para a concretização dos direitos humanos no Brasil entre 1964 e 1985, durante a ditadura militar; além de explicar, em parte, como se deu a estrutura autoritária do regime que acabou propiciando sucessivas violações de direitos humanos, especialmente, contra opositores ou supostos opositores do regime militar brasileiro. Assim, o fato de ter havido na década de 1960, no ano de 1966, a adoção pela Assembleia-Geral das Nações Unidas do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴¹⁷ e também do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴¹⁸, para dar efetividade aos direitos declarados

⁴¹⁶ GÓMEZ, José Maria. Globalização dos direitos humanos, legado das ditaduras militares no Cone Sul latino-americano e justiça transicional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S.L.], v. 1, n. 33, p. 85-130, dez. 2008. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. <http://dx.doi.org/10.17808/des.33.240>. p. 87-89.

⁴¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴¹⁹ (1948), pouco influenciou o regime ditatorial brasileiro da época quanto a uma efetiva responsabilidade para com a eficácia dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos econômicos, sociais e culturais.

Apenas em abril de 1992, anos após o fim da ditadura militar no Brasil, que tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (conforme o Decreto nº 591, de 1992⁴²⁰), quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (conforme o Decreto nº 592, também de 1992⁴²¹), entraram em vigor para o direito interno brasileiro. Logo, apesar da adoção no plano internacional pela Assembleia Geral das Nações Unidas ter ocorrido em 1966, ano que coincide com o período da ditadura militar brasileira; apenas em 1992, já no contexto da democratização, após a Constituição Federal de 1988, que o direito interno reconheceu, formalmente, a entrada em vigor dos supracitados Pactos internacionais. Numa perspectiva da interação dos Pactos sobre as políticas públicas da época da ditadura, verifica-se uma baixa aplicabilidade, tendo em vista as violações de direitos humanos promovidas ou toleradas por agentes e órgãos estatais. Já numa análise da entrada em vigor formal dos Pactos no direito interno, o contexto também não é favorável, visto que, como explicitado, apenas anos após o fim da ditadura militar que o conteúdo dos Pactos foi formalmente incorporado ao direito interno.

Algo bastante semelhante ocorre com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Essa Convenção Americana foi adotada no plano da Organização dos Estados Americanos em novembro de 1969, tendo entrado em vigor em âmbito internacional em julho de 1978.⁴²² Entretanto, apesar de ter entrado em vigor internacionalmente ainda durante o período da ditadura militar brasileira, em 1978; a Convenção entrou em vigor formalmente para o Brasil apenas em 25 de setembro de 1992, conforme o Decreto nº 678, do ano de 1992⁴²³; ou seja, vários anos após o fim do regime autoritário militar brasileiro.

⁴¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁴²⁰ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴²¹ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴²² BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴²³ **Ibid.**

A partir dessa análise da adoção desses três significativos marcos normativos - o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - para a proteção dos direitos humanos numa interação entre os planos internacional e interno, em especial no Brasil; observa-se que o fato desses marcos normativos serem, em âmbito internacional, contemporâneos do período da ditadura militar brasileira, pouco impacto teve na concretização dos direitos humanos no Brasil durante os governos militares. Considerando-se, inclusive, a falta de compromisso do regime militar para com o respeito aos direitos humanos como um todo.

3.3.2 Período democrático

Conforme abordado, o período democrático, com a redemocratização do Brasil após a ditadura militar (1964-1985), tem por marco normativo-constitucional a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Quanto à interação entre direito interno e direito internacional dos direitos humanos, a Lei Maior estabelece princípios e, até mesmo, determinações quanto à adoção de novos direitos humanos. Logo no Título I da Constituição, que trata acerca dos Princípios Fundamentais, o artigo 4º elenca em seus incisos os princípios que regem a República brasileira na esfera das suas relações internacionais.⁴²⁴ Cumpre destacar esses princípios, pois que direta ou indiretamente se relacionam com a promoção do direito internacional dos direitos humanos em harmonia com o direito interno.

Assim, os princípios estabelecidos pelo art. 4º da Constituição são: a independência nacional; a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; o princípio da não-intervenção; a igualdade entre os Estados; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos; o repúdio ao terrorismo e ao racismo; a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e o princípio da concessão de asilo político. O parágrafo único desse artigo 4º da Constituição ainda acrescenta que o Brasil visará à criação de uma comunidade latino-americana de nações, por meio da busca da integração nos âmbitos econômico, político, social e cultural dos povos da América Latina.⁴²⁵ Apesar do parágrafo único do art. 4º destacar a busca de uma relação mais próxima entre os países latino-americanos⁴²⁶, os incisos desse dispositivo,

⁴²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴²⁵ **Ibid.**

⁴²⁶ **Ibid.**

que elencam os supracitados princípios que regem as relações internacionais em que está inserido o Brasil, aplicam-se nas relações do Brasil com todos os atores da comunidade internacional. Verifica-se, desse modo, um forte compromisso do Brasil com a promoção da paz e dos direitos humanos, tendo por arcabouço a Carta Maior de 1988.

Por sua vez, no Título II da Constituição, que trata especificamente dos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, em seu § 2º, dispõe que os direitos e garantias estabelecidos na Carta Maior não excluem outros que sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou mesmo dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.⁴²⁷ Ademais, no mesmo dispositivo, no art. 5º, o § 3º (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), determina que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁴²⁸.

Observa-se, pelo tratamento constitucional apresentado, a significativa importância dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos para o Estado Brasileiro. Atualmente, pode-se citar como exemplo de convenção internacional aprovada conforme o procedimento do § 3º, art. 5º da Constituição Federal de 1988, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Essa Convenção e seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova York, em março de 2007, e entraram em vigor para o Brasil, em âmbito internacional, em 31 de agosto de 2008, sendo promulgados internamente em agosto de 2009, conforme o Decreto nº 6.949, de 2009⁴²⁹. No mês anterior à promulgação interna, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo foi aprovado seguindo os procedimentos do § 3º, art. 5º da Constituição de 1988, conforme o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008⁴³⁰.

Além disso, em caso de aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com procedimento diferente do apresentado pelo § 3º, do art. 5º da Constituição – conforme examinado no capítulo anterior, no subtópico acerca da inserção do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro –, há jurisprudência do Supremo

⁴²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴²⁸ **Ibid.**

⁴²⁹ BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁴³⁰ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

Tribunal Federal no sentido de que as normas desses tratados e convenções serão consideradas como supralegais; acima da legislação infraconstitucional, porém abaixo da Constituição de 1988. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/São Paulo, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inaplicabilidade de legislação infraconstitucional que dava os subsídios para a prisão por dívida da figura jurídica do depositário infiel; apesar de a Constituição Federal de 1988, na parte final do inciso LXVII do artigo 5º, prever a possibilidade de prisão por dívida do depositário infiel⁴³¹, essa disposição constitucional entra em conflito com a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pelo Brasil e que não permite a prisão por dívida do depositário infiel (art. 7º, §7, da Convenção⁴³²). Desse modo, apesar de a disposição constitucional que prevê esse tipo de prisão não ter sido revogada, a legislação infraconstitucional que dava o arcabouço jurídico para essa modalidade de prisão foi considerada inaplicável, por estar em desacordo com tratado internacional de direitos humanos adotado pelo Brasil, ainda que sem o procedimento diferenciado apresentado pelo § 3º, do art. 5º da Constituição⁴³³, de acordo com o Acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.⁴³⁴

Conforme destacado no tópico anterior, apenas em 1992, anos após o fim da ditadura militar no Brasil, que tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591, de 1992⁴³⁵), quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, também de 1992⁴³⁶), entraram em vigor para o direito interno brasileiro. Situação semelhante ocorreu no que se refere à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. A Convenção entrou em vigor formalmente

⁴³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴³² BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴³³ “Art. 5º [...]”

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴³⁴ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/ SP - São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. **RE nº 466.343-1/ SP - São Paulo**. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1106-1330. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 28 set. 2022.

⁴³⁵ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴³⁶ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

para o Brasil em setembro de 1992, conforme o Decreto nº 678, do ano de 1992⁴³⁷; ou seja, após o fim dos governos militares. Esses Pactos internacionais, como também a Convenção Americana, são marcos normativos essenciais no contexto do direito internacional dos direitos humanos em interação com o direito brasileiro. E esses marcos normativos puderam se inserir de forma mais completa no contexto do direito interno apenas após o início da redemocratização, conforme demonstrado.

Quanto ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, no qual está inserido o Brasil, são órgãos competentes desse sistema regional de proteção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com o art. 33 do Pacto de São José da Costa Rica. A Corte é composta por sete juízes, que devem ser nacionais dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, conforme dispõe o art. 52 da Convenção Americana; enquanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete membros com notório conhecimento em matéria de direitos humanos, de acordo com o art. 34 da Convenção.⁴³⁸

Acerca das funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o art. 41 da Convenção Americana apresenta que a principal função é a promoção da observância e da defesa dos direitos humanos, cabendo à Comissão: fomentar a consciência dos povos da América acerca dos direitos humanos; a formulação de recomendações para os governos dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos; a preparação de estudos e relatórios; a solicitação de informações aos governos dos Estados-Membros; o atendimento de consultas e a prestação de assessoramento; e a apresentação de um relatório anual para a Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos. E sobre a competência e funções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme o Pacto de São José da Costa Rica, apenas os Estados-Partes da referida Convenção e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que têm o direito de submissão de casos para a decisão da Corte (art. 61); estando a competência da Corte Interamericana vinculada ao conhecimento de qualquer caso relacionado à interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção Americana (art. 62).⁴³⁹

No âmbito da interação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, utiliza-se como exemplo a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, de 24 de novembro de 2010.

⁴³⁷ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴³⁸ **Ibid.**

⁴³⁹ **Ibid.**

Nesse caso concreto, conforme a sentença, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou a demanda em face do Estado brasileiro, quanto à responsabilização pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 (setenta) pessoas, como consequência de operações do Exército brasileiro com o escopo de eliminar a Guerrilha do Araguaia, no período que vai de 1972 a 1975, durante a ditadura militar brasileira. Entre as 70 pessoas estavam membros do Partido Comunista do Brasil, além de camponeses da região, de acordo com a sentença.⁴⁴⁰

Ao final do julgamento do supracitado caso, entre as disposições da sentença, ficou determinado que o Estado brasileiro: precisa garantir a eficaz responsabilização penal dos responsáveis pelo massacre das vítimas; deve empreender esforços para encontrar as vítimas desaparecidas, e, sendo o caso, identificar os restos mortais, devendo entregá-los para os familiares; tem que proporcionar tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que seja requerido pelas vítimas; deve reconhecer, em ato público, sua responsabilidade internacional; deve garantir, em caráter permanente e obrigatório, educação em direitos humanos para todos os níveis das forças armadas; e tem de pagar indenizações por danos material e imaterial, além de restituição de custas e gastos.⁴⁴¹ Essa decisão⁴⁴², no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condena o Estado brasileiro por crimes cometidos por agentes estatais durante a ditadura militar (1964-1985), evidencia a interação entre direito internacional dos direitos humanos e direito interno, e constata como o processo de redemocratização e reparação pelas injustiças cometidas durante o regime militar brasileiro é complexo; e vai muito além da promulgação da Constituição Federal de 1988. Destaca-se que o supracitado caso foi julgado e teve sua sentença publicada mais de duas décadas após o fim da ditadura no Brasil.

Antônio Augusto Cançado Trindade, ao tratar sobre a compatibilidade entre a jurisdição internacional e a jurisdição nacional no que se refere aos direitos humanos, ressalta que há o requisito de que os recursos do direito interno sejam esgotados previamente para que seja admitida a comunicação de violações de direitos humanos; sendo que esse critério do esgotamento dos recursos do direito interno é interpretado, conforme esse autor, a partir da eficácia dos recursos internos, podendo ser dispensado o esgotamento desses recursos em caso de prática do Estado ou mesmo negligência ou tolerância estatal para com as violações de

⁴⁴⁰ INTERAMERICANA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia n° 219. San José de 2010. **Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Costa Rica, 24 nov. 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022. p. 1-4.

⁴⁴¹ **Ibid.** p. 113-116.

⁴⁴² **Ibid.** p. 1-116.

direitos humanos.⁴⁴³ Logo, o mero esgotamento dos recursos internos não significa que esses recursos foram eficazes, ainda mais em situações em que o próprio Estado esteja envolvido de alguma forma nas violações de direitos humanos em questão, ainda que esse envolvimento seja na tolerância para com as violações ou omissão de atuação estatal no sentido de evitá-las, podendo ser dispensado o esgotamento dos recursos do direito interno, conforme destaca Cançado Trindade⁴⁴⁴.

Flávia Piovesan afirma que o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos tem apresentado vocação para o impedimento de retrocessos, como também para a promoção de avanços no que se refere à proteção dos direitos humanos, havendo prevalência do princípio da dignidade humana; ademais, essa autora aponta para a consolidação do controle de convencionalidade (o controle das normas internas infraconstitucionais a partir da Convenção Americana) como um ponto de diálogo com os sistemas jurídicos nacionais.⁴⁴⁵ Acerca do chamado controle de convencionalidade, cita-se, no que concerne ao direito brasileiro, a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do depositário infiel; decisão já apresentada anteriormente⁴⁴⁶; como também, a Súmula Vinculante nº 25, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como uma decorrência das decisões da Corte Constitucional brasileira, *in verbis*: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”⁴⁴⁷.

Além disso, Flávia Piovesan indica três fatores decisivos durante o processo de democratização da região latino-americana para a criação de um constitucionalismo regional acerca dos direitos humanos: a maior força do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto sobre a região; a adoção de Constituições com cláusulas de abertura que proporcionam diálogo e interação mais intensos entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno; e, por fim, a maior atuação e força da sociedade civil na luta por

⁴⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 1999, n. 36, p. 27-76, 27 fev. 2014. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/79>. Acesso em: 19 set. 2022. p. 41-42.

⁴⁴⁴ *Ibid.* p. 41-42.

⁴⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Prefácio de Henry Steiner; apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 394.

⁴⁴⁶ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/ SP - São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. **RE nº 466.343-1/ SP - São Paulo**. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1106-1330. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 28 set. 2022.

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. **Súmula Vinculante 25**. Brasília, 12 fev. 2010. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58Completocapaecontedo.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2022.

seus direitos.⁴⁴⁸ Conforme evidenciado no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, § 2º e § 3º, demonstra aberturas do direito interno para com o direito internacional dos direitos humanos⁴⁴⁹, por meio de disposições que permitem e facilitam a inclusão de novos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

A incorporação efetiva dos marcos normativos internacionais de direitos humanos, em especial no plano interamericano, torna-se, nesse sentido, uma demanda do Estado Democrático de Direito, ainda mais no caso do Brasil, logo após um período autoritário de intensa repressão e violação de direitos humanos, que consistiu na ditadura militar brasileira.

Norberto Bobbio assevera que o caráter jurídico de uma norma decorre do seu pertencimento ao ordenamento jurídico, num escalonamento de normas estruturado de uma norma inferior que remete para uma norma superior, sucessivamente, até se chegar à norma fundamental⁴⁵⁰. Tendo isso em consideração, assevera-se que a incorporação - no ordenamento jurídico brasileiro - dos direitos humanos que fortalecem a democracia e enfraquecem o sistema autoritário e ditatorial precedente (1964-1985) verifica-se como indispensável para a garantia, em todos os âmbitos, do caráter jurídico desses direitos e da sua observância no meio social.

3.3.3 Resquícios jurídicos e sociais do período ditatorial no Estado Democrático de Direito brasileiro

Para se apreender de forma mais completa a dimensão de como o Brasil lidou com seu passado autoritário, considerando-se a influência do direito internacional dos direitos humanos, cumpre relacionar, inicialmente, o modo efetivado no direito brasileiro - quando comparado com países latino-americanos que também passaram por regimes ditatoriais na segunda metade do século XX. De acordo com o que foi exposto, mesmo após a redemocratização proporcionada pela Constituição Federal de 1988, o Brasil continuou no seu processo de reparação das injustiças, além de adequações normativas para harmonizar-se com a redemocratização e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito; estando inserido nesse processo até os dias atuais.

⁴⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Prefácio de Henry Steiner; apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 395.

⁴⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc.: Cláudio De Cicco. p. 69.

Conforme assevera Marcelo D. Torelly, a Argentina, o Chile e o Brasil desenvolveram formas distintas de lidar com o passado autoritário da segunda metade do século XX.⁴⁵¹ De acordo com esse autor, os operadores do Direito na Argentina decidiram por convergir com o direito internacional como forma de superar o período ditatorial; já o Chile optou por fazer uma articulação entre direito interno e direito internacional; enquanto que o Brasil resistiu ao direito internacional dos direitos humanos e, de certa forma, reconheceu a legalidade do período ditatorial.⁴⁵² Nesse sentido, o Brasil oferece obstáculos à plena eficácia dos direitos humanos, pois apesar do país ter se redemocratizado e adotado uma Constituição que reconhece diversas garantias e direitos consagrados internacionalmente, há uma limitação institucional na eficácia desses direitos e liberdades, na medida em que subsiste um arcabouço jurídico-social oriundo do período da ditadura militar, que não foi excluído totalmente no período pós-ditadura.

O problema fica complexo quando surgem casos de conflitos entre princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito pós-ditadura, ainda mais no caso da liberdade de expressão. Se no período da ditadura a liberdade de expressão foi significativamente restringida e violada, inclusive em seu aspecto de liberdade de comunicação social ou jornalística, além da liberdade individual de pensamento em si; como justificar uma possível restrição da liberdade de expressão, no Estado Democrático de Direito, com fundamento em outros direitos que também foram amplamente violados no período da ditadura militar, como o direito à igualdade em sua vertente da não-discriminação? Há uma aparente contradição, mas que pode ser resolvida a partir do caráter fluído das normas jurídicas interpretadas como princípios (que podem ser otimizados e ponderados), diferentemente das regras, conforme Robert Alexy.⁴⁵³

E há outras possibilidades vinculadas à interpretação e resolução de problemas de forma pertinente à hermenêutica jurídica, como a tópica de Theodor Viehweg, que pode ser utilizada na resolução de conflitos entre direitos em determinadas situações em que se configure um rol de *topoi* admissíveis para a resolução de um caso concreto.⁴⁵⁴ Essa abordagem mais detalhada quanto à hermenêutica jurídica será realizada no próximo capítulo.

⁴⁵¹ TORELLY, Marcelo D.. O Direito e os Legados do Autoritarismo no Cone Sul: Respostas nacionais à norma global de responsabilidade individual. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra (Org.). **Ditaduras Militares, Estado de Exceção e Resistência Democrática na América Latina**. João Pessoa: CCTA, 2016. p. 135-147.

⁴⁵² **Ibid.** p. 137-147.

⁴⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 85-91.

⁴⁵⁴ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 29-30.

De toda forma, há um problema, há uma tensão jurídica. E constatando-se a existência dessa tensão jurídica envolvendo princípios e direitos garantidos constitucionalmente, faz-se preciso desenvolver mecanismos hermenêuticos que possam lidar com essas tensões, quando estas surgirem em casos concretos, em especial, aqueles colocados para apreciação pelo Poder Judiciário. O desenvolvimento de formas ou mecanismos de resolução de conflitos, ou mesmo tensões, entre princípios e direitos igualmente protegidos pela Carta Maior de um Estado Democrático de Direito é basilar, fundamental, para a manutenção da segurança jurídica, para a evolução do meio social e, inclusive, da democracia. Por ser um ponto que lida diretamente com as bases, fundamentos do Estado, direitos e princípios fundamentais, acaba havendo uma interseção entre democracia e garantia dos direitos humanos.

Costas Douzinas ao abordar a questão dos direitos humanos e do conceito de “outro” em relação aos refugiados, no sentido de alteridade, explicita que sob a perspectiva freudiana a separação e a exclusão de outros indivíduos, e até países, da realidade interna de um Estado, geram uma sensação de falta no seio da nação e dos nacionais. Falta essa que acaba retornando, conforme Douzinas, no formato de ódio, discriminação, xenofobia e racismo, relacionados a um trauma inconsciente da pessoa que se vincula ao primeiro dos traumas do ser humano na perspectiva freudiana, a separação da mãe, quando bebê, o conhecimento da primeira falta, gerando uma alteridade e o auto entendimento como pessoa individualizada que sempre necessita de algo exterior a si mesma.⁴⁵⁵

Considerando a tendência que existe no Brasil de legalização do período ditatorial, de acordo com Marcelo D. Torelly⁴⁵⁶; pode-se afirmar que essa legalização favorece as violações de direitos humanos que foram realizadas naquela época, como também, de forma indireta, prejudica a efetividade da cidadania em todos os âmbitos. Os direitos civis e políticos, os direitos vinculados à cidadania, também estão intrinsecamente relacionados com o respeito das garantias e direitos dos cidadãos, visto que a cidadania se configura numa luta histórica constante, não apenas de poder votar e ser votado, como também, de se ter os direitos mais básicos respeitados, caso dos direitos humanos. Assim, conforme visto, há diferentes formas de se lidar com o passado autoritário e buscar uma transição para o período democrático⁴⁵⁷, e a forma escolhida para fazer essa transição, quanto ao respeito aos direitos humanos, pode

⁴⁵⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tradução de: Luzia Araújo. p. 362.

⁴⁵⁶ TORELLY, Marcelo D.. O Direito e os Legados do Autoritarismo no Cone Sul: Respostas nacionais à norma global de responsabilidade individual. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra (Org.). **Ditaduras Militares, Estado de Exceção e Resistência Democrática na América Latina**. João Pessoa: CCTA, 2016. p. 137-147.

⁴⁵⁷ **Ibid.** p. 135-147.

impactar diretamente nas relações institucionais que serão desenvolvidas nas jovens democracias.

No Brasil, a Comissão Nacional da Verdade (CNV), instituída pela Lei nº 12.528, de 2011⁴⁵⁸, após realizadas as suas investigações, chegou a determinadas conclusões; conforme relatório dessa Comissão: ficaram comprovadas graves violações de direitos humanos entre 1946 e 1988, especialmente durante a ditadura militar (1964-1985), com a confirmação de 434 mortes e desaparecimentos, dos quais 191 foram os mortos, 210 os desaparecidos e 33 os desaparecidos que tiveram seus corpos localizados posteriormente, todos vítimas do regime militar; uma segunda conclusão do relatório da CNV foi no sentido de comprovar que as graves violações de direitos humanos ocorreram de forma generalizada e sistemática a partir da ação do Estado brasileiro, em que agentes públicos executaram sistematicamente detenções ilegais e arbitrárias, tortura, o cometimento de desaparecimentos forçados, execuções e ocultação de corpos das vítimas.⁴⁵⁹

Uma terceira conclusão da Comissão Nacional da Verdade foi pela configuração da ocorrência de crimes contra a humanidade, por serem, conforme a Comissão, atos desumanos praticados de forma generalizada ou sistemática contra a população civil, tendo sido atingidas pessoas dos mais diversos grupos sociais, desde trabalhadores urbanos a, até mesmo, estudantes; e, por fim, uma quarta conclusão do relatório da CNV foi pela persistência do contexto de graves violações de direitos humanos na atualidade; isso porque, conforme o relatório, as mesmas violações que ocorreram no passado ditatorial, ainda ocorrem no Brasil contemporâneo, sendo que não há mais a repressão política perpetrada pelo regime militar. O relatório aponta a Lei nº 12.847/2013 como evidência da persistência do quadro de violações; sendo essa persistência atribuída, no entendimento da CNV, à falta de denúncias efetivas, além da falta de responsabilização pelas violações cometidas no passado autoritário pelos órgãos e agentes estatais.⁴⁶⁰ A Lei nº 12.847/2013 trata acerca do Sistema nacional de prevenção e combate à tortura; além de criar um Comitê e um Mecanismo nacionais de prevenção e combate à tortura⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴⁵⁹ BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório / Comissão Nacional da Verdade.** Brasília: CNV, 2014. (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1). p. 1076-1078.

⁴⁶⁰ **Ibid.** p. 1076-1078.

⁴⁶¹ BRASIL. **Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013.** Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm>. Acesso em: 27 set. 2022.

Por fim, faz-se preciso destacar as práticas racistas e homofóbicas que ocorreram durante o período da ditadura. Desse modo, a autora Thula Rafaela de Oliveira Pires comprova que houve um racismo institucionalizado durante o regime militar de 1964 a 1985. Conforme essa autora, o regime militar adota ideologicamente o mito da democracia racial com o intuito de manter o *status quo* e abafar qualquer tentativa de revolta da população negra contra as violências de que é vítima.⁴⁶²

Thula Rafaela de Oliveira Pires também averigua que a população negra sofreu diversas violações de direitos humanos no Estado do Rio de Janeiro, principalmente por parte das polícias civil e militar, que estavam sob a autoridade do Exército durante a ditadura; e que eram comuns a realização de prisões de caráter arbitrário, invasões e expropriações de moradias, além de torturas, tanto físicas quanto psicológicas.⁴⁶³

E no que concerne às práticas homofóbicas e transfóbicas durante a ditadura militar de 1964 a 1985, os autores James N. Green e Renan Quinalha – ao promoverem estudo com o escopo de contribuir para o relatório final da Comissão Nacional da Verdade –, relatam que o regime militar favoreceu a ocorrência de violações de direitos humanos de pessoas LGBTI+ no Brasil, além de ter adiado a construção de um movimento organizado em favor dos direitos das pessoas dessa comunidade.⁴⁶⁴

Esses autores exemplificam algumas das violações de direitos e discriminações negativas contra pessoas LGBTI+ no País, nesse período histórico ditatorial, e legitimadas pelo regime autoritário sob a justificativa de proteção à segurança nacional e defesa dos “bons costumes”: a violação do direito ao trabalho, como o caso dos 7 (sete) diplomatas do Ministério das Relações Exteriores cassados de seus cargos no ano de 1969 sob a justificativa de “prática de homossexualismo”; a censura do pensamento que abordasse de uma perspectiva positiva a temática da homossexualidade, como a situação do inquérito policial em 1978 contra o jornal “Lampião da Esquina”, que defendia os direitos das pessoas homoafetivas; e a vedação da constituição de um movimento político-social das pessoas LGBTI+ no Brasil.⁴⁶⁵

⁴⁶² PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Estruturas Intocadas: Racismo e Ditadura no Rio de Janeiro. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 1054-1079, jun. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/33900>. p. 1062.

⁴⁶³ **Ibid.** p. 1062-1063.

⁴⁶⁴ GREEN, James N.; QUINALHA, Renan. Contribuição sobre o tema ditadura e homossexualidades para o relatório final da comissão nacional da verdade e parceiras. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (org.). **Ditadura e homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFSCar, 2015. p. 302.

⁴⁶⁵ **Ibid.** p. 303-313.

4 IMPLICAÇÕES PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DISCURSO DE ÓDIO EM FACE DE GRUPOS VULNERÁVEIS

Após examinados, nos capítulos precedentes, os direitos humanos e a teoria dos princípios e direitos, com fundamento na dignidade humana, assim como a evolução histórico-jurídica do ordenamento brasileiro entre a ditadura militar (1964-1985) e o período de redemocratização posterior, neste capítulo o foco está nas implicações para os direitos fundamentais, com especial enfoque no fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis. Esse enfoque é realizado considerando-se o problema de pesquisa colocado: tendo em vista a recente transição do País de uma ditadura militar para um regime democrático, que modelo jurídico (e sua hermenêutica jurídica) teria mais eficácia jurídico-social na conciliação dos direitos em conflito ou tensão nos casos de discurso de ódio no Brasil?

Observa-se que os capítulos precedentes proporcionam um arcabouço para que se possa investigar, de forma mais completa, o escopo deste capítulo. Na abordagem acerca da teoria dos princípios e direitos - no segundo capítulo - ao se tratar da teoria do direito e sua relação com os direitos humanos; da consolidação da dignidade humana; do poder constituinte e o estabelecimento de uma ordem jurídico-constitucional, observou-se a base teórica e prática sobre a qual desenvolvem-se os capítulos seguintes. O terceiro capítulo, por sua vez, ao explorar a evolução histórico-jurídica entre a ditadura e o período seguinte, com a redemocratização, desvela o substrato de tensão política e jurídica que chega, direta ou indiretamente, até a atualidade, e interage com os conflitos e tensões existentes entre os direitos humanos na realidade atual.

Sob a perspectiva do exame tópico, neste capítulo concretiza-se o desenvolvimento da quarta premissa aplicável nesta tese, isto é – 4) o aprofundamento conceitual e prático acerca de elementos e categorias essenciais para a pesquisa: o conceito de discurso de ódio; a compreensão jurídica dos grupos vulneráveis; a extensão de princípios e direitos pertinentes ao objeto de estudo; as relações entre argumentação e hermenêutica; e a jurisprudência aplicável da Corte Constitucional brasileira.

Assim, neste capítulo apresenta-se, primeiramente, um aprofundamento acerca do fenômeno do discurso de ódio, retomando-se o seu conceito, de modo a explicitar a sua extensão; a condição jurídica dos grupos vulneráveis; e o caso do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis. Em seguida, é examinado o conflito do direito à liberdade de expressão com o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação. Feito isso, aborda-se ao final do capítulo a hermenêutica jurídica nos conflitos de direitos fundamentais. Parte-se da

jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal; verifica-se a possibilidade de aplicação da tópica de Theodor Viehweg aos casos de discurso de ódio contra grupos vulneráveis; e, ao final, desvela-se a perspectiva de uma hermenêutica jurídica inovadora, para que seja aplicável aos casos topicamente examinados no capítulo seguinte.

4.1 O fenômeno do discurso de ódio: uma abordagem jurídico-social

Acerca do fenômeno do discurso de ódio, em especial no Brasil, o foco é no desenvolvimento de um conceito de discurso de ódio com aplicabilidade jurídica, relacionando-se com o meio social. Considerando-se o objeto de pesquisa, realizados delineamentos iniciais sobre o conceito de discurso de ódio e sua extensão, aborda-se a condição jurídica dos grupos vulneráveis, com a busca também de uma definição desses grupos. Esse caminho é trilhado para que se possa, de forma subsequente, tratar do fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis. É preciso pontuar, contudo, que não há uma precisão matemática para determinar abstratamente um conceito de discurso de ódio, tendo em vista que é um fenômeno com implicações jurídicas, mas também que interage com outros planos, como a política, a sociedade e a cultura. Nesse contexto, também é abordada a relação existente entre discurso de ódio, tecnologia e tensões sobre o sistema democrático.

O conceito do que seja discurso de ódio é passível de variações ao longo do tempo e do espaço, apesar de, em sua essência, ser identificável em casos concretos em que esse tipo de discurso surge. O fato de o conceito de discurso de ódio poder variar pode ser relacionado com a evolução e desenvolvimento dos direitos humanos e com o progressivo reconhecimento dos grupos vulneráveis. Na medida em que os direitos humanos evoluem e proporcionam, até mesmo, o surgimento de novos direitos fundamentais, pode-se afirmar que a tolerância para com agressões à dignidade humana, inclusive agressões no discurso, tende a diminuir, especialmente no plano jurídico; ainda mais quando essas agressões são feitas em face de grupos vulneráveis, que enfrentam dificuldades adicionais para a concretização dos seus direitos.

O jurista, desse modo, diante de um suposto caso de discurso de ódio tem de considerar as normas jurídicas aplicáveis, mas também o contexto da evolução dos direitos humanos, para que as normas sejam interpretadas precisamente e forneçam uma solução que identifique e coíba o discurso de ódio. Nesse sentido, no subtópico seguinte, é realizada uma análise específica quanto ao conceito e extensão do fenômeno do discurso de ódio.

4.1.1 Conceito e extensão

A estrutura deste tópico abarca inicialmente uma abordagem da literatura internacional, com o posicionamento de autores estrangeiros acerca da linguagem, de forma preliminar, para em seguida se direcionar para autores que tratam especificamente do fenômeno do discurso de ódio, com um enfoque jurídico. Após essa exploração da literatura internacional acerca do objeto de pesquisa, parte-se para a análise da literatura nacional sobre o conceito jurídico do fenômeno do discurso de ódio. E na parte final do tópico é apresentada a estrutura normativa do direito brasileiro acerca do objeto de pesquisa, como também é desenvolvido um conceito jurídico do fenômeno do discurso de ódio a partir dos seus elementos componentes, os elementos que compõem esse tipo de discurso, inclusive com a ilustração desses elementos em um gráfico conceitual e fundamentação a partir das normas jurídicas, com destaque para as normas constitucionais e as normas do direito internacional dos direitos humanos.

No âmbito da literatura internacional acerca da linguagem, John Langshaw Austin argumenta que determinadas palavras, quando proferidas, constitui um dos fatos, ou mesmo o principal fato, para que um ato seja realizado – sendo também levadas em consideração as circunstâncias em que as palavras sejam emanadas –, esse autor dá como exemplos: o batismo de um navio; a ocorrência de um casamento; a realização de uma aposta; e a efetivação de uma doação; situações essas em que o proferimento de palavras pode ser parte central, considerando-se as circunstâncias.⁴⁶⁶ A partir dessas colocações de J. L. Austin⁴⁶⁷, pode-se refletir que as construções linguísticas que expressam um sentido têm o poder de mudar realidades e transformar o meio social.

Pondera-se que a mudança de realidades e a transformação do meio social nem sempre vêm para melhor, no que se refere, em especial, à concretização dos direitos humanos de forma mais efetiva na sociedade. O fenômeno do discurso de ódio, por exemplo, constitui um fato que pode ocorrer a partir da expressão de construções linguísticas e que não geram transformações do meio social para melhor, uma vez que o discurso de ódio viola – ou constrói o arcabouço para que sejam violados – direitos fundamentais, como: especialmente, o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação e, a depender da conjuntura social, até o direito à vida, o direito à integridade física e moral, e o direito à intimidade e vida privada.

⁴⁶⁶ AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. Tradução de: Danilo Marcondes de Souza Filho. p. 26.

⁴⁶⁷ **Ibid.** p. 26.

Michel Foucault afirma que não há um suposto direito de uma pessoa falar tudo que bem entender, em qualquer situação⁴⁶⁸; além disso, Foucault considera que: “Todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem consigo”⁴⁶⁹. Com base nesses pensamentos de Foucault, pode-se deduzir que, no que concerne ao fenômeno do discurso de ódio – como uma espécie do gênero “discurso” – a educação possui significativo poder e influência sobre o que constituiria um discurso de ódio ou não; tendo em vista a relação estabelecida por Foucault entre um sistema educacional e os discursos no geral, conforme exposto⁴⁷⁰.

No contexto da literatura internacional relativa especificamente ao discurso de ódio, Alexander Tsesis considera que, no que concerne a essa espécie de discurso, há uma tensão entre, de um lado, a liberdade de expressão e, de outro lado, a igual dignidade.⁴⁷¹ Ademais, Alexander Tsesis sintetiza que o discurso de ódio é um modo de comunicação oposto aos princípios democráticos; esse autor explicita que esse tipo de discurso tem entre seus objetivos o escopo de impedir que partes da população possam participar das discussões e deliberações públicas.⁴⁷² Neste ponto, é possível se relacionar que os setores da população que são mais prejudicados pelo discurso de ódio se configuram nos grupos vulneráveis numa determinada sociedade.

De acordo com Uladzislau Belavusau, a expressão “*hate speech*” (em tradução livre: discurso de ódio) surgiu inicialmente na doutrina dos Estados Unidos da América, sendo aplicável, de forma ampla, no âmbito da discussão jurídico-acadêmica após meados dos anos 1980.⁴⁷³ Ao se pesquisar pela expressão “*hate speech*” (em tradução livre: discurso de ódio) no dicionário da Universidade de Cambridge se chega à definição de que é um discurso, de caráter público, que manifesta ódio ou incita a violência contra um indivíduo ou grupo de pessoas com motivação em determinados caracteres como, por exemplo, a raça, a religião, o sexo ou a orientação sexual das pessoas.⁴⁷⁴

⁴⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970 / Michel Foucault. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. (Leituras filosóficas). Tradução de: Laura Fraga de Almeida Sampaio. p. 9.

⁴⁶⁹ **Ibid.** p. 41.

⁴⁷⁰ **Ibid.** p. 9-41.

⁴⁷¹ TSESIS, Alexander. **Dignity and Speech**: The Regulation of Hate Speech in a Democracy (May 1, 2009). Wake Forest Law Review, Vol. 44, 2009. p. 497. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1402908>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

⁴⁷² **Ibid.** p. 501.

⁴⁷³ BELAVUSAU, Uladzislau. **Freedom of Speech**: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies. New York: Routledge, 2013. p. 45.

⁴⁷⁴ CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS & ASSESSMENT (Cambridge) (ed.). **Cambridge Dictionary**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/hate-speech>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

Ademais, Andrew F. Sellars elenca alguns aspectos que podem, num rol exemplificativo, ser comuns a casos de discurso de ódio quanto à sua identificação, mas esse autor faz a ressalva de que casos desse tipo de discurso têm que ser analisados considerando-se o seu contexto em específico, o contexto em que o discurso ocorreu, para além da análise de aspectos comuns em geral.⁴⁷⁵ Desse modo, Andrew F. Sellars explicita os seguintes traços comuns da literatura na identificação de discursos de ódio: ter como alvo um determinado grupo ou um indivíduo como membro desse grupo; o teor da mensagem que manifeste ódio; um discurso que produz um dano ou prejuízo; a pretensão da pessoa que manifesta o discurso de causar dano ou atividades prejudiciais; o incitamento de ações prejudiciais, além do próprio discurso em si; a característica pública do discurso ou o seu direcionamento a membro de um grupo; um contexto que possibilita uma resposta violenta ao discurso; e, por fim, o discurso que não possui algum tipo de propósito de redenção, a falta de algum bom propósito, conforme esse autor.⁴⁷⁶

E Robert Mark Simpson classifica a expressão “*hate speech*” (discurso de ódio) como pertencente ao campo da teoria jurídica e política, estando esse tipo de discurso, conforme esse autor, associado a comunicações verbais ou a partir de símbolos, em que a vítima (ou vítimas) do discurso de ódio é desprezada por ser de um determinado grupo social; Robert M. Simpson cita, como exemplos de grupos vítimas de discursos discriminatórios, os muçulmanos e pessoas da comunidade LGBTI+.⁴⁷⁷

Por outro lado, Caleb Yong cita outros exemplos de categorias utilizadas como alvo de discursos de ódio: identidade religiosa e orientação sexual, mas também raça, nacionalidade e gênero, além de outros grupos sociais diversos, conforme esse autor.⁴⁷⁸ Verifica-se que até mesmo pelo motivo de pertencerem a uma determinada nacionalidade as pessoas podem ser alvos de discurso de ódio, conforme Caleb Yong⁴⁷⁹; e isso demonstra que não necessariamente a pessoa precisa fazer parte de um grupo vulnerável ou minoria para ser vítima de discurso de ódio. Isso porque pessoas de uma determinada nacionalidade podem se encontrar em situação em que não são minoria, por exemplo, quando estão no seu país de origem, no território do seu país. No âmbito desta pesquisa, o foco é realizado quanto ao discurso de ódio em face de pessoas

⁴⁷⁵ SELLARS, Andrew F. **Defining Hate Speech (December 8, 2016)**. Berkman Klein Center Research Publication N. 2016-20. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2882244>. Acesso em: 30 jun. 2023. p. 24-25.

⁴⁷⁶ **Ibid.** p. 25-31.

⁴⁷⁷ SIMPSON, Robert Mark. **Dignity, Harm, and Hate Speech**. 2013. Law and Philosophy 32 (6):701-728. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/SIMDHA>>. Acesso em: 21 out. 2022. p. 1-2.

⁴⁷⁸ YONG, Caleb. **Does Freedom of Speech Include Hate Speech?** 2011. Res Publica 17 (4):385-403. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/YONDFO>>. Acesso em: 21 out. 2022. p. 386.

⁴⁷⁹ **Ibid.** p. 386.

que sejam de grupos vulneráveis, mas de toda forma, cumpre explicitar que qualquer pessoa pode ser vítima, em algum grau, de discursos de ódio, a depender da situação em análise.

Além disso, Carlos Garza Falla assevera que a falta de habilidades de diálogo é um campo fértil para o surgimento de discursos de ódio e circunstâncias em que ações possam ser efetivadas para, de forma explícita ou implícita, resultar na eliminação do diferente.⁴⁸⁰ Note-se que o Carlos Garza Falla relaciona o discurso de ódio com ações que possam ter como resultado a eliminação do outro, do diferente⁴⁸¹. Nesse ponto, evidencia-se que discursos discriminatórios têm o potencial para não apenas ofender verbalmente as suas vítimas, mas também para implicar e decorrer em violações de outros direitos, inclusive, o direito à vida e o direito à integridade física e moral. Outrossim, o que começa como um discurso de ódio pode chegar a evoluir para uma agressão física, por exemplo; agressão essa que pode ser cometida tanto pelo autor do discurso discriminatório em si, quanto por pessoas incentivadas pelo autor do discurso.

Já no que se refere à literatura nacional, Gilberto Schäfer, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Rodrigo Hamilton dos Santos indicam a construção de um conceito jurídico de discurso de ódio com base na Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.⁴⁸² Interessante notar que esses autores defendiam esse posicionamento já em 2015, quando essa Convenção do âmbito interamericano ainda não tinha sido ratificada pela República Federativa do Brasil, apesar de já ter sido assinada pelo País na época⁴⁸³.

Conforme Gilberto Schäfer, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Rodrigo Hamilton dos Santos a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância aperfeiçoa o conceito jurídico do discurso de ódio, conforme a realidade do meio social.⁴⁸⁴ Esses autores destacam que a Convenção explicita conceitos que apresentam as consequências fomentadas pelo discurso de ódio; e, também, proporciona proteção normativa aos grupos vulneráveis, ao serem delimitados critérios vedados de discriminação⁴⁸⁵.

Desse modo, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, publicada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 10.932,

⁴⁸⁰ FALLA, Carlos Garza. Discurso de odio y redes sociales: algunas elucubraciones. In: CAMPOS, Mario *et al.* **Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales**. México: Colección Matices, 2015. p. 108-109.

⁴⁸¹ *Ibid.* p. 108-109.

⁴⁸² SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/515193>>. Acesso em: 04 jul. 2023. p. 147-148.

⁴⁸³ *Ibid.* p. 147-148.

⁴⁸⁴ *Ibid.* p. 148-149.

⁴⁸⁵ *Ibid.* p. 149.

de 2022⁴⁸⁶, traz em seu Artigo nº 1 as definições de discriminação racial, discriminação racial indireta, discriminação múltipla ou agravada, racismo, medidas especiais ou de ações afirmativas, e intolerância.⁴⁸⁷ A Convenção determina: 1) Discriminação racial como qualquer diferenciação ou exclusão “[...] em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos [...]”⁴⁸⁸; 2) Discriminação racial indireta como “[...] quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico [...]”⁴⁸⁹; 3) Discriminação múltipla ou agravada, que consiste em “[...] qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais [...]”⁴⁹⁰ – assevera-se que esses critérios estabelecidos na primeira parte do Artigo nº 1 da Convenção são “raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica”⁴⁹¹.

Ademais, o Artigo nº 1 da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância também estabelece as definições de: 4) Racismo, em que esse conceito se refere a manifestações “[...] que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial [...]”⁴⁹²; 5) Medidas especiais ou de ações afirmativas, definidas como aquelas “[...] adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção [...]”⁴⁹³; e 6) Intolerância, que é definida como “[...] ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias [...]”⁴⁹⁴ e, além disso, a parte final do Artigo nº 1 da Convenção conceitua que a intolerância pode expressar-se “[...] como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos”⁴⁹⁵.

⁴⁸⁶ BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm>. Acesso em: 03 jul. 2023.

⁴⁸⁷ **Ibid.**

⁴⁸⁸ **Ibid.**

⁴⁸⁹ **Ibid.**

⁴⁹⁰ **Ibid.**

⁴⁹¹ **Ibid.**

⁴⁹² **Ibid.**

⁴⁹³ **Ibid.**

⁴⁹⁴ **Ibid.**

⁴⁹⁵ **Ibid.**

Nota-se que no conceito de intolerância que é trazido pela parte final do Artigo nº 1 da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância é enfatizado a proteção dos grupos vulneráveis.⁴⁹⁶ Conforme visualizado a partir do teor do Artigo nº 1 da Convenção, essa proteção normativa compreende como uma manifestação de intolerância a marginalização e a exclusão social dos grupos vulneráveis, abarcando-se, inclusive, o dano recebido por esses grupos na participação nos distintos planos da vida pública ou privada, além da violência em si perpetrada contra os grupos em situação de vulnerabilidade.⁴⁹⁷ Adicionalmente, o Artigo nº 4 da referida Convenção explicita como deveres do Estado a prevenção, eliminação, proibição e punição de “todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância”⁴⁹⁸.⁴⁹⁹ Nesse sentido, constata-se que o discurso de ódio contra grupos vulneráveis é vedado pela Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.⁵⁰⁰

Riva Sobrado de Freitas e Matheus Felipe de Castro sintetizam que para um conceito de discurso de ódio que tenha a característica de ser operacional, é ressaltado como fator central desse tipo de discurso a manifestação de ideias que desqualifiquem, humilhem e inferiorizem as pessoas e grupos sociais, com o escopo de estimular a discriminação contra as pessoas, para que haja a exclusão social desses indivíduos.⁵⁰¹ Esses autores exemplificam os fatores de etnia, orientação sexual, condição econômica e gênero como aspectos que possam tornar as pessoas alvos de discurso de ódio⁵⁰².

Enquanto que Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Monica Bonetti Couto destacam que o discurso de ódio consiste na expressão de conteúdo que incite à discriminação contra grupos sociais específicos, geralmente grupos minoritários, motivada a discriminação por caracteres raciais, sociais, religiosos, além de outros aspectos como fatores sexuais, de etnia ou de

⁴⁹⁶ BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm>. Acesso em: 03 jul. 2023.

⁴⁹⁷ **Ibid.**

⁴⁹⁸ **Ibid.**

⁴⁹⁹ **Ibid.**

⁵⁰⁰ **Ibid.**

⁵⁰¹ FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.L.], v. 34, n. 66, p. 327-355, 23 jul. 2013. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/28064>>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 344.

⁵⁰² **Ibid.** p. 344.

nacionalidade, conforme essas autoras.⁵⁰³ Entre os grupos sociais que possam ser vítimas de discursos de ódio as referidas autoras explicitam, num rol exemplificativo, as pessoas homoafetivas, as mulheres, os afrodescendentes, os nordestinos, os judeus, os árabes, os islâmicos e os ciganos⁵⁰⁴.

Por outro lado, Alex Lobato Potiguar traz o entendimento de que o fenômeno do discurso de ódio tem de ser observado considerando-se, de forma necessária, os caracteres histórico e temporal.⁵⁰⁵ Esse autor explicita que é com base nisso que expressões ofensivas na atualidade têm a possibilidade de não ter essa ofensividade em outro período histórico; desse modo, Alex Lobato Potiguar assevera que o discurso de ódio, como uma forma de linguagem, tem de ser compreendido em um determinado tempo e espaço.⁵⁰⁶

E Victor Nóbrega Luccas, Fabrício Vasconcelos Gomes e João Pedro Favaretto Salvador trazem variáveis para a identificação e a avaliação do discurso de ódio, como: o alvo do discurso; a mensagem; o contexto intencional; o contexto situacional; o orador; a audiência; o veículo da mensagem; o contexto histórico-social; e as consequências do discurso de ódio no caso concreto⁵⁰⁷. Assim, esse conjunto de variáveis de fato podem ser úteis na análise do fenômeno do discurso de ódio.⁵⁰⁸

Entretanto, esses autores – Victor Nóbrega Luccas, Fabrício Vasconcelos Gomes e João Pedro Favaretto Salvador – no que se refere à variável do contexto situacional, afirmam que pode haver uma variação na tolerância para com o discurso de ódio em determinados casos, a partir de certas justificativas, como na situação do exercício da liberdade religiosa, conforme o nível de gravidade do discurso de ódio.⁵⁰⁹ Na perspectiva teórica apresentada nesta tese, não cabe uma situação de “tolerância” para com o discurso de ódio contra grupos vulneráveis. Assim, *data venia*, não se aplica nesta pesquisa esse posicionamento em específico desses autores⁵¹⁰. Inclusive, há julgado do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não são

⁵⁰³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Monica Bonetti. Limites à Liberdade de Expressão do Pensamento no Direito Brasileiro e o Discurso do Ódio. In: MEZZAROBBA, Orides; ROVIRA, Enoch Alberti (org.). **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. p. 199.

⁵⁰⁴ **Ibid.** p. 199-200.

⁵⁰⁵ POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/20702>>. Acesso em: 10 jun. 2023. p. 44.

⁵⁰⁶ **Ibid.** p. 44-45.

⁵⁰⁷ LUCCAS, Victor Nóbrega; GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto. A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de Ódio no Brasil: a matriz de variáveis. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega (coord.). **Discurso de Ódio: desafios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 83-117.

⁵⁰⁸ **Ibid.** p. 83-117.

⁵⁰⁹ **Ibid.** p. 103.

⁵¹⁰ **Ibid.** p. 103.

juridicamente protegidas manifestações religiosas que se constituam em discurso de ódio, conforme a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal⁵¹¹; o julgamento dessa ação é especificamente analisado no capítulo 5 desta tese.

Ademais, explicita-se que o fenômeno do discurso de ódio como parte de um objeto de pesquisa não é de exclusividade das ciências jurídicas. João Trindade Cavalcante Filho considera que a discussão acerca do fenômeno do discurso de ódio relaciona-se tanto com o direito em si, quanto com a política.⁵¹² Entretanto, conforme João Trindade Cavalcante Filho ao se analisar o caso do discurso de ódio sob a perspectiva jurídica e, de outro lado, sob a perspectiva política, diferentes abordagens devem ser aplicadas, apesar da relação existente entre as duas áreas.⁵¹³ Esse autor assevera que aspectos políticos são considerados na temática, como a interação entre grupos majoritários e grupos minoritários; além de aspectos jurídicos, como a liberdade de expressão e os seus limites, e a aplicabilidade da dignidade humana.⁵¹⁴ João Trindade Cavalcante Filho admite que decisões políticas e decisões jurídicas irão decorrer em implicações de natureza recíproca acerca do tema, mas que cada área dentro do seu próprio sistema – seja político ou jurídico, a depender do caso – proceda a uma análise de acordo com os pressupostos próprios a cada área; sem que decisões de caráter político sejam utilizadas para resolver casos jurídicos acerca do discurso de ódio, conforme esse autor.⁵¹⁵

Nesta tese o enfoque – com seus respectivos pressupostos teóricos – é científico-jurídico, isto é, na área de pesquisa do direito. A análise e discussão acerca do objeto de pesquisa

⁵¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 11-12.

⁵¹² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 53.

⁵¹³ **Ibid.** p. 53.

⁵¹⁴ **Ibid.** p. 53-54.

⁵¹⁵ **Ibid.** p. 54.

é no âmbito do direito. Feita essa consideração, assevera-se que outras áreas também estudam o fenômeno do discurso de ódio, como: a filosofia⁵¹⁶, a ciência política⁵¹⁷ e a área jornalística⁵¹⁸.

Isto posto, realizado esse levantamento da literatura internacional e nacional acerca do conceito jurídico do discurso de ódio, resta evidente que um discurso de ódio para além de submeter suas vítimas a ofensas discriminatórias que atentam contra a sua dignidade, tem o potencial para resultar em violações tão graves dos seus direitos que pode privá-las, até mesmo, em situações extremas, do direito à vida. Ao se delimitar o discurso de ódio faz-se preciso detalhar a sua extensão normativa no âmbito do seu conceito jurídico, para que restem explícitas as decorrências que podem suceder num caso concreto que começou com um ou mais discursos de ódio.

No campo do direito civil, alguns dispositivos se destacam no que se refere ao objeto de pesquisa em análise. O art. 953 do Código Civil brasileiro determina, em seu *caput*, a possibilidade de indenização por injúria, difamação ou calúnia, estando essa indenização vinculada à reparação do dano que resulte desses ilícitos para com a pessoa ofendida. Cumpre

⁵¹⁶ Judith Butler argumenta que o fenômeno do discurso de ódio, compreendido como um ato discriminatório, é algo que tem que ser decidido pelo Poder Judiciário – isto é, esse tipo de discurso apenas é considerado como discriminatório após a análise de um tribunal competente; com exceção das situações em que o discurso de ódio é caracterizado a partir de normatizações de outros âmbitos institucionais, como as universidades, que possuem poder disciplinar em suas respectivas instâncias, conforme essa autora. Ademais, Judith Butler assevera que é uma decisão do ente estatal que reconhece a existência do discurso de ódio; e, desse modo, a categoria do discurso de ódio pode ser aumentada ou diminuída a partir dos julgamentos efetuados pelo Estado, especificamente através do Poder Judiciário, de acordo com essa autora.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio: uma política do performativo**. São Paulo: Unesp, 2021. Tradução de: Roberta Fabbri Viscardi. p. 162-164.

⁵¹⁷ João Trindade Cavalcante Filho aborda três diferentes correntes do pensamento político sob as quais o discurso de ódio pode ser visualizado de modos diversos: o liberalismo político; o utilitarismo; e o comunitarismo. Conforme esse autor, sob o viés do liberalismo, o fenômeno do discurso de ódio tende a ser admitido, com exceção das situações em que haja um risco iminente de violência física; já sob o prisma do utilitarismo, quanto aos casos de discurso de ódio, há a tendência de limitação da liberdade de expressão em todos os casos em que esses limites maximizem benefícios para a coletividade, para o seu bem-estar; por fim, na esteira desse autor, a perspectiva do comunitarismo segue a tendência de se aceitar restrições ao discurso de ódio, com fundamentos na proteção da dignidade das pessoas e da unidade da própria comunidade, além da proteção à democracia.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 60-76.

⁵¹⁸ De acordo com o jornalista e cientista político Leonardo Sakamoto, muitas pessoas no âmbito de conteúdos publicados na rede mundial de computadores não conseguem diferenciar o que é opinião e o que é discurso de ódio. Conforme esse autor, os direitos fundamentais não são absolutos e, por isso mesmo, a própria liberdade de expressão não é absoluta em toda e qualquer situação. Esse autor pontua, em relação às pessoas que emitem discursos de ódio, que elas até podem não praticar violências físicas diretamente, mas o contexto criado pelos seus discursos tem a característica de banalizar a violência física contra aqueles que são alvos da intolerância manifestada pelos discursos de ódio. Da perspectiva de Leonardo Sakamoto, a responsabilidade pela emissão de um discurso de ódio tem de ser proporcional ao poder de propagação do seu conteúdo; e a questão principal, pontua esse autor, é a forma como cada pessoa emite sua opinião, visto que todos podem ter opinião, mas a problemática é o formato em que essa opinião é emitida – e para isso, Leonardo Sakamoto destaca, para que se possa identificar o discurso de ódio: 1) a presença ou não de agressividade; e 2) o respeito ou não em relação àqueles considerados diferentes.

SAKAMOTO, Leonardo. **O que aprendi sendo xingado na internet**. São Paulo: LeYa, 2016. p. 106-109.

pontuar o parágrafo único desse art. 953, que explicita o caso em que a pessoa ofendida não possa comprovar o prejuízo material; situação em que, conforme o parágrafo único, deverá o magistrado que esteja julgando o caso fixar, de forma equitativa, conforme as circunstâncias, o valor da indenização.⁵¹⁹

O Código Civil brasileiro, ademais, estipula algumas outras sanções de caráter patrimonial, e até do direito à comunhão de vida, relacionadas ao objeto de pesquisa ora examinado. Nesse sentido, o inc. III do art. 157, traz como uma das situações em que podem as doações serem revogadas por ingratidão a situação em que o donatário cometeu grave injúria ou calúnia contra o doador. O art. 1.962, em seu inciso II, coloca como uma das possibilidades autorizadoras da deserdação dos descendentes, pelos seus ascendentes, a injúria grave. E o dispositivo seguinte, o art. 1.963, inc. II, do Código Civil, determina como uma das possibilidades autorizadoras da deserdação dos ascendentes, pelos seus descendentes, também a injúria grave. Por fim, o art. 1.573 do Código Civil brasileiro explicita, em seu inciso III, a injúria grave como um dos motivos que pode ensejar a não possibilidade da comunhão de vida.⁵²⁰

Ao se vislumbrar casos concretos com discursos antijurídicos, o operador do direito tem de, inicialmente, buscar a solução no campo do direito civil; e, se necessário, partir para a busca de uma solução no campo do direito penal; aplicando-se o amparo da Constituição Federal de 1988. O discurso discriminatório em si, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, no campo do direito penal, pode se configurar em distintos crimes, a depender do caso.

Nesse sentido, o Código Penal brasileiro traz, na parte dos crimes contra a honra, o crime de calúnia (art. 138); a difamação (art. 139); e a injúria (art. 140).⁵²¹ De acordo com esses dispositivos, a calúnia se enquadra na situação em que o caluniador imputa, de forma falsa, a alguém, um fato determinado como crime. A difamação se caracteriza quando o difamador imputa a alguém um fato que ofende sua reputação. E a injúria, por sua vez, ocorre quando o injuriador ofende a dignidade ou o decoro da vítima. Apesar da calúnia, da difamação e da injúria abarcarem casos que não impliquem necessariamente em discurso de ódio - ainda mais discurso de ódio em face de grupos vulneráveis -, como há a possibilidade de um caso de discurso de ódio se enquadrar em algumas dessas categorias jurídicas, elas são nesta pesquisa

⁵¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁵²⁰ **Ibid.**

⁵²¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

abordadas; ressalva-se, assim, que esses tipos penais, e com consequências cíveis, a depender do caso, podem ir além das situações de discurso de ódio.⁵²²

Quanto à injúria, o §3º do art. 140 do Código Penal explicitava que se fossem utilizadas características com referência a raça, a cor, a etnia, a religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou pessoa com deficiência, a pena seria aumentada.⁵²³ O §3º do art. 140 do Código Penal foi incluído após o processo de redemocratização que teve como marco a Constituição Federal de 1988. Foi a Lei nº 9.459, de 1997, que incluiu⁵²⁴ o §3º do art. 140 do Código Penal; e a redação desse §3º foi atualizada posteriormente, pela Lei nº 10.741, de 2003, que adicionou, por sua vez, ao teor do dispositivo, a condição de pessoa idosa e a pessoa com deficiência⁵²⁵; visto que antes, a Lei nº 9.459/1997 colocava apenas os elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem⁵²⁶. Conforme será visto mais adiante, o §3º do art. 140 do Código Penal teve uma recente atualização, procedida pela Lei nº 14.532/2023⁵²⁷, entretanto antes de se chegar a essa recente modificação desse dispositivo normativo faz-se preciso abordar esse histórico jurídico das mudanças anteriores, tendo em vista a pertinência normativa para o objeto de pesquisa.

Um fato interessante é que a Lei nº 9.459, de 1997, que incluiu⁵²⁸ o §3º do art. 140 do Código Penal - destacando os elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem como agravantes no crime de injúria - foi vinculada ao dia 13 de maio de 1997, mesmo dia em que transitou a Lei Áurea no Brasil, que declarou extinta a escravidão no país, mudando o ano, naturalmente. Conforme registro histórico-jurídico nacional a Lei Áurea extinguiu a escravidão

⁵²² BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

⁵²³ **Ibid.**

⁵²⁴ BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.** Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁵²⁵ BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

⁵²⁶ BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.** Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁵²⁷ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵²⁸ BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.** Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

no Brasil no dia 13 de maio de 1888, por meio da Lei nº 3.353, de 1888⁵²⁹, exatamente 109 (cento e nove) anos antes da lei que trouxe a inovação legislativa da tipificação da injúria racial, por cor, etnia, religião ou origem, conforme abordado.

Ademais, a Lei nº 7.716, de 1989, estabelece os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, de cor, etnia, religião ou de procedência nacional, conforme o *caput* do seu art. 1º.⁵³⁰ Para as finalidades desta pesquisa, cumpre explicitar, também, o art. 20 da Lei nº 7.716/1989, que trata da prática, induzimento ou incitação da discriminação ou preconceito de raça, de cor, etnia, religião ou de procedência nacional (*caput*, art. 20); inclusive por meio da fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de propagandas nazistas (§1º, do art. 20); e a utilização de meios de comunicação social ou publicação de qualquer tipo – como também publicações em redes sociais e por meio da rede mundial de computadores, a internet, conforme recente atualização legislativa feita pela Lei nº 14.532, de janeiro de 2023⁵³¹ – que se enquadre em prática, induzimento ou incitação da discriminação ou preconceito (§2º, do art. 20).⁵³² Esses dispositivos da Lei nº 7.716/1989 configuram-se como relevantes para o objeto de pesquisa uma vez que o discurso de ódio pode ser manifestado por meios impressos, publicações, pela utilização da comunicação social, internet, entre outros.⁵³³

No que se refere ao direito penal, o Código Penal e a Lei nº 7.716/1989 se complementam para abarcar tanto os casos de discursos de ódio que ocorram verbalmente, quanto às situações que se manifestem por meios impressos, publicações e pela comunicação social como um todo. Destaque-se que para além da atualização legislativa realizada no âmbito do supracitado §2º do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, outras alterações foram recentemente realizadas em outros dispositivos normativos – alterações essas também efetivadas pela Lei nº

⁵²⁹ BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁵³⁰ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵³¹ Destaque-se que a colocação, de forma explícita, no conteúdo da legislação da situação de “publicação em redes sociais” e por meio “da rede mundial de computadores” é uma alteração bastante recente na letra desse dispositivo normativo, isto é, o §2º do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, modificação essa realizada pela Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵³² BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵³³ **Ibid.**

14.532/2023.⁵³⁴ Nesse sentido, a Lei nº 14.532/2023 atualizou dispositivos da Lei nº 7.716/1989⁵³⁵, como também do Código Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848/1940⁵³⁶.

Quanto à Lei nº 7.716/1989, destaca-se que a Lei nº 14.532/2023 também trouxe as seguintes inovações legislativas com pertinência ao objeto de pesquisa: 1) Incluiu o art. 2º-A e respectivo parágrafo único, com o intuito de realizar a tipificação da injúria racial como crime de racismo⁵³⁷; 2) No artigo 20, além da mudança já anteriormente citada no §2º que abarca publicações em redes sociais e por meio da rede mundial de computadores, foi adicionado o §2º-A que determina que caso a prática, induzimento ou incitação a discriminação ou preconceito, conforme o *caput* do artigo 20, ocorrer no âmbito de atividades esportivas, religiosas, de caráter artístico ou cultural⁵³⁸ tem de haver a penalidade de “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e proibição de frequência, por 3 (três) anos, a locais destinados a práticas esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso”⁵³⁹; 3) Inclusão do art. 20-A, que prevê o aumento das penas de 1/3 (um terço) até a metade dos crimes da Lei nº 7.716/1989⁵⁴⁰, em caso de “ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação”⁵⁴¹; 4) A inclusão do art. 20-B, no sentido de que os delitos que são previstos nos artigos 2º-A e 20 da referida Lei, em caso de serem realizados por funcionário público no âmbito de suas funções ou sob a alegação de exercê-las, haverá o aumento das penas de 1/3 (um terço) até a metade⁵⁴²; 5) A inclusão do art. 20-C, no qual há uma orientação interpretativa no sentido de que o magistrado, ao realizar a interpretação da Lei nº 7.716/1989, tem de considerar como de caráter discriminatório qualquer ato ou tratamento que seja direcionado à pessoa ou a grupos de caráter minoritário⁵⁴³ “que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência”⁵⁴⁴; 6) Inclusão do art. 20-D, com a indicação de que a vítima dos

⁵³⁴ BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵³⁵ BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵³⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

⁵³⁷ BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ *Ibid.*

delitos de racismo tem de estar, em todos os atos do processo, de âmbito cível ou criminal, assistida por advogado ou defensor público⁵⁴⁵.

E no que se refere ao Código Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848/1940⁵⁴⁶, assevera-se que a Lei nº 14.532/2023 procedeu a uma modificação do §3º do art. 140 do referido Código.⁵⁴⁷ Antes o §3º do art. 140 do Código Penal tinha o seguinte teor em sua disposição normativa: “§3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa”⁵⁴⁸. Já com a alteração que foi procedida a partir da Lei nº 14.532/2023, o §3º do art. 140 do Código Penal passou a vigorar com a seguinte redação: “§3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”⁵⁴⁹. Nota-se que essa alteração no contexto do Código Penal está alinhada com as inovações normativas trazidas pela Lei nº 14.532/2023, na medida em que esta Lei deixou os casos de injúria por utilização de elementos de raça, de cor, de etnia ou procedência nacional para serem tratados no âmbito da Lei nº 7.716/1989, conforme o artigo 2º-A desta legislação^{550, 551}.

Outrossim, a partir das inovações legislativas implementadas a partir da Lei nº 14.532/2023 pode-se constatar que houve uma maior preocupação do Estado brasileiro, por meio do Poder Legislativo nacional, no sentido de regular situações específicas da ocorrência de discursos de ódio contra grupos vulneráveis. Logo, conforme analisado, houve a previsão de situações que envolvem a tipificação da injúria racial como crime de racismo; penalidades para o racismo que ocorra no âmbito de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais; para o caso de racismo em âmbito recreativo; além do racismo praticado por funcionário público; como também a previsão normativa da utilização de meios de comunicação diversos, caso de publicações em redes sociais e através da rede mundial de computadores, a internet.⁵⁵²

⁵⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵⁴⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

⁵⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵⁴⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

⁵⁴⁹ **Ibid.**

⁵⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵⁵¹ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁵⁵² **Ibid.**

Para que haja a ocorrência de discurso de ódio, é preciso, primeiramente, que esse discurso ultrapasse os pensamentos do indivíduo e se manifeste de tal forma que chegue aos sentidos das outras pessoas. O direito não pune pensamentos de discurso de ódio não manifestados externamente⁵⁵³. Para que seja possível a sanção da conduta, o discurso de ódio tem de ser manifestado pela fala, pela escrita, com pinturas ou desenhos, com a utilização da rede mundial de computadores, entre outros mecanismos ou meios de comunicação, se for o caso, contanto que ultrapasse a esfera psicológica interior do indivíduo e atinja, dessa forma, o meio social. O discurso de ódio tem o potencial de fomentar preconceito e discriminação contra grupos vulneráveis, que abarcam pessoas que enfrentam maiores dificuldades na concretização de seus direitos. Alguns elementos que auxiliam na identificação do discurso de ódio, conforme explicitado no capítulo introdutório desta tese, são: a exterioridade que atinge o meio social; o contexto no qual o emissor está discursando; a sua intenção; se o discurso viola a dignidade humana; e se é um discurso negativamente discriminatório, que busca humilhar e inferiorizar o outro.⁵⁵⁴ Esses elementos são ilustrados no gráfico conceitual, a seguir:

Gráfico nº 1 – Elementos componentes do conceito de discurso de ódio

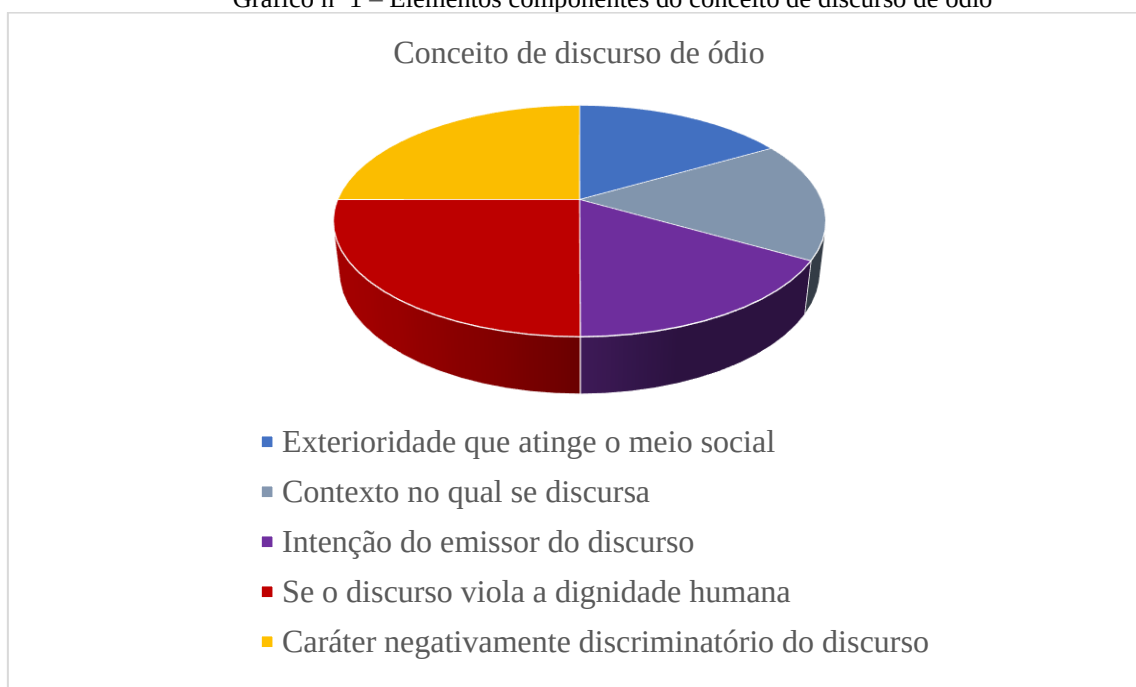


Gráfico conceitual – de autoria própria – com a finalidade de ilustrar os elementos componentes do conceito de discurso de ódio, conforme abordado.

⁵⁵³ Conforme Rosane Leal da Silva et al: “A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto)”. SILVA, Rosane Leal da et al. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 445-467, jul. 2011. ISSN 2317-6172. p. 447. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23964/22729>>. Acesso em: 06 out. 2022.

⁵⁵⁴ BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação**: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 83-86.

Conforme pode-se vislumbrar no gráfico conceitual, são elencados cinco elementos componentes do conceito de discurso de ódio: a exterioridade que atinge o meio social; o contexto no qual se discursa; a intenção do emissor do discurso; o discurso que viola a dignidade humana; e o caráter negativamente discriminatório do discurso. Nota-se que os três primeiros elementos apresentados possuem o mesmo peso no gráfico conceitual, os referentes à exterioridade, ao contexto e à intenção. Enquanto os dois últimos elementos – o discurso que viola a dignidade humana e o caráter discriminatório do discurso – possuem um peso maior, representando, juntos, metade do gráfico. Essa indicação de pesos não se deu aleatoriamente, visto que reflete a maior relevância de determinados elementos na tarefa de identificar o discurso de ódio; entretanto, sem deixar de registrar que todos os elementos são necessários para que o discurso de ódio seja eficazmente identificado. Frisa-se que todos os cinco elementos precisam estar presentes para se identificar o discurso de ódio, ainda que parte dos elementos tenham um maior peso na interpretação fática e jurídica, refletindo-se a própria conformação do ordenamento jurídico brasileiro – desde a Constituição Federal de 1988⁵⁵⁵, até as legislações infraconstitucionais, e em harmonia com o direito internacional dos direitos humanos, conforme demonstrado neste tópico.

O elemento da exterioridade é vinculado com o requisito de que o discurso alcance o meio social, os sentidos das outras pessoas; e isso pode ser feito por meio da fala, da escrita ou até de pinturas ou desenhos, além da utilização da rede mundial de computadores, entre outros mecanismos ou meios de comunicação conforme explicitado no início deste tópico num rol exemplificativo. Isto é, essa exterioridade se faz necessária para que realmente haja o fato, a sua materialidade no mundo concreto, para fins de estudo e aplicabilidade pelas ciências jurídicas. Inclusive, no âmbito do paradigmático caso Ellwanger para o direito brasileiro, esse elemento da exterioridade ficou explicitamente configurado na medida em que se tratou de conteúdo veiculado por meio de livros editados pelo réu⁵⁵⁶.

Seguindo-se em sentido horário o gráfico conceitual apresentado anteriormente, o próximo elemento que surge é o contexto no qual se discursa. O contexto, assim como a exterioridade, também é um elemento essencial para a identificação do discurso de ódio com implicações para o direito. Isso porque – numa situação hipotética – num processo judicial que

⁵⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2023.

⁵⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

tem por finalidade o julgamento de um suposto caso de discurso de ódio em face de um determinado grupo vulnerável; um juiz ao exemplificar *ipsis litteris*, nas mesmas palavras, em parte da sua sentença, um determinado discurso de ódio que foi emanado pelo réu, esse juiz não está manifestando um discurso de ódio. O magistrado, na situação hipotética apontada, somente utiliza de um discurso de ódio emanado pelo réu para fundamentar a sua decisão.

No contexto do caso Ellwanger por vezes os magistrados utilizaram de trechos dos livros editados pelo réu que exemplificavam situações de discurso de ódio, e isso foi feito com a finalidade específica de fundamentar o acórdão, de forma a configurar o discurso de ódio emanado pelo réu. Como pode-se exemplificar no voto do Ministro Gilmar Mendes, que reproduz parte do julgamento do Ellwanger pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e traz algumas passagens das obras editadas pelo réu com teor negativamente discriminatório contra o povo judeu, de modo a configurar a ocorrência do discurso de ódio e fundamentar a decisão jurisdicional⁵⁵⁷.

Analogamente, também numa situação hipotética, um professor numa aula de direito constitucional sobre os limites da liberdade de expressão e suas violações, ao acessar páginas da internet para, durante uma aula para a sua turma, ilustrar e apresentar como o discurso de ódio pode se manifestar nas redes sociais, não incorre na conduta antijurídica de expressar um discurso de ódio; nesse exemplo, trata-se da própria liberdade de expressão do professor em seu aspecto de atividade intelectual e científica, conforme assegurado pelo art. 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988⁵⁵⁸. E o que assegura o não cometimento do discurso de ódio pelo magistrado, na primeira situação hipotética, ou pelo professor, na segunda situação, é exatamente o contexto no qual se discursa, que – em ambos os casos – descaracteriza a ocorrência do discurso de ódio com relevância e aplicabilidade para o âmbito jurídico.

Quanto ao terceiro elemento explicitado, o da intenção do emissor do discurso, esse é o elemento que, isoladamente, pode ser bastante desafiador para se verificar; considerando-se que a verdadeira intenção do emitente de um discurso está na sua esfera subjetiva, interior. Se o emissor do discurso se omite, ao não declarar ou mesmo confessar a sua intenção de inferiorizar

⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**: EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 141-148.

⁵⁵⁸ “Art. 5º

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]”.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2023.

ou menosprezar o outro; ou, de forma ainda mais delicada, se o emissor do discurso refuta essa intenção de inferiorização ou menosprezo do outro por meio de um discurso de ódio; ao operador do direito vai sobressair a ferramenta jurídica de detectar a verdadeira intenção do emissor do discurso por meio dos demais elementos que identificam a ocorrência do discurso de ódio. Cumpre destacar que o Código Civil brasileiro, na Parte Geral, em seu Livro III – que trata dos fatos jurídicos –, especificamente no Título III, que aborda os atos ilícitos, determina no art. 186 que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”⁵⁵⁹. Enquanto o artigo seguinte do Código Civil estipula que: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”⁵⁶⁰. Pode-se considerar, nesse contexto, que a pessoa que emite um discurso de ódio está praticando um ato ilícito e, por consequência, não está amparada pelo direito fundamental à liberdade de expressão, na medida em que ultrapassa os limites de proteção jurídico-constitucional dessa liberdade e viola, em contrapartida, o direito à igualdade e não discriminação.

Nessa tarefa de averiguar a verdadeira intenção do emissor do discurso o gráfico conceitual apresentado pode ser bastante útil, tendo em vista que verificados que os elementos da exterioridade e do contexto são compatíveis com a ocorrência do discurso de ódio, o intérprete pode se debruçar sobre os dois últimos elementos e que, não à toa, possuem o maior peso na identificação do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis: o discurso que viola a dignidade humana e o caráter negativamente discriminatório do discurso. Logo, em se constatando a ocorrência desses dois últimos elementos, junto com as demais evidências fático-jurídicas do caso, poderá ser verificado se houve discurso de ódio na situação em análise.

No ordenamento jurídico brasileiro o maior peso – conforme destacado no gráfico conceitual – dos dois últimos elementos na identificação do discurso de ódio se justifica e decorre diretamente dos princípios e direitos emanados pela Constituição Federal de 1988 e dos tratados de direitos humanos adotados pelo Brasil. Sob essa ótica, quanto ao elemento da constatação de se o discurso viola a dignidade humana, sobressai-se o art. 1º, inc. III, da Constituição, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro; como também, o *caput* do art. 227 da Constituição que garante à criança, ao adolescente e ao jovem, com caráter de prioridade, o direito à

⁵⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

⁵⁶⁰ **Ibid.**

dignidade; e, de forma complementar, o *caput* do art. 230 da Carta Magna assegura a defesa da dignidade das pessoas idosas.⁵⁶¹

O estabelecimento da garantia da dignidade humana como um dos pilares do direito brasileiro, conforme destacado acima no âmbito da própria Constituição⁵⁶², se alinha com a relevância da dignidade humana para o direito internacional dos direitos humanos, conforme evidenciado em documentos normativos internacionais adotados pelo Brasil, como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que consagra a dignidade logo em seu preâmbulo e no seu art. 1º, em caráter de liberdade e igualdade para todos os seres humanos, com a garantia dos direitos de todos⁵⁶³; de forma bastante similar, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, prevê em seu preâmbulo a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos em dignidade e em direitos⁵⁶⁴; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por sua vez, em seu preâmbulo, reconhece a dignidade humana a todos e explicita que os direitos são decorrentes da dignidade da pessoa humana⁵⁶⁵; já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de reconhecer – em seu preâmbulo – a dignidade humana e que os direitos são decorrentes dessa dignidade⁵⁶⁶, dispõe em seu artigo 13 que:

ARTIGO 13

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. **Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.** Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, **favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos** e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.⁵⁶⁷ (Grifos nossos).

⁵⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2023.

⁵⁶² **Ibid.**

⁵⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁶⁵ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁶⁶ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁶⁷ **Ibid.**

Nota-se que o dispositivo supracitado do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais faz uma vinculação entre os objetivos do direito à educação e a concretização da dignidade, com o fortalecimento dos direitos humanos e liberdades; além disso, ainda nesse mesmo dispositivo, é feita uma relação entre a educação e uma maior efetividade da compreensão entre distintos grupos sociais, para a consecução da paz.⁵⁶⁸ Esse dispositivo evidencia como a efetividade do direito à educação pode ser um fator com enorme impacto na não violação dos direitos humanos⁵⁶⁹ e, inclusive, por decorrência lógica – trazendo-se o foco para a questão neste tópico tratada – para a não proliferação de discursos de ódio em face de grupos vulneráveis. Considerando-se que o discurso de ódio em face de grupos vulneráveis, quando identificado, é um fenômeno que viola os direitos humanos de diversas pessoas, que são alvo desse tipo de discurso.

Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, em seu artigo 11, dispõe que todo ser humano tem o direito de que sua honra seja respeitada e sua dignidade reconhecida⁵⁷⁰. A Convenção Americana, assim, segue o parâmetro de reconhecimento da dignidade humana consagrado nos demais documentos normativos citados previamente.⁵⁷¹

E, ao final, no que se refere ao último elemento apresentado – do caráter negativamente discriminatório do discurso –, o peso desse elemento na identificação do discurso de ódio deriva diretamente da própria Constituição Federal de 1988 e do direito internacional dos direitos humanos, assim como no caso do elemento anterior. Cumpre destacar que os dispositivos normativos que fundamentam o maior peso acerca do elemento anterior – da constatação de se o discurso viola a dignidade humana – também fornecem um arcabouço jurídico-normativo para o elemento do caráter discriminatório do discurso; considerando-se a existência de uma relação intrínseca entre esses dois elementos, que pode ser visualizada pelo conteúdo em si das normas constitucionais e internacionais de direitos humanos.

Feita essa ressalva, cumpre pontuar dispositivos que fundamentam e tratam especificamente do elemento referente ao caráter discriminatório do discurso. Logo, o art. 3º, inciso IV da Constituição brasileira determina como um dos objetivos fundamentais da República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

⁵⁶⁸ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁶⁹ **Ibid.**

⁵⁷⁰ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁷¹ **Ibid.**

quaisquer outras formas de discriminação”⁵⁷². Nota-se que, assim como a garantia da dignidade humana (art. 1º, inc. III, da Constituição), o escopo de não fomentar preconceitos e discriminação (art. 3º, inc. IV, da Constituição) também está logo no Título I da Carta Magna, que trata dos seus princípios fundamentais, o que demonstra a relevância basilar desses princípios para o direito brasileiro.⁵⁷³

Há outros dispositivos constitucionais específicos nesse âmbito: em seu art. 5º, inc. XLI, a Constituição assegura que a lei tem de punir qualquer tipo de discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais⁵⁷⁴; o art. 5º, inc. XLII, que estabelece a prática do racismo como um crime inafiançável e imprescritível, com previsão, nos termos da legislação, de pena de reclusão⁵⁷⁵; o *caput* do art. 227 garante à criança, ao adolescente e ao jovem a proteção contra a discriminação⁵⁷⁶; e o inc. II, do § 1º do art. 227, complementa essa proteção com a determinação de:

criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos **e de todas as formas de discriminação**.⁵⁷⁷ (Grifos nossos).

Conforme pode-se visualizar a partir dos dispositivos citados da Constituição Federal brasileira, a proteção jurídico-constitucional em face de discriminação e preconceitos é garantida a todos; e assegurada de forma específica a determinados grupos sociais elencados pela Carta Magna.⁵⁷⁸ Averigua-se que a proteção em face da discriminação e de preconceitos pode ser constatada também em documentos normativos internacionais adotados pela República brasileira, como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que em seu art. 7º assegura a igual proteção de todos contra discriminações ou incitamentos a discriminações, com igual proteção da lei⁵⁷⁹; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais garante, na segunda parte de seu art. 2º, que os Estados Partes do Pacto têm de assegurar que os direitos elencados serão exercidos “sem discriminação alguma por motivo

⁵⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁷³ **Ibid.**

⁵⁷⁴ **Ibid.**

⁵⁷⁵ **Ibid.**

⁵⁷⁶ **Ibid.**

⁵⁷⁷ **Ibid.**

⁵⁷⁸ **Ibid.**

⁵⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”⁵⁸⁰.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece, também em seu artigo nº 2 – de forma bastante similar ao que está disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁸¹ – que os Estados Partes do Pacto têm de assegurar a todos os direitos consagrados no documento normativo de forma que não haja “discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição”⁵⁸²; outro dispositivo essencial do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é o seu art. 20, em sua segunda parte, que dispõe que: “Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”⁵⁸³.

Além disso, esse Pacto assegura, na primeira parte do seu art. 24, a proteção das crianças em face da discriminação⁵⁸⁴; e – no seu art. 26 – esse Pacto reforça a proteção jurídica de todos os seres humanos contra qualquer tipo de discriminação, ao destacar que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas **proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação** por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.⁵⁸⁵ (Grifos nossos).

Ressalta-se que o supracitado art. 26 desse Pacto, para além dos elementos já trazidos no seu art. 2, reforça esses elementos e traz um novo fator: o da eficácia da proteção em face de qualquer tipo de discriminação; isso demonstra o comprometimento dos Estados Partes do documento normativo em implementar a proteção jurídica de todos contra a discriminação.⁵⁸⁶

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, em seu artigo 1, determina que não haja “discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica,

⁵⁸⁰ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁸¹ **Ibid.**

⁵⁸² BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁸³ **Ibid.**

⁵⁸⁴ **Ibid.**

⁵⁸⁵ **Ibid.**

⁵⁸⁶ **Ibid.**

nascimento ou qualquer outra condição social”⁵⁸⁷; na última parte do art. 13 da Convenção Americana – dispositivo esse que trata especificamente acerca da liberdade de expressão – é estabelecida a proteção da lei em face de “toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”⁵⁸⁸; além disso, o art. 24 dessa Convenção prevê a igualdade de todos os seres humanos perante a lei, com igual proteção, sem discriminação.⁵⁸⁹

Por fim, conforme analisado no início deste tópico – na parte da revisão da literatura nacional –, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância prevê normativamente a proteção dos grupos vulneráveis ao final do Artigo nº 1 desse documento normativo.⁵⁹⁰ De acordo com o Artigo nº 1 da referida Convenção, essa proteção abarca como uma manifestação de intolerância tanto a marginalização quanto a exclusão social dos grupos vulneráveis, alcançando-se o dano recebido por esses grupos na participação nos diversos planos da vida pública ou privada, como também da violência em si perpetrada contra eles.⁵⁹¹

Desse modo, são explicitados e detalhados os cinco elementos componentes do conceito de discurso de ódio, conforme o gráfico conceitual apresentado anteriormente: a exterioridade que atinge o meio social; o contexto no qual se discursa; a intenção do emissor do discurso; o discurso que viola a dignidade humana; e o caráter discriminatório do discurso. Não é apenas um elemento isolado que irá identificar satisfatoriamente o discurso de ódio para fins jurídicos e de análise da conjuntura social, sendo preciso examinar o caso de forma completa, sob diferentes ângulos. Esse cuidado se faz necessário visto que a liberdade de expressão se configura num dos pilares do Estado Democrático de Direito, não devendo ser violada, ainda mais no caso do Brasil, que passou por uma ditadura militar em passado recente (1964-1985). Os casos de discurso de ódio, quando identificados, se encontram fora da área de proteção jurídico-constitucional da liberdade de expressão. Se, por um lado, a liberdade de expressão deve ser preservada, assim também deve suceder em relação ao direito à igualdade em sua vertente da não discriminação, ao direito à vida, ao direito à integridade física e moral e ao

⁵⁸⁷ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵⁸⁸ **Ibid.**

⁵⁸⁹ **Ibid.**

⁵⁹⁰ BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm>. Acesso em: 03 jul. 2023.

⁵⁹¹ **Ibid.**

direito à intimidade e vida privada, que são violados, ou têm a provocação de sua violação, quando são proferidos discursos de ódio.

4.1.2 A condição jurídica dos grupos vulneráveis

Eduardo Cambi, Letícia de A. Porto e Melina G. Fachin apresentam como grupos vulnerabilizados, que demandam uma tutela diferenciada: as crianças e adolescentes; as mulheres; os afrodescendentes; as pessoas encarceradas; pessoas da comunidade LGBTI+; migrantes e refugiados; os idosos; pessoas com deficiência; e os povos indígenas e comunidades tradicionais.⁵⁹² Esses autores, ademais, associam a América Latina com a precariedade do exercício da cidadania, devido à presença de governos autoritários, e da seletividade do encarceramento de pessoas jovens com menor condição social e afrodescendentes, além do deslocamento forçado de refugiados e apátridas, e discriminação contra grupos vulneráveis: a exemplo das mulheres, dos afrodescendentes, dos povos indígenas, das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e de pessoas da comunidade LGBTI+.⁵⁹³

Outros autores também adotam a terminologia de “grupos vulneráveis”⁵⁹⁴, apesar de haver divergências na doutrina⁵⁹⁵. E, por outro lado, há também o caso de pesquisas que usam

⁵⁹² CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 239-377.

⁵⁹³ **Ibid.** p. 226.

⁵⁹⁴ Na obra “Igualdade, diferença e direitos humanos” – sob a coordenação de Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan – são examinados sob a denominação de grupos vulneráveis: as mulheres; os afrodescendentes; os povos indígenas; os homossexuais e transexuais; os estrangeiros e refugiados; as crianças e adolescentes; e as pessoas com deficiência.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945 p.

⁵⁹⁵ Dimitri Dimoulis, por exemplo, não utiliza a expressão “grupos vulneráveis”, e considera o termo “minorias” mais adequado para se referir aos grupos sociais abarcados em seu conceito. No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, Dimoulis apresenta o conceito de minoria, em seu aspecto social, na esteira da Constituição Federal de 1988. Conforme esse autor, há grupos minoritários - como os povos indígenas e os quilombolas - que possuem uma identidade étnica ou cultural característica, mas também há grupos minoritários que não possuem uma referência específica de caráter identitário; para estes últimos, entre os exemplos trazidos por Dimoulis estão: as mulheres, os afrodescendentes, as crianças, os idosos e as pessoas com deficiência. Como pode-se notar, tanto os grupos identitários, quanto os grupos não identitários, consubstanciam-se em minorias sociais - conforme o conceito desenvolvido por Dimitri Dimoulis para se aplicar ao ordenamento jurídico brasileiro na atualidade; não há mais uma vinculação com minoria no sentido numérico, é uma definição qualitativa, e não quantitativa, conforme esse autor. Por fim, Dimitri Dimoulis explicita que mesmo quando juridicamente as minorias sociais – na terminologia utilizada por esse autor – não estão sujeitas à discriminação e têm garantidos direitos específicos, isso não significa que automaticamente cessa, na sociedade, a opressão e a marginalização a que estão submetidos diversos grupos sociais. Nesse sentido, na esteira desse autor, assevera-se que o fato de haver proteção jurídica para grupos vulneráveis no âmbito do direito brasileiro, inclusive proteção específica robusta em relação a determinados grupos, não é garantia de que os direitos humanos de pessoas desses grupos estão sendo adequadamente concretizados.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 39-45.

os termos “grupos vulneráveis”, “minorias” e “grupos minoritários” com o mesmo significado, isto é, como sinônimos⁵⁹⁶. Nesta tese, adota-se a terminologia de “grupos vulneráveis” e, a título de definições, argumenta-se que os grupos vulneráveis apresentados podem ser visualizados também como minorias, a depender do contexto colocado – no sentido de uma menor fatia de representação política desses grupos⁵⁹⁷ nas instituições estatais e governamentais.

Liliana Lyra Jubilut, acerca da definição de grupos vulneráveis, elenca três elementos essenciais: 1) conceito construído a partir dos fatores histórico, político, jurídico e social: daí a fluidez do conceito, conforme essa autora; 2) a perspectiva de diferenciação e de diversidade: a diferenciação do grupo vulnerável observa-se quanto às características das pessoas do grupo em relação à sociedade no geral; e a diversidade, em dois aspectos – a diversidade do grupo vulnerável quando comparado à sociedade majoritária, e a diversidade existente entre os distintos grupos vulneráveis; e 3) a subjugação: na qual os grupos vulneráveis se caracterizam por não predominarem no contexto social, considerando-se a predominância constante da sociedade majoritária (sem haver necessariamente uma implicação numérica, mas de relações de poder) em face desses grupos, conforme essa autora.⁵⁹⁸ Ademais, Liliana Lyra Jubilut indica outros três elementos que fazem parte, de forma complementar, da conceituação dos grupos vulneráveis, sendo eles: 1) a identidade: tanto do grupo vulnerável em si, quanto de cada indivíduo que compõe o grupo, sendo esse duplo aspecto considerado; 2) o grupo social: a pessoa ser perseguida por ser considerada como pertencente àquele determinado grupo; 3) a vulnerabilidade: posição de menor força numa determinada relação social.⁵⁹⁹

Neste tópico, ao se abordar a condição jurídica dos grupos vulneráveis no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, serão exemplificados, sob uma ótica constitucional, os

⁵⁹⁶ Conforme a autora Fabia Fernandes Carvalho Veçoso, em seu artigo foram “utilizadas as expressões grupos vulneráveis, minorias e grupos minoritários como sinônimos, em função de sua posição inferiorizada em termos de poder nas organizações estatais e demais âmbitos da vida em sociedade”.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. A proteção de minorias no âmbito da Organização dos Estados Americanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença**: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 3. p. 61.

⁵⁹⁷ Dimitri Dimoulis desvela a evolução do conceito de minoria e analisa que o conceito era compreendido como minoria numérica no século XIX; enquanto no século XX há uma mudança no âmbito jurídico para o conceito de minoria, que não passa mais a ser vinculado à inferioridade numérica, mas sim para indicar as minorias de caráter nacional (diferentes por caracteres diversos, com destaque para os aspectos da língua, da religião e da cultura), de acordo com esse autor. Constata-se que o conceito do que seja uma minoria, para fins de estudos jurídicos e políticos, pode evoluir ao longo do tempo, conforme demonstrado por Dimitri Dimoulis.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade**: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Almedina, 2021. p. 27-28.

⁵⁹⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença**: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 14-17.

⁵⁹⁹ **Ibid.** p. 17-21.

seguintes grupos vulneráveis: os afrodescendentes; as pessoas com deficiência; as pessoas da comunidade LGBTI+; as pessoas idosas; as crianças e adolescentes; as mulheres; os povos indígenas; e os estrangeiros, migrantes e refugiados. Conforme examinado no capítulo anterior, no que se refere ao Brasil, o Estado brasileiro foi submetido, em período relativamente recente, a uma ditadura militar caracterizada pelo forte autoritarismo e conservadorismo dos governos militares (1964-1985). Observa-se que, até mesmo pelas características do regime militar brasileiro, os grupos vulneráveis estiveram em situação bastante precária, considerando-se, inclusive, a ausência de uma legislação protetiva adequada em meio aos autoritários governos militares. Após o advento do processo de democratização, catalisado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, os grupos vulneráveis tiveram, em contrapartida, uma efervescência de tutela jurídica protetiva; tanto pela Carta Magna recém-promulgada, quanto por inovações legislativas infraconstitucionais.

Passando-se para a análise da normatização constitucional sobre os grupos vulneráveis no Brasil, acerca dos afrodescendentes, a Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos seus princípios nas relações internacionais o repúdio ao racismo (art. 4º, inciso VIII); e determina que a prática do racismo se configura num crime inafiançável e imprescritível, com pena de reclusão (art. 5º, inc. XLII). Outra garantia da Carta Magna do Estado Democrático de Direito brasileiro é no sentido da proteção das manifestações das culturas afro-brasileiras (art. 215, § 1º).⁶⁰⁰ Quanto à legislação infraconstitucional, a Lei nº 7.716/1989 estabelece a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, além dos casos de religião ou procedência nacional, conforme seu art. 1º.⁶⁰¹ No que concerne à procedência nacional⁶⁰² cumpre pontuar também a discriminação ou preconceito sofridos pelos nordestinos (afrodescendentes ou não) em outras regiões do Brasil, especialmente em épocas de eleições no âmbito nacional, federal; e tendo em vista a associação desse preconceito com índices de maior vulnerabilidade econômica da população da região nordeste do País.

As pessoas com deficiência possuem proteção jurídico-constitucional específica no Brasil no que se refere à vedação de qualquer discriminação quanto a salário e critérios de

⁶⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁶⁰¹ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁶⁰² Acerca do discurso de ódio contra nordestinos em redes sociais, há acórdão – no âmbito de Recurso Especial – do Superior Tribunal de Justiça criminalizando tal tipo de discurso: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 1569850 / RN. Recorrente: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 24 de abril de 2018. **Dje 11/06/2018**. Brasília, 11 jun. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503026950&dt_publicacao=11/06/2018>. Acesso em: 21 dez. 2022.

admissão do trabalhador (art. 7º, inciso XXXI); ademais, é determinada a competência comum dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – para manter a saúde e assistência pública, assegurando a proteção das pessoas com deficiência (art. 23, inciso II); e competência legislativa concorrente para a União, os Estados e o Distrito Federal tratarem acerca da proteção e integração no meio social das pessoas com deficiência (art. 24, inc. XIV); reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, conforme estabelecido em lei e com a definição dos critérios de admissão (art. 37, inc. VIII); preferência no pagamento de débitos de natureza alimentícia em que os titulares, originários ou por sucessão hereditária, sejam pessoas com deficiência (art. 100, § 2º); possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição diferentes da regra geral para concessão de aposentadoria quando os segurados forem pessoas com deficiência (art. 201, § 1º, inc. I); garantia, pela assistência social, da habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência, com sua integração à vida comunitária (art. 203, inc. IV); garantia, pela assistência social, de um salário-mínimo como benefício mensal para a pessoa com deficiência que comprove não ter como prover a sua manutenção ou de ter essa manutenção assegurada pela família, conforme disposição da lei (art. 203, inc. V); garantia, pelo Estado, de atendimento educacional, com preferência na rede regular de ensino (art. 208, inc. III); criação de programas com atendimento especializado e garantia da integração do adolescente e do jovem com deficiência, além da facilitação de acesso a bens e serviços coletivos, com observância da eliminação de obstáculos de caráter arquitetônico, como também de qualquer forma de discriminação (art. 227, § 1º, inc. II).⁶⁰³

As pessoas da comunidade LGBTI+, por sua vez, assim como outros grupos vulneráveis não explicitados especificamente na Carta Magna, possuem uma proteção constitucional em face da discriminação e preconceito no Estado Democrático de Direito na medida em que a Constituição Federal de 1988 apresenta, em seu art. 3º, inc. IV, como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*”⁶⁰⁴ (grifos nossos). O art. 5º, inciso XLI, da Constituição, reforça essa proteção ao estabelecer que a lei punirá discriminações que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais.⁶⁰⁵

⁶⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁶⁰⁴ **Ibid.**

⁶⁰⁵ **Ibid.**

No que concerne às pessoas idosas, a Constituição brasileira dispõe no *caput* do art. 230 que tanto a família quanto a sociedade e o Estado têm o dever de amparo para com as pessoas idosas, garantindo a participação na comunidade, além da defesa da dignidade, bem-estar e direito à vida das pessoas idosas; no art. 203, inc. V, há a garantia, pela assistência social, de um salário-mínimo como benefício mensal para a pessoa idosa que comprove não ter como prover a sua manutenção ou de ter essa manutenção assegurada pela família, conforme disposição da lei.⁶⁰⁶ Para além da proteção constitucional também há a Lei nº 10.741, de 2003, que publicou o Estatuto da Pessoa Idosa com o escopo de normatizar especificamente os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, conforme o art. 1º desse Estatuto⁶⁰⁷.

No âmbito da proteção das crianças, adolescentes e jovens a Constituição Federal de 1988 prevê, no *caput* do seu art. 227, como dever da entidade familiar, da sociedade e do ente estatal assegurar - em caráter de prioridade - à criança, ao adolescente e ao jovem “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”⁶⁰⁸, protegendo-os da “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”⁶⁰⁹. E com o intuito de reforçar e detalhar, de forma pormenorizada, essa proteção estabelecida pela Constituição, menos de dois anos após a sua promulgação, foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por meio da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. O ECA destaca no *caput* do seu art. 3º a proteção integral da criança e do adolescente, com a garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, tendo por escopo assegurar o desenvolvimento completo das crianças e adolescentes. Ressalta-se, outrossim, que o parágrafo único desse art. 3º do ECA prevê a garantia de todos os direitos fundamentais às crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo.⁶¹⁰ Nota-se que tanto o Estatuto da Pessoa Idosa – conforme abordado anteriormente - quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas foram gestados e publicados no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, ou seja, após o fim da

⁶⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁶⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

⁶⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁶⁰⁹ **Ibid.**

⁶¹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

ditadura militar (1964-1985), e posteriormente à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A proteção das crianças, adolescentes e jovens se faz muito necessária no mundo atual, ainda mais após as lições trazidas pela história. Nesse sentido, Marx, ao tratar acerca das consequências da mecanização da produção sobre o trabalhador, aborda como essa conjuntura proporcionou a apropriação da força de trabalho das crianças pelo capital. Marx desvela que as máquinas tornaram dispensável a força muscular, permitindo que pessoas sem o desenvolvimento completo, como as crianças, pudessem ser exploradas pelo sistema capitalista. Além disso, conforme esse autor, as crianças recebiam salários miseráveis; sendo o trabalho infantil tão precário no século XIX, em países como a Inglaterra, que a sua procura no mercado de trabalho lembrava a procura por escravos, de acordo com Marx.⁶¹¹

Quanto às mulheres, a Constituição Federal de 1988 garantiu a igualdade entre mulheres e homens no que se refere a direitos e obrigações (art. 5º, inciso I); protegeu o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inc. XX); determinou a destinação de recursos para o incentivo da participação política das mulheres (art. 17, § 7º); e igualdade do exercício dos direitos e deveres da sociedade conjugal por mulheres e homens (art. 226, § 5º). No contexto do Código Civil cabe salientar o teor do art. 1.638, em seu parágrafo único, incisos I e II, alíneas “a”, que dispõem que o poder familiar será perdido, por meio de ato judicial, daquele que praticar contra o outro que também é titular do poder familiar (inc. I) ou praticar em face de filho, filha ou algum outro descendente (inc. II), *in verbis*: “homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar *ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher*;⁶¹² (grifos nossos). Destaca-se que a inclusão dessas duas alíneas “a”, com a mesma redação, nos incisos I e II do parágrafo único do art. 1.638 do Código Civil foi realizada em período relativamente recente pela Lei nº 13.715, de 2018⁶¹³.

Acerca dos povos indígenas, a Constituição Federal de 1988 reconhece a organização social, os costumes, as línguas, crenças e tradições dos índios, assim como os direitos sobre as terras que ocupam (art. 231, *caput*); e determina que são partes legítimas para defender seus direitos e interesses, perante o Poder Judiciário inclusive, os povos indígenas, suas comunidades

⁶¹¹ MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Livro Primeiro. O processo de produção do capital. Volume I. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988. Tradução de: Reginaldo Sant'Anna. p. 449-453.

⁶¹² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

⁶¹³ BRASIL. **Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

e organizações (art. 232, *caput*); garante que, no ensino fundamental, as comunidades indígenas possam utilizar suas línguas maternas e processos de aprendizagem (art. 210, § 2º); e assegura a proteção das manifestações das culturas indígenas (art. 215, § 1º).⁶¹⁴ Ademais, há a Lei nº 6.001, de 1973, que publicou o Estatuto do Índio para regular a situação jurídica dos povos indígenas com a finalidade de preservação da sua cultura, além de integração, conforme o art. 1º, *caput*, dessa lei⁶¹⁵.

Por fim, quanto aos estrangeiros, migrantes e refugiados, também estão protegidos pela Constituição Federal de 1988, conforme o *caput* e incisos do art. 5º da Carta Magna, sendo-lhes assegurados os direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente.⁶¹⁶ Ademais, a Lei nº 7.716/1989 - que estabelece a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, além de religião ou procedência nacional -, conforme seu art. 1º, também se aplica aos estrangeiros, migrantes e refugiados⁶¹⁷ reforçando-se a proteção emanada constitucionalmente.

4.1.3 O fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis

No tópico anterior foi detalhada a condição jurídica de determinados grupos vulneráveis, num rol exemplificativo, tendo em vista que há a possibilidade de surgimento de novos grupos vulneráveis no decorrer do tempo, e a depender do espaço ou meio social em análise. Nesse contexto, foi anteriormente explicitada a situação jurídica: dos afrodescendentes; pessoas com deficiência; pessoas da comunidade LGBTI+; pessoas idosas; crianças e adolescentes; mulheres; povos indígenas; estrangeiros, migrantes e refugiados; sendo pontuado também o enquadramento jurídico da discriminação e preconceito sofridos por nordestinos no Brasil, observando-se uma associação desse preconceito com índices de maior vulnerabilidade econômica da população brasileira nordestina.

Conforme abordado, o fenômeno do discurso de ódio pode atingir qualquer pessoa. Entretanto, quando o discurso de ódio é realizado em face de pessoas que façam parte de grupos vulneráveis, esse discurso discriminatório e ilícito possui uma maior capacidade de danos e

⁶¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁶¹⁵ BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 24 out. 2022.

⁶¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁶¹⁷ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

violações a direitos humanos. Visto que, além de não estar abarcado pela liberdade de expressão, esse discurso viola o direito à não discriminação das suas vítimas e potencializa - podendo provocar e incitar - a violação de outros direitos: como o direito à vida; o direito à integridade física e moral; e o direito à intimidade e vida privada. Pessoas que fazem parte de grupos vulneráveis estão em uma situação jurídica que reconhece a sua maior vulnerabilidade social, econômica ou política, a depender do caso; além da presença de discriminação e preconceito, e que têm por característica ser direcionados a pessoas em situação de maior vulnerabilidade social, econômica ou política.

Constata-se a nocividade potencializada do discurso de ódio quando direcionado em face de grupos vulneráveis. É uma violência intensificada que essas pessoas sofrem quando são submetidas a discursos discriminatórios e ilícitos. No caso em particular do Brasil, a situação tem uma peculiaridade a mais que incrementa a nocividade do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis. O fato de o Estado brasileiro ter finalizado, em período relativamente recente, uma ditadura militar (1964-1985) que se caracterizou pela violação de direitos humanos de cidadãos de diferentes setores da sociedade civil, associada à falta, na época, de uma proteção jurídica adequada para grupos vulneráveis, termina por fomentar ainda mais o caráter prejudicial do discurso de ódio durante o processo de redemocratização do Estado brasileiro que, conforme desvelado, é um processo que se desenvolve até os dias atuais. Considerando-se essas particularidades do Estado Democrático de Direito brasileiro na atualidade, pode-se deduzir que o discurso de ódio em face de grupos vulneráveis tem o potencial de, inclusive, prejudicar a democracia do País e contribuir para a ocorrência de retrocessos autoritários, como os ocorridos na segunda metade do século XX, com a emergência dos governos militares.

Desse modo, o não respeito aos grupos vulneráveis prejudica a própria sustentação da democracia. O Estado Democrático de Direito, para se sustentar e se desenvolver regularmente, precisa garantir a proteção jurídica, social, econômica e política dos grupos vulneráveis, assim como da população que não faz parte desses grupos. Quando o Estado não é capaz de garantir a proteção da sua população, com destaque para os grupos vulneráveis, abrem-se perigosas vias autoritárias e ditatoriais que podem subverter o próprio sistema democrático. Nesse sentido, o não respeito aos direitos humanos dos grupos vulneráveis com a utilização do discurso de ódio - que, por si só, já é um fenômeno ilícito que viola direitos fundamentais - tem o potencial de influenciar negativamente ações políticas que, além de desrespeitar os direitos dos cidadãos que façam parte de grupos vítimas dos discursos discriminatórios, podem provocar retrocessos autoritários e abalos na democracia - que podem prejudicar a todos, no fim das contas.

Aristóteles, ao tratar das características daqueles que sofrem uma injustiça, elenca o caso das pessoas que foram por muitas vezes injustiçadas e não recorreram aos órgãos jurisdicionais competentes para solucionar o problema. O pensador grego também aponta - como uma outra característica - aquelas pessoas que sofreram calúnia ou estão expostas a sofrerem isso, estando nessa categoria os indivíduos odiados, conforme Aristóteles.⁶¹⁸ Na atualidade, pode-se fazer um paralelo das supracitadas reflexões desse filósofo grego⁶¹⁹ com os denominados grupos vulneráveis. Isso porque pessoas que estão em grupos vulneráveis, por vezes, além de sofrerem diversas violações (injustiças) de direitos humanos, têm uma dificuldade a mais para acessar o Poder Judiciário; e entre as violações de direitos estão aquelas provenientes de discursos ofensivos que emanam o ódio contra essas pessoas. Milênios atrás, Aristóteles tinha vinculado características como essas a, precisamente, pessoas que sofrem injustiças, conforme explicitado.⁶²⁰

Ademais, um exemplo prático – de séculos atrás – de discursos odiosos contra pessoas em situação de exclusão e vulnerabilidade numa determinada sociedade, e com consequências terríveis para essas pessoas odiadas socialmente, é trazido por Voltaire na sua obra “Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas”, no contexto histórico, jurídico e social da França da segunda metade do século XVIII. Voltaire apresenta o caso de Jean Calas e sua família – todos protestantes, numa sociedade católica que condenava e excluía socialmente o protestantismo – que foram injustamente acusados pelo ódio da população da cidade de terem assassinado Marc-Antoine, filho de Jean Calas, também protestante, com base num boato de que Marc-Antoine supostamente queria se converter ao catolicismo e Jean Calas o teria matado por causa disso.⁶²¹

Voltaire descreve que “[...] enquanto o pai e a mãe estavam aos soluços e em lágrimas, o povo de Toulouse junta-se em torno da casa. Esse povo é supersticioso e violento; vê como monstros seus irmãos que não são da mesma religião que ele.”⁶²². Além disso, Voltaire também explicita:

Algun fanático da população gritou que Jean Calas havia enforcado seu próprio filho Marc-Antoine. Esse grito, repetido, logo tornou-se unânime; outros acrescentaram que o morto pretendia fazer abjuração no dia seguinte; que sua família e o jovem Lavoisier o haviam estrangulado por ódio contra a religião católica. Um momento

⁶¹⁸ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 141-142.

⁶¹⁹ **Ibid.** p. 141-142.

⁶²⁰ **Ibid.** p. 141-142.

⁶²¹ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Introdução, notas e bibliografia: René Pomeau; Tradução: Paulo Neves. p. 3-13.

⁶²² **Ibid.** p. 5.

depois, ninguém duvidava mais; toda a cidade foi persuadida de que é um imperativo religioso entre os protestantes que um pai e uma mãe devem assassinar seu filho tão logo ele queira converter-se.⁶²³

Conforme ressaltado nas passagens supracitadas de Voltaire, os protestantes eram vistos como pessoas monstruosas⁶²⁴ por essa população; e, de acordo com o que se explicitou, as pessoas da cidade acusaram de ódio justamente aqueles a quem estavam condenando socialmente e odiando⁶²⁵. As consequências foram desastrosas. Jean Calas foi condenado pelo voto da maioria dos juízes de Toulouse à morte, pelo suplício da roda, no ano de 1762, com o intuito de fazer o réu confessar seu suposto crime, confissão essa que não ocorreu⁶²⁶. Após isso, os magistrados publicaram uma outra sentença para que fossem soltos a mãe, o filho Pierre Calas, o amigo da família Lavaisse e a empregada da família; entretanto, com a posterior pena de banimento do filho Pierre Calas, conforme Voltaire⁶²⁷.

Cerca de 3 anos depois, em 1765, numa revisão do julgamento anterior de Toulouse, a família Calas foi declarada inocente, por unanimidade de votos dos magistrados de Paris; sendo, inclusive, reabilitada a memória do falecido Jean Calas, de acordo com Voltaire.⁶²⁸ Desse modo, esse exemplo ilustra como o ódio⁶²⁹ – contra grupos sociais diferentes numa determinada sociedade – pode ensejar injustiças e violação de direitos.

4.1.4 Tecnologia, direito digital e tensões sobre o sistema democrático

Há uma relação entre o fenômeno do discurso de ódio e as novas tecnologias, considerando-se que por meio da rede mundial de computadores, a internet – conforme explicitado acerca do elemento da exterioridade no subtópico “4.1.1 Conceito e extensão” –, inclusive com a utilização de redes sociais, o discurso de ódio tem a possibilidade de ser propagado de forma significativa, ultrapassando-se até mesmo as fronteiras do Estado e chegando-se ao âmbito da comunidade internacional. Tendo em vista essa relação entre o discurso de ódio e as modernas tecnologias digitais, cabe explicitar essas implicações no

⁶²³ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Introdução, notas e bibliografia: René Pomeau; Tradução: Paulo Neves. p. 6.

⁶²⁴ **Ibid.** p. 5.

⁶²⁵ **Ibid.** p. 6.

⁶²⁶ **Ibid.** p. 7-10.

⁶²⁷ **Ibid.** p. 10-11.

⁶²⁸ **Ibid.** p. 142.

⁶²⁹ Para David Hume tanto o ódio quanto o amor são direcionados para uma outra pessoa, ou outras pessoas, sendo o ódio vinculado a sentimentos desagradáveis, enquanto o amor, por outro lado, a sentimentos positivos. HUME, David. **Tratado da natureza humana**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. Tradução de: Serafim da Silva Fontes. Prefácio e Revisão Técnica da Tradução de: João Paulo Monteiro. p. 388-389.

contexto do direito digital com repercussões, inclusive, para uma tensão sobre o sistema democrático, em outras palavras, sobre o Estado Democrático de Direito.

Andrew F. Sellars – ao abordar as tentativas de plataformas online de redes sociais em definir o discurso de ódio – destaca que essas plataformas desejam a flexibilidade na sua atuação na resposta aos conteúdos que são postados pelos seus usuários; e esse autor destaca que, do ponto de vista da plataforma online, não é indicado delinear de forma muito precisa o objetivo específico na delimitação de comportamentos inaceitáveis no âmbito da rede social.⁶³⁰

Conforme Andrew F. Sellars, na Europa a forma de se lidar com o discurso de ódio nas plataformas online determina que as empresas não permitam o discurso de ódio em suas plataformas e respondam de modo célere a relatórios da ocorrência desse tipo de discurso, inclusive com a promoção de discursos contrários ao teor discriminatório identificado em suas plataformas de redes sociais.⁶³¹ Já nos Estados Unidos da América, Andrew F. Sellars explicita que o modo de se lidar com o discurso de teor discriminatório nas redes sociais tem por base somente o interesse subjetivo de significativos atores do Poder Executivo estatal⁶³². Como pode-se visualizar, a partir das considerações de Andrew F. Sellars⁶³³, a maneira de se lidar com o discurso de ódio nas plataformas online se associa diretamente com a estrutura jurídica do Estado de Direito no qual estão sendo reportadas as ocorrências de discurso com teor discriminatório nas redes sociais.

Sob essa ótica – apesar do objeto desta tese ser no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro –, pode-se ilustrar a diferença de tratamento jurídico do fenômeno do discurso de ódio, de um lado, pelos Estados Unidos da América (EUA) e, de outro lado, por um Estado europeu, no caso, a Alemanha. Esses países possuem aplicabilidades significativamente distintas de hermenêutica jurídica para os casos de discurso de ódio. Enquanto nos Estados Unidos da América há uma prevalência da liberdade de expressão sobre o direito à igualdade e não discriminação nos casos de discurso de ódio; na Alemanha a situação se inverte, com uma preponderância do direito à igualdade e não discriminação sobre a liberdade de expressão, e uma não aceitação jurídica do discurso de ódio como fenômeno protegido pelo direito.⁶³⁴

⁶³⁰ SELLARS, Andrew F. **Defining Hate Speech (December 8, 2016)**. Berkman Klein Center Research Publication N. 2016-20. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2882244>. Acesso em: 30 jun. 2023. p. 21.

⁶³¹ *Ibid.* p. 22.

⁶³² *Ibid.* p. 22.

⁶³³ *Ibid.* p. 22.

⁶³⁴ BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro**. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 66-81.

Desse modo, no ordenamento jurídico norte-americano a Primeira Emenda da Constituição dos EUA⁶³⁵ assegura de forma significativamente protetiva a liberdade de expressão. E nos julgados da Suprema Corte dos EUA há uma preponderância dessa liberdade quando se encontra diante do direito à igualdade e não discriminação.⁶³⁶ Já no que concerne ao ordenamento jurídico alemão, a sua hermenêutica jurídica acerca da proteção dos direitos humanos se desenvolve com uma intensa influência de promoção da igualdade e não discriminação após todas as barbáries que foram cometidas por autoridades governamentais alemãs durante a segunda guerra mundial (1939-1945). Isso gera um impacto na própria Constituição alemã, de 23 de maio de 1949⁶³⁷, que em seu primeiro artigo já estabelece a proteção da dignidade humana como uma obrigação do poder público⁶³⁸. Essa disposição da Lei Fundamental alemã⁶³⁹ reflete-se nos valores constitucionais que são priorizados quando da hermenêutica jurídica constitucional desse Estado, inclusive na prática jurisdicional⁶⁴⁰ de exame da ocorrência de discurso de ódio.⁶⁴¹

Carlos Garza Falla – ao tratar da questão do discurso de ódio e as redes sociais – compreende que, no contexto da realidade mexicana, para que os discursos de ódio possam ser eliminados tem de se priorizar uma transformação no âmbito social para que a desigualdade não se estabeleça na sociedade⁶⁴². Carlos Garza Falla assevera, do seu ponto de vista, que o âmbito *online* configura-se numa projeção do âmbito *offline* e que, por isso mesmo, os esforços

⁶³⁵ UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 17 mar. 2024.

⁶³⁶ BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação**: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 74.

⁶³⁷ REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949**. Berlin, jun. 2022. Tradutor: Assis Mendonça. Revisor jurídico: Urbano Carvelli. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2023.

⁶³⁸ **Ibid.**

⁶³⁹ **Ibid.**

⁶⁴⁰ Pode ser citado o “1 BvR 2150/08” – julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão, conhecido como caso Rudolf Hess –, no qual a Corte considerou que o dispositivo normativo § 130 do Código Penal Alemão, em sua alínea nº 4, está de acordo com a Lei Fundamental em seu artigo 5, que assegura a liberdade de opinião. O dispositivo do Código Penal submetido ao controle de constitucionalidade não permite a aprovação ou celebração de atos cometidos pelo regime nazista que vigorou de 1933 a 1945 na Alemanha, com a ocorrência da perturbação da ordem pública. A Corte, assim, fundamentou a constitucionalidade do tipo penal, declarando a sua conformidade com a Carta Magna do País.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. **Decisão de 4 de novembro de 2009 - 1 BvR 2150/08**. 2009. Disponível em: <https://www.bverfg.de/e/rs20091104_1bvr215008.html>. Acesso em: 12 dez. 2023.

⁶⁴¹ BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação**: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 77-81.

⁶⁴² FALLA, Carlos Garza. Discurso de odio y redes sociales: algunas elucubraciones. In: CAMPOS, Mario *et al.* **Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales**. México: Colección Matices, 2015. p. 117.

com o escopo de se eliminar os discursos de ódio tem de se focar no âmbito *offline*⁶⁴³. De fato, pode-se afirmar que no mundo não virtual, na realidade da vida das pessoas, ações de combate ao discurso de ódio, inclusive com a mudança social de uma sociedade, indicam impactos positivos no combate a discursos discriminatórios, conforme explicita Carlos Garza Falla⁶⁴⁴; mas não se pode deixar de considerar que as redes sociais se constituem em um âmbito propício para a propagação de discursos de ódio, como também, por outro lado, um ambiente no qual se pode implementar ações para se combater esse tipo de discurso.

Gustavo Ariel Kaufman chama a atenção para o fato de que o espaço virtual configurado a partir da internet consiste num ambiente de caráter coletivo e a nível mundial, no qual as pessoas interagem e estabelecem relações entre si⁶⁴⁵. De acordo com Gustavo Ariel Kaufman, o Estado – com o escopo de garantir a proteção de seus habitantes – precisa evoluir tanto quanto as novas tecnologias que proporcionaram a internet, de modo a promover uma adaptação da função regulatória estatal⁶⁴⁶.

Nesse contexto, no que concerne ao direito brasileiro e suas interseções com o direito digital cumpre explicitar, inicialmente, a Lei nº 12.737, de 2012 – nacionalmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann⁶⁴⁷. A Lei nº 12.737/2012 estabeleceu a tipificação em âmbito penal dos crimes informáticos, alterando o Código Penal brasileiro para incluir os artigos 154-A e 154-B, além de alterar a redação dos artigos 266 e 298 do referido Código⁶⁴⁸.

O artigo 154-A adicionado pela Lei nº 12.737/2012 prevê a tipificação do crime de invasão de dispositivo informático, independentemente de o dispositivo estar conectado ou não à internet, com a previsão de uma pena de três meses a um ano de detenção, além de multa⁶⁴⁹. Enquanto o artigo 154-B adicionado por essa lei determina que a ação penal quando ao crime tipificado pelo art. 154-A deve ser encaminhada apenas se houver representação, com exceção da situação em que o crime seja praticado contra a administração pública direta ou indireta ou contra empresas que sejam concessionárias de serviços públicos⁶⁵⁰.

⁶⁴³ FALLA, Carlos Garza. Discurso de odio y redes sociales: algunas elucubraciones. In: CAMPOS, Mario *et al.* **Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales**. México: Colección Matices, 2015. p. 118.

⁶⁴⁴ *Ibid.* p. 118.

⁶⁴⁵ KAUFMAN, Gustavo Ariel. Expresiones de odio en el espacio virtual común de la humanidad. In: CAMPOS, Mario *et al.* **Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales**. México: Colección Matices, 2015. p. 121-122.

⁶⁴⁶ *Ibid.* p. 129.

⁶⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Ibid.*

Acerca do artigo 266 do Código Penal, a Lei nº 12.737/2012 alterou a sua redação para que fossem incluídos dois parágrafos: 1) um primeiro parágrafo que inclui a interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública, além do impedimento ou imposição de dificuldade ao restabelecimento desse tipo de serviço; 2) e um segundo parágrafo que determina a aplicabilidade das penas em dobro, caso o delito seja cometido durante uma calamidade pública⁶⁵¹. Já o artigo 298 do Código Penal, que trata da falsificação de documento de caráter particular, teve um parágrafo único incluído pela Lei nº 12.737/2012, no sentido de que o cartão de crédito ou de débito é equiparado a um documento particular⁶⁵².

Faz-se preciso pontuar que anos após a publicação da Lei nº 12.737/2012 foi publicada uma nova normatização no âmbito da Lei nº 14.155, de 2021⁶⁵³. No contexto dessa nova legislação – a Lei nº 14.155/2021 – foi alterado o artigo 154-A do Código Penal para aumentar a pena do crime de invasão de dispositivo informático; e foram aumentadas as penas no caso da situação de furto mediante fraude e estelionato através de dispositivo eletrônico ou informático.⁶⁵⁴

Ademais, ressalta-se que uma normatização basilar no contexto do direito digital é a Lei nº 12.965, de 2014 – nacionalmente conhecida como marco civil da internet⁶⁵⁵. A Lei nº 12.965/2014 explicita os princípios, as garantias, os direitos e deveres em relação ao uso da internet no Estado brasileiro, conforme o artigo 1º dessa lei⁶⁵⁶. Logo no *caput* do artigo 2º da Lei nº 12.965/2014 é ressaltado que o respeito à liberdade de expressão é um fundamento da disciplina do uso da internet no País⁶⁵⁷, e nos incisos desse dispositivo normativo são pontuados os demais fundamentos, estando no inciso II como fundamentos “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais”⁶⁵⁸; no inciso III “a pluralidade e a diversidade”⁶⁵⁹; e no inciso VI “a finalidade social da rede”⁶⁶⁰.

Note-se que se por um lado a liberdade de expressão é um fundamento da normatização do uso da internet no âmbito do Estado brasileiro, também são fundamentos dessa regulação a

⁶⁵¹ BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ BRASIL. Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14155.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ *Ibid.*

garantia dos direitos humanos, a cidadania, a pluralidade, a diversidade e a própria finalidade social da internet, conforme a Lei nº 12.965/2014.⁶⁶¹ As normas trazidas por essa lei asseguram a liberdade de expressão como também o respeito aos direitos humanos como um todo.⁶⁶²

O artigo 3º da Lei nº 12.965/2014 traz os princípios da regulação do uso na internet no Estado brasileiro, estando entre esses princípios: no inciso I a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”⁶⁶³; e no inc. VI a “responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei”⁶⁶⁴. Isto é, a liberdade de expressão é plenamente assegurada conforme a estrutura jurídica trazida pela Constituição Federal de 1988 e, além disso, é possível a responsabilização civil pelo uso da internet no País, a depender das atividades que foram realizadas pelos agentes a serem responsabilizados⁶⁶⁵.

Observa-se que o dispositivo seguinte da Lei nº 12.965/2014, o artigo 4º dessa lei, traz os objetivos da normatização no sentido de promover: no inciso I, o “direito de acesso à internet a todos”⁶⁶⁶; no inc. II, o “acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos”⁶⁶⁷; no inc. III, a inovação e o incentivo “à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso”⁶⁶⁸; e no inc. IV, a “adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados”⁶⁶⁹.

Acerca da questão do acesso à internet e da inclusão digital, Yanko Marcius de Alencar Xavier, Patrícia Borba Vilar Guimarães e Douglas da Silva Araújo asseveram que no contexto do desenvolvimento de uma cidade inteligente os cidadãos têm de ser incluídos nos sistemas de tomada de decisões, em que a tecnologia tem a característica e função de aproximar a população e os entes públicos⁶⁷⁰. Ademais, esses autores partem da premissa de que políticas públicas que

⁶⁶¹ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁶² **Ibid.**

⁶⁶³ **Ibid.**

⁶⁶⁴ **Ibid.**

⁶⁶⁵ **Ibid.**

⁶⁶⁶ **Ibid.**

⁶⁶⁷ **Ibid.**

⁶⁶⁸ **Ibid.**

⁶⁶⁹ **Ibid.**

⁶⁷⁰ ARAÚJO, Douglas da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Perspectivas sobre políticas públicas de inclusão digital e fomento às cidades inteligentes. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12465>>. Acesso em: 15 jul. 2023. doi: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12465>. p. 35.

incentivem a inclusão digital são imprescindíveis para que haja uma efetiva participação do povo no âmbito das cidades inteligentes⁶⁷¹.

No que se refere à Constituição Federal de 1988, ressalta-se que a Emenda Constitucional nº 115, de 2022, realizou inclusões no texto da Carta Magna com implicações para o direito digital brasileiro⁶⁷². Nesse sentido, a EC nº 115/2022 incluiu um novo inciso ao artigo 5º, o inciso LXXIX, com a disposição de que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”⁶⁷³ – note-se que o referido inciso explicita especificamente o âmbito digital quanto ao direito à proteção dos dados pessoais⁶⁷⁴. Dentre os entes federativos, a EC nº 115/2022 delimitou – conforme o art. 21, inciso XXVI da Constituição – a competência da União para “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais”⁶⁷⁵; já no art. 22, inciso XXX da Constituição ficou determinada a competência privativa da União para legislar acerca da “proteção e tratamento de dados pessoais”⁶⁷⁶.

No que concerne à interrelação entre discurso de ódio, tecnologia e democracia⁶⁷⁷ ressalta-se que conforme dados da organização não-governamental SaferNet Brasil – que enfatiza sua atuação na proteção dos direitos humanos no ambiente da internet no Estado brasileiro – houve um significativo crescimento do fenômeno do discurso de ódio na internet nos últimos anos em que ocorreram eleições no País⁶⁷⁸. Conforme a SaferNet Brasil, no ano de 2020 discursos racistas e xenofóbicos tiveram, quanto ao número de denúncias, mais do que o dobro de registros quando comparado com o ano de 2019, um aumento de aproximadamente

⁶⁷¹ ARAÚJO, Douglas da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Perspectivas sobre políticas públicas de inclusão digital e fomento às cidades inteligentes. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12465>>. Acesso em: 15 jul. 2023. doi: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12465>. p. 35.

⁶⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁶⁷³ **Ibid.**

⁶⁷⁴ **Ibid.**

⁶⁷⁵ **Ibid.**

⁶⁷⁶ **Ibid.**

⁶⁷⁷ A Lei nº 14.197, de setembro de 2021, trouxe um novo dispositivo para o Código Penal brasileiro, no capítulo dos delitos contra o funcionamento das instituições democráticas. O artigo 359-P, que possui a seguinte redação em seu *caput*:

“Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual **ou psicológica**, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional [...]”. (Grifos nossos).

BRASIL. **Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14197.htm>. Acesso em: 10 abr. 2024.

⁶⁷⁸ SAFERNET BRASIL (Brasil). **Safernet aponta que discurso de ódio cresceu nas duas últimas eleições**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/safernet-aponta-que-discurso-de-odio-cresceu-nas-duas-ultimas-eleicoes#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

147,80% para o racismo⁶⁷⁹, e de 111,20% para a xenofobia⁶⁸⁰; e que discursos neonazistas registraram um aumento de 740,70% no ano de 2020, quando comparado com o ano anterior⁶⁸¹.

A SaferNet Brasil destaca que o aumento do registro de ocorrências de discurso de ódio na internet no período eleitoral vem sendo observado desde o ano de 2018, no qual os discursos misóginos, xenofóbicos e neonazistas registraram os maiores aumentos percentuais⁶⁸², sendo de 1639,50% para a misoginia; 595,50% para a xenofobia; e de 262,10% para o neonazismo.⁶⁸³ Esses dados da organização não governamental SaferNet Brasil demonstram como o ambiente virtual propiciado pela internet é um meio que, se utilizado inadequadamente, pode configurar-se numa ferramenta para a propagação e difusão de conteúdos negativamente discriminatórios e discursos de ódio especialmente contra grupos vulneráveis⁶⁸⁴, propiciando tensões sobre o sistema democrático, através, inclusive, da publicação de notícias falsas e conteúdos inverídicos, com o escopo de, por exemplo, tentar influenciar o resultado das eleições ou, até mesmo, tentar questionar esse resultado. A interseção entre discurso de ódio, eleições e política é mais uma evidência de que o fenômeno do discurso de ódio tem um caráter danoso ao Estado Democrático de Direito, ao desenvolvimento da democracia como um todo.

Cumpra-se explicitar que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709, de 2018⁶⁸⁵, dispõe em seu artigo 2º, inc. III, como um dos fundamentos da regulação da proteção de dados pessoais: “a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião”⁶⁸⁶; e no inc. VII, como outro fundamento “os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”⁶⁸⁷. Depreende-se que a LGPD, ao manifestar o direito à liberdade de expressão nos fundamentos da lei, a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos como um todo, não tolera abusos da liberdade de expressão.

⁶⁷⁹ SAFERNET BRASIL (Brasil). **Crimes de ódio têm crescimento de até 650% no primeiro semestre de 2022**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/crimes-de-odio-tem-crescimento-de-ate-650-no-primeiro-semester-de-2022#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁶⁸⁰ **Ibid.**

⁶⁸¹ SAFERNET BRASIL (Brasil). **Safernet aponta que discurso de ódio cresceu nas duas últimas eleições**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/safernet-aponta-que-discurso-de-odio-cresceu-nas-duas-ultimas-eleicoes#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁶⁸² **Ibid.**

⁶⁸³ SAFERNET BRASIL (Brasil). **Crimes de ódio têm crescimento de até 650% no primeiro semestre de 2022**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/crimes-de-odio-tem-crescimento-de-ate-650-no-primeiro-semester-de-2022#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁶⁸⁴ **Ibid.**

⁶⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 17 mar. 2024.

⁶⁸⁶ **Ibid.**

⁶⁸⁷ **Ibid.**

Nesse contexto, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, publicada no Brasil pelo Decreto nº 10.932, de 2022⁶⁸⁸, assegura em seu artigo 4 – no Capítulo III, acerca dos deveres do Estado –, que, *in verbis*:

Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, inclusive:

- i. apoio público ou privado a atividades racialmente discriminatórias e racistas ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento;
- ii. publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, **inclusive a internet**, de qualquer material racista ou racialmente discriminatório que:
 - a) defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância; e
 - b) tolere, justifique ou defenda atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo Direito Internacional, ou promova ou incite a prática desses atos; [...].⁶⁸⁹ (Grifos nossos).

Denota-se que o teor do dispositivo supracitado da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada pelo Estado brasileiro, teve o cuidado de abordar especificamente a vedação do discurso de ódio racista ou negativamente discriminatório da perspectiva racial na internet.⁶⁹⁰ Isso demonstra como o plano virtual é um ambiente que necessita de uma regulação e fiscalização acerca da promoção dos direitos humanos, em especial, a prevenção e punição de discursos de ódio.

Também foi publicada a Política Nacional e o Comitê Nacional de Cibersegurança, por meio do Decreto nº 11.856, de dezembro de 2023⁶⁹¹, na qual o artigo 2º, inciso II, dessa legislação determina como um dos princípios da Política Nacional de Cibersegurança - PNCiber: “a garantia dos direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão, a proteção de dados pessoais, a proteção da privacidade e o acesso à informação”⁶⁹². Fica em evidência a proteção dos direitos fundamentais, com destaque para a regular aplicabilidade do direito à liberdade de expressão.⁶⁹³

Por fim, mais uma evidência das tensões sobre o sistema democrático quando da utilização ilícita de meios tecnológicos, especialmente através de redes sociais, para a propagação de conteúdo ilegal e que pode abarcar discursos de ódio, pode ser visualizada a

⁶⁸⁸ BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm>. Acesso em: 03 jul. 2023.

⁶⁸⁹ **Ibid.**

⁶⁹⁰ **Ibid.**

⁶⁹¹ BRASIL. **Decreto nº 11.856, de 26 de dezembro de 2023**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11856.htm>. Acesso em: 17 mar. 2024.

⁶⁹² **Ibid.**

⁶⁹³ **Ibid.**

partir do Inquérito nº 4.874/DF⁶⁹⁴, que tramita no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Uma decisão do dia 07 de abril de 2024 nesse Inquérito, emitida pelo Ministro Alexandre de Moraes, destaca a regulamentação da internet no Estado brasileiro a partir da Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet⁶⁹⁵, e ressalta o caráter ilícito da instrumentalização dos provedores de redes sociais para a realização de atividades criminosas, abarcando publicações com teor negativamente discriminatório, inclusive, por meio de discursos de ódio. A decisão indica a desinformação fomentada pelos conteúdos ilícitos no âmbito das redes sociais, e que a responsabilidade dos provedores dessas redes se equipara à responsabilidade dos demais meios de mídia. O Ministro Alexandre de Moraes fundamentou que a dignidade humana, a proteção da vida de crianças e adolescentes, como também a garantia do Estado Democrático de Direito, prevalecem sobre os interesses de caráter financeiro dos provedores de redes sociais.⁶⁹⁶

4.2 A tensão jurídica que envolve a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação

De acordo com o que se verificou nos tópicos precedentes, o fenômeno ilícito do discurso de ódio não está protegido juridicamente pela liberdade de expressão, além de violar diretamente o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação e fomentar a violação ou provocação da violação de outros direitos: como o direito à vida; o direito à integridade física e moral; e o direito à intimidade e vida privada. E há, inclusive, um incremento da nocividade do discurso de ódio quando emanado em face de grupos vulneráveis, com possibilidades de prejuízos ao próprio Estado Democrático de Direito, e riscos de retrocessos autoritários, tendo em vista o relativamente recente passado ditatorial do Estado brasileiro (1964-1985).

Observa-se esses aspectos já delimitados e explicita-se, adicionalmente, que a liberdade de expressão, independentemente de estar sendo analisada em casos concretos que envolvam ou não discursos de ódio, pode apresentar tensões jurídicas ou até conflitos aparentes com

⁶⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão. Inquérito nº 4.874/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 07 de abril de 2024. **Decisão Monocrática no Inquérito 4.874/DF**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365901151&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2024.

⁶⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

⁶⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão. Inquérito nº 4.874/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 07 de abril de 2024. **Decisão Monocrática no Inquérito 4.874/DF**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365901151&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2024. p. 1-7.

outros direitos fundamentais, para além do direito à igualdade. E mesmo quando se trata de um caso concreto de suposto discurso de ódio é preciso analisar-se o teor, a intenção, as circunstâncias e o contexto em que aquele determinado discurso está inserido, para que se possa verificar se realmente trata-se de um discurso discriminatório eivado de ilicitude ou de uma manifestação legítima, abarcada pela liberdade de expressão. É nessa lacuna da verificação e identificação – no caso concreto – se efetivamente há ou não discurso de ódio, em que se encontra a tensão jurídica que envolve a liberdade de expressão e o direito à não discriminação. Uma vez identificado o discurso de ódio no caso, a tensão jurídica é superada, visto que o discurso de ódio não está compreendido na área protetiva da liberdade de expressão⁶⁹⁷.

Daí que, apesar do discurso de ódio não estar abarcado pela proteção jurídica emanada pela liberdade de expressão, pode ocorrer de – em casos limítrofes ou mesmo na situação de análise preliminar de um caso concreto de suposto discurso de ódio, inclusive em face de grupos vulneráveis – surgir tensões entre a liberdade de expressão e o direito à não discriminação, e com impactos possíveis para outros direitos, como o direito à vida; o direito à integridade física e moral; e o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem.

Destarte, esses direitos fundamentais são analisados nos próximos tópicos, tratando-se ademais, preliminarmente, acerca dos valores de liberdade e igualdade. Abordados esses valores, passa-se para o exame da liberdade de expressão em si e do direito à igualdade e não discriminação. No caso dos direitos que vão além da liberdade de expressão e do direito à não discriminação, a relação é explicitada no tópico 4.2.3, que trata do embate jurídico e suas consequências.

4.2.1 A liberdade de expressão

Preliminarmente, antes de adentrar na análise do direito à liberdade de expressão e do direito à igualdade e não discriminação, cumpre explicitar o valor liberdade e o valor igualdade,

⁶⁹⁷ O recorte metodológico da pesquisa analisa o discurso de ódio em face de grupos vulneráveis. Mas cumpre refletir que há outros tipos de discurso – para além do discurso de ódio – que podem violar normas jurídicas e demandarem uma reparação. Por exemplo, nas violações contra o direito à honra, no caso da calúnia: o discurso calunioso contra alguém pode ou não se revestir de discurso de ódio, e mesmo assim, pode constituir uma conduta antijurídica, ainda que não seja um discurso de ódio em face de grupos vulneráveis. Conforme as normas explicitadas pelas legislações infraconstitucionais civis (art. 953, do Código Civil) e penais (art. 138, do Código Penal) do direito brasileiro; buscando-se, inicialmente, a resolução da situação mediante o direito civil, para somente após, se necessário pelas circunstâncias do caso concreto, se buscar a reparação no âmbito penal. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

considerando-se que há uma relação – historicamente construída – entre esses dois valores. Norberto Bobbio, em obra que trata dos valores de igualdade e liberdade, aborda que ambos os valores estão inseridos no conceito de ser humano, em que a liberdade se configura num estado – a pessoa livre –, e a igualdade, por sua vez, numa relação – relação de igualdade para com as demais pessoas.⁶⁹⁸

Domenico Losurdo considera a distinção entre liberdade substancial e liberdade formal; nesta última, na dimensão formal, compreende-se o período do “consenso subjetivo”⁶⁹⁹, que consiste num “momento essencial do mundo moderno, da liberdade moderna”⁷⁰⁰, conforme esse autor.⁷⁰¹ Domenico Losurdo explicita que quando a liberdade formal constitui-se no meio de manifestação da liberdade real ocorre “o livre querer da liberdade, isto é, a adesão e o consenso consciente às instituições político-sociais que realizam a liberdade objetiva”⁷⁰²; entretanto, esse autor alerta que “[...] numa determinada situação histórico-política concreta, a liberdade formal pode entrar em choque com aquela real”⁷⁰³.

E o que seria a liberdade real? Na perspectiva de Domenico Losurdo, ele ressalta que, em suas palavras:

Na teoria, a tradição liberal que a Inglaterra tinha atrás de si deveria ter-lhe permitido realizar mais facilmente que outros países “**a liberdade e a igualdade**”, **a liberdade real**. Mas, por uma série de razões históricas (orgulho nacionalista etc.), ocorreu o contrário; [...].⁷⁰⁴ (Grifos nossos).

Nota-se que, na passagem supracitada, Domenico Losurdo caracteriza como liberdade material – ou substancial – a relação intrínseca existente entre, de um lado, a liberdade e, de outro lado, a igualdade.⁷⁰⁵ Indo mais além nas reflexões desse autor, verifica-se que conforme explicita Domenico Losurdo:

Hegel [...] declara explicitamente que a liberdade-segurança da propriedade e da esfera individual é algo mutilado, sem a “garantia da subsistência” (e tal garantia remete ao valor da igualdade mais que ao da liberdade, ou melhor, tende a garantir aquelas condições mínimas de igualdade, na falta das quais a liberdade se revela completamente abstrata e formal).⁷⁰⁶

⁶⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. p. 7-13.

⁶⁹⁹ LOSURDO, Domenico. **Hegel, Marx e a tradição liberal**. Liberdade, igualdade, Estado. São Paulo: UNESP, 1998. Tradução de: Carlos Alberto Fernando Nicola Dastoli; Revisão técnica de: Marco Aurélio Nogueira. p. 139.

⁷⁰⁰ **Ibid.** p. 139.

⁷⁰¹ **Ibid.** p. 139.

⁷⁰² **Ibid.** p. 140.

⁷⁰³ **Ibid.** p. 140.

⁷⁰⁴ **Ibid.** p. 141.

⁷⁰⁵ **Ibid.** p. 141.

⁷⁰⁶ **Ibid.** p. 185.

Essa colocação de Domenico Losurdo, com fundamentos em Hegel, reforça a relação intrínseca existente entre os valores de liberdade e igualdade, como valores complementares entre si.⁷⁰⁷ Pode-se afirmar que ambos os valores – liberdade e igualdade – são essenciais para o ser humano e a vida em sociedade, considerando-se inclusive a relação desses valores com a consolidação da dignidade da pessoa humana e a efetividade dos direitos fundamentais.

Jorge Reis Novais assevera que o sentido material do princípio da dignidade está associado, de forma estrutural, com a consagração dos direitos constitucionalmente assegurados e, de modo mais direto, com os direitos que garantem “a autonomia individual, a privacidade, a liberdade, a igualdade, o respeito e o bem-estar”⁷⁰⁸.⁷⁰⁹ Conforme Jorge Reis Novais, tanto os direitos derivados da liberdade quanto os derivados da igualdade estão intrinsecamente vinculados com o princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana, e com implicações tanto na esfera das relações verticais, Estado e indivíduos, quanto nas relações horizontais, entre distintos particulares.⁷¹⁰

Sob essa ótica, Yara Maria Pereira Gurgel assevera que o valor liberdade e o valor igualdade são decorrentes da própria dignidade da pessoa humana, estando esses valores incorporados no âmbito dos direitos fundamentais que entram em conflito casuisticamente, isto é, conforme a autora, não são os valores que entram em conflito nos casos concretos, são os direitos constitucionalmente assegurados que podem entrar em tensão jurídica.⁷¹¹

Partindo-se para o exame da liberdade de expressão, pode-se afirmar que esse direito possui diversos aspectos e facetas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, são apresentadas algumas considerações acerca da liberdade, e da liberdade de expressão como uma das formas de exercício da liberdade. Nessa lógica conceitual, a liberdade de expressão constitui uma espécie do gênero - mais amplo - da liberdade. No Estado Democrático de Direito tanto a liberdade quanto, mais especificamente, a liberdade de expressão, configuram-se em princípios basilares de sustentação e desenvolvimento da democracia.

Benjamin Constant em seu discurso proferido no Ateneu Real de Paris, em 1819, acerca da liberdade dos antigos quando comparada à dos modernos, diferencia a liberdade dos povos antigos da liberdade das nações modernas. Para Constant, a liberdade dos povos antigos se

⁷⁰⁷ LOSURDO, Domenico. **Hegel, Marx e a tradição liberal**. Liberdade, igualdade, Estado. São Paulo: UNESP, 1998. Tradução de: Carlos Alberto Fernando Nicola Dastoli; Revisão técnica de: Marco Aurélio Nogueira. p. 185.

⁷⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: volume I - Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. p. 28.

⁷⁰⁹ **Ibid.** p. 28.

⁷¹⁰ **Ibid.** p. 18-28.

⁷¹¹ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais**. 2018. 218 f. Tese (Pós-Doutorado) - Curso de Pós-Doutoramento em Direito e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. p. 200.

vinculava a um exercício coletivo e direto da soberania - com uma liberdade política plena; e, em contrapartida, o indivíduo, em sua vida privada, estava completamente submetido aos ditames do corpo político. Já a liberdade das nações modernas, com uma estrutura oposta, conforme Constant, tem seu foco na independência privada do indivíduo, em que o exercício dos direitos políticos constitui apenas uma parte das várias possibilidades da liberdade de cada cidadão; o que os modernos querem, conforme esse autor, é a segurança das suas vontades privadas.⁷¹²

A partir dessas reflexões colocadas por Benjamin Constant, pode-se afirmar que o conceito e o teor do que seja liberdade é passível de mudanças e evolução ao longo do tempo e do espaço.⁷¹³ Considerando que a compreensão acerca da liberdade é passível de evolução, pode-se deduzir que a liberdade de expressão, como uma espécie do gênero da liberdade, também pode se modificar no decorrer da história.

Como a humanidade está sujeita não apenas a evoluções, mas também a retrocessos - a depender do período histórico e do espaço analisado - é possível que a liberdade de expressão também possa sofrer recuos no seu desenvolvimento; como o caso dos Estados autoritários e ditatoriais que por meio de golpes políticos instauram regimes de exceção e restringem essa liberdade, com o receio, por exemplo, de que a manifestação do pensamento de setores e pessoas contrários ao governo autoritário possa desestabilizá-lo.

A liberdade de expressão ou de manifestação do pensamento consta das primeiras declarações de direito ao longo da história. Mesmo antes de ser consubstanciada, em específico, a liberdade de expressão ou liberdade de manifestação do pensamento; a liberdade no geral é consagrada pelas declarações de direito. O lema pelo qual ficou conhecida a Revolução Francesa - que pôs fim ao regime absolutista naquele país, em 1789 - era liberdade, igualdade e fraternidade.

Entretanto, cumpre pontuar que, conforme explicita Fábio Konder Comparato, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) apenas faz referência à liberdade e à igualdade, sendo a fraternidade citada, posteriormente, na Constituição francesa de 1791; e, somente em 1848, com a Constituição republicana da França, que esse “lema” foi colocado na íntegra na Carta Magna francesa, conforme destaca Comparato⁷¹⁴.

⁷¹² CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: Atlas, 2015. Organização, estudo introdutório e tradução de: Emerson Garcia. p. 73-86.

⁷¹³ **Ibid.** p. 73-86.

⁷¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 144-145.

Costas Douzinas, ao tratar de clássicas críticas aos direitos, expõe as óticas de Edmund Burke e Karl Marx. Nesse sentido, Costas Douzinas salienta que Edmund Burke argumenta, sobre a Revolução Francesa, que há uma essência abstrata e indeterminada no discurso dos direitos, que dificulta sua concretização local; além da própria abstração do sujeito dos direitos humanos; Burke, assim, defendeu a primazia da lei inglesa sobre a abstrata lei francesa.⁷¹⁵ Já no que se refere ao segundo autor examinado, Costas Douzinas analisa que Karl Marx forneceu essencial contribuição para a crítica e também para a teoria dos direitos humanos, ao fundamentar uma distinção entre a sociedade e o Estado, em que Marx defende a natureza política e restrita à burguesia da Revolução Francesa e que, por isso mesmo, ainda haveria uma outra revolução que a suplantaria, com caráter universal e também social.⁷¹⁶ Costas Douzinas explicita que Marx apresentava a defesa de uma liberdade e de uma igualdade que realmente considerassem a pessoa em seu âmbito social, em sua comunidade, desvinculando-se de formalismos; ademais, conforme salienta Douzinas, após a crítica de Karl Marx, constatou-se que os direitos humanos foram criados na modernidade, e construídos socialmente e legalmente.⁷¹⁷

A liberdade e, inclusive, a liberdade de expressão, já estavam presentes desde o início. Quanto à liberdade no geral, como um todo, estava assegurada pelo primeiro artigo⁷¹⁸ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); enquanto o seu art. 10 previa a liberdade de opinião, inclusive a religiosa, conforme a seguir: “Art. 10. Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”⁷¹⁹. E no art. 11 essa Declaração reforçava o direito de expressão dos pensamentos e opiniões:

Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, imprimir livremente, *respondendo, todavia, pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei*⁷²⁰ (grifos nossos).

Interessante notar que na França do final do século XVIII, no contexto da Revolução Francesa, já se tinha uma noção apurada da importância da liberdade de expressão, porém, de

⁷¹⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tradução de: Luzia Araújo. p. 159-169.

⁷¹⁶ **Ibid.** p. 169-170.

⁷¹⁷ **Ibid.** p. 173-175.

⁷¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 166.

⁷¹⁹ **Ibid.** p. 166.

⁷²⁰ **Ibid.** p. 167.

outro lado, de que mesmo esse direito tão significativo para a sociedade é passível de regulação para evitar abusos, conforme salientado pela parte final do art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁷²¹.

John Stuart Mill, no âmbito do século XIX, considera que a própria humanidade, em seu gênero, perde quando uma opinião é impedida de ser expressa; pois, conforme esse autor, se o conteúdo da opinião é acertado, alguém é privado de substituir algo errôneo por algo verdadeiro; e se, por outro lado, a opinião é equivocada, se perde a oportunidade de tornar a verdade mais concreta, ao ser colocada em face do erro.⁷²² Trazendo-se essa reflexão⁷²³ para o mundo atual, no século XXI, no direito brasileiro⁷²⁴, não se pode deixar de ponderar que ela tem algum grau de precisão, numa perspectiva realista.

Explica-se. Por exemplo, um discurso de ódio em face de grupos vulneráveis pode ser caracterizado como algo totalmente equivocado e, mais do que isso – ilegal – contra as normas jurídicas do direito interno. Esse tipo de discurso discriminatório não está protegido pela liberdade de expressão. Se alguém em território nacional quiser emitir tais tipos de discursos, a pessoa provavelmente conseguirá (tendo diversos meios à sua disposição: sua voz, seus escritos, seus contatos, a rede mundial de computadores, entre outros). Contudo, o ponto central é que essa expressão discriminatória é equivocada – não protegida pela liberdade de expressão – e, apesar de ter conseguido se manifestar e chegar aos sentidos de muitas pessoas, com pouco tempo – com a atuação da sociedade e do Estado Democrático de Direito – ficará constatada não apenas o quanto aquele discurso foi errôneo, mas também ilegal, antijurídico. Logo, a pessoa ou grupo de pessoas ou ente que emitiu aquele discurso antijurídico acabará tendo que lidar com as consequências legais do seu ato. Esse processo de identificação, reconhecimento e sanção em face de discursos discriminatórios antijurídicos não deixa de ter um fator pedagógico em relação à consciência do meio social, que passa não mais a considerar como legítimos ou aceitáveis certos tipos de conduta.

Desse modo, o erro cometido pode, de alguma forma, contribuir para que mais erros sejam evitados e não cometidos na sociedade. Ressalva-se, todavia, que o ideal é que erros não sejam cometidos, até mesmo porque os direitos das pessoas estão em evidência. E, no caso de

⁷²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 167.

⁷²² MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. Tradução e prefácio: Alberto da Rocha Barros; apresentação: Celso Lafer. p. 60.

⁷²³ **Ibid.** p. 60.

⁷²⁴ Conforme as normas jurídicas já abordadas até o momento, visto que a evolução recente e a revisão das decisões da Corte Constitucional brasileira – com a chegada até a jurisprudência atual – será analisada em tópico posterior deste capítulo.

cometimento desses ilícitos, que as instâncias cabíveis tomem as medidas adequadas para reparar os danos ocorridos.

Realizada essa abordagem do histórico do surgimento, reconhecimento e desenvolvimento da liberdade de expressão, cumpre, neste momento, delimitar o tratamento jurídico dessa liberdade no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme investigado no capítulo anterior, após o período ditatorial (1964-1985), no qual a liberdade de expressão foi intensamente violada e não efetivada pelo direito brasileiro da época da ditadura, iniciou-se a redemocratização tendo por marco normativo-constitucional a Constituição Federal de 1988.

A atual Constituição brasileira assegura a liberdade de expressão em seus mais diversos aspectos e facetas, dessa forma: a liberdade de manifestação do pensamento, com vedação do anonimato (art. 5º, inc. IV); a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inc. VI); a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica, como também de comunicação, independentemente de censura ou de licença (art. 5º, inc. IX); a liberdade de divulgação do pensamento, da arte e do saber, no âmbito da educação e do ensino (art. 206, inc. II); as formas de expressão dos bens de natureza material e imaterial que compõem o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, inc. I); e a não restrição da manifestação do pensamento, como também da criação, da expressão e da informação, por meio de qualquer formato, processo ou veículo de comunicação, observada a Constituição (art. 220, *caput*).⁷²⁵

Quanto às declarações internacionais e tratados adotados pelo Brasil, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assegura em seu art. 19 o direito à liberdade de opinião e de expressão, inclusive por qualquer meio; e no dispositivo anterior, no artigo 18, essa mesma Declaração garante a liberdade de pensamento, de consciência e de religião.⁷²⁶ Há uma relação entre a liberdade de opinião e de expressão e a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, visto que por meio da opinião e expressão a pessoa pode manifestar seu pensamento acerca de questões religiosas. Ademais, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, explicita em seu artigo IV o direito à liberdade de opinião, de expressão e de manifestação do pensamento, por meios diversos⁷²⁷.

⁷²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁷²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, estabelece em seu art. 19 - similarmente à numeração da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷²⁸ – o direito à liberdade de expressão, por qualquer meio, incluindo a forma artística, além dos meios verbal e por escrito. Interessante ressaltar que o art. 19 desse Pacto Internacional prevê deveres e responsabilidades quanto ao exercício do direito à liberdade de expressão, com a possibilidade de restrições desse exercício, previstas em lei, para garantir os direitos das outras pessoas, além da proteção da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moral públicas, conforme o parágrafo 3 do art. 19 do supracitado Pacto.⁷²⁹

E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o denominado Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 – assegura em seu artigo 13 a liberdade de pensamento e de expressão, por qualquer processo ou meio, sendo vedada a censura prévia, mas com possibilidade de responsabilização posterior para garantia dos direitos das outras pessoas, além da proteção da segurança nacional, da ordem pública, saúde ou moral públicas, conforme esse dispositivo. O art. 13 dessa Convenção coloca uma exceção para a censura prévia; que consiste na exceção dos espetáculos públicos, que podem ser censurados previamente – por lei – com o objetivo de proteger a infância e a adolescência. Por fim, a parte final do art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica prevê que a lei tem de estabelecer a proibição de propagandas que sejam a favor da guerra, além da apologia ao ódio nacional, e ao ódio racial ou religioso, que se configurem em incitação à discriminação, hostilidade, crime ou violência.⁷³⁰

4.2.2 Direito à igualdade em sua vertente da não discriminação

O direito à igualdade - assim como o direito à liberdade - está elencado nas primeiras declarações de direitos ao longo da história. Na França de fins do século XVIII a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) garantia logo em seu primeiro artigo o direito à igualdade, conforme a seguir: “Artigo Primeiro. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”⁷³¹. Verifica-

⁷²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷²⁹ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷³⁰ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁷³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 166.

se que esse dispositivo além de garantir a liberdade e a igualdade do homem em direitos, prevê, todavia, a possibilidade de distinções sociais, com fundamento exclusivo na utilidade comum. Pela letra desse dispositivo, e no contexto da época, a igualdade emanada vinculava-se a uma igualdade geral formal perante a lei, em que qualquer distinção que ocorresse tinha que estar associada com a utilidade para a sociedade. Foram necessários séculos para que o direito à não discriminação, em especial de grupos vulneráveis, como uma decorrência do direito à igualdade, pudesse se revestir de um caráter político-jurídico como atualmente.

J. J. Gomes Canotilho argumenta que entre as funções dos direitos fundamentais está a função de não discriminação. Conforme esse autor, a função de não discriminação tem seu substrato no princípio e nos direitos específicos de igualdade, abarcando-se diversos direitos, liberdades e garantias, como: não discriminação religiosa; participação no âmbito político; acesso a cargos públicos; direitos trabalhistas; direito à saúde; direito à moradia; direitos das minorias; entre outros, de acordo com Canotilho.⁷³²

Yara Maria Pereira Gurgel assevera que a discriminação e o preconceito ocorrem através do domínio e exclusão de indivíduos ou grupo de pessoas, tendo forte influência de fatores econômicos, com a ocorrência de danos, até mesmo de natureza coletiva; em que os mais prejudicados - conforme essa autora - são os menos favorecidos, os denominados grupos vulneráveis.⁷³³ Ademais, essa autora considera que a existência humana é o único elemento necessário para que um indivíduo tenha direitos, não sendo cabível qualquer tipo de exclusão ou dominação.⁷³⁴

A Constituição Federal de 1988 assegura, no *caput* do seu art. 5º, a igualdade de todos perante a lei, como também a inviolabilidade do direito à igualdade. Além desse dispositivo, que garante a igualdade para todos, de forma geral, também há dispositivos que asseguram o direito à não discriminação, como uma vertente do direito à igualdade; e os direitos específicos dos diversos grupos vulneráveis no Brasil, conforme abordado anteriormente no tópico “4.1.2” - acerca da condição jurídica dos grupos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, quanto ao direito à não discriminação, nos ditames da Carta Magna brasileira, configura-se como um objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sendo vedados preconceitos de origem, de raça, de sexo, cor, idade, além de toda forma de discriminação (art. 3º, inc. IV); e há a garantia de que a lei tem de punir qualquer discriminação

⁷³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 409-410.

⁷³³ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 48.

⁷³⁴ **Ibid.** p. 51.

que atente contra os direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inc. XLI)⁷³⁵; além de todas as determinações constitucionais quanto aos grupos vulneráveis, já especificadas no tópico “4.1.2”.

Dimitri Dimoulis, acerca do direito à igualdade, no que concerne ao tratamento diferenciado de minorias, determinado pela Constituição Federal de 1988, assevera que o tratamento diferenciado ou desigual estabelecido por norma da Constituição não pode ser contestado com fundamento no direito à igualdade, em âmbito geral; visto que, conforme Dimoulis, há uma relação de especialidade entre o direito à igualdade, em seu aspecto geral, e as normas específicas que definem tratamento diferenciado para determinados grupos sociais, e sempre prevalecem sobre a norma geral.⁷³⁶ Além disso, Dimitri Dimoulis, no que se refere aos direitos específicos de igualdade de determinados grupos sociais, aponta algumas particularidades: a característica de compensação da fragilidade das minorias, o que não se configura em um privilégio; o *status* de direitos subjetivos, e não somente metas; a prevalência sobre as normas gerais do direito à igualdade; e, por fim, que a violação, por autoridade do Estado, dos direitos subjetivos específicos de igualdade das minorias, resulta na inconstitucionalidade desse ato violador.⁷³⁷

Na situação de ocorrência do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis o direito à igualdade, em sua vertente da não discriminação, é violado. Verifica-se que na ocorrência do fenômeno do discurso de ódio o direito geral à igualdade, como também os direitos específicos de tratamento diferenciado dos grupos vulneráveis, conforme dispostos na Constituição de 1988, são violados, e sua plena concretização colocada em risco. Demanda-se, desse modo, uma atuação estatal para reduzir os efeitos nocivos da propagação e divulgação de discursos de ódio. Não basta a cooperação da sociedade por meio das relações entre os seus cidadãos e pessoas jurídicas privadas para evitar os incidentes de discursos de ódio e a superação de seus danos quando ocorrerem; visto que direitos com envergadura constitucional são violados, como o caso do direito à não discriminação.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do princípio da igualdade, articula que as diferenciações que não implicam numa violação da isonomia ocorrem quando: há uma correspondência lógica entre o fator distintivo e a diferença de tratamento jurídico em razão disso; e contanto que essa correspondência esteja de acordo com a Carta Magna, com os

⁷³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁷³⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade**: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Almedina, 2021. p. 294-303.

⁷³⁷ **Ibid.** p. 326-327.

interesses resguardados constitucionalmente.⁷³⁸ Conforme esse autor, o conteúdo do princípio da igualdade não autoriza tratamentos jurídicos distintos que sejam arbitrários ou sem justificativa dessa distinção.⁷³⁹

Quanto às declarações internacionais e tratados adotados pelo Estado brasileiro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, garante em seu art. 7º a igualdade de todos perante a lei, como também a proteção em face de qualquer discriminação que desrespeite a Declaração, ou incitamento a essa discriminação.⁷⁴⁰ A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, assegura em seu artigo II a igualdade de todas as pessoas perante a lei, e veda distinções discriminatórias, como aquelas baseadas em raça, língua e crença, entre outras⁷⁴¹.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, assegura em seu artigo 2º os direitos enunciados pelo Pacto, com o exercício desses direitos “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”⁷⁴²; ademais, esse Pacto garante em seu artigo 3º a igualdade a homens e mulheres no exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais enunciados.⁷⁴³ E o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, determina em seu artigo 3 a igualdade a homens e mulheres no exercício dos direitos civis e políticos trazidos pelo Pacto; também, o artigo 26 desse Pacto Internacional assegura a igualdade de todas as pessoas perante a lei⁷⁴⁴, e há a determinação, nesse dispositivo, de que a lei tem de realizar a proibição de discriminações “por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”⁷⁴⁵.

Por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 – prevê em seu art. 24 a igualdade de todos perante a lei, devendo esta

⁷³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 17.

⁷³⁹ **Ibid.** p. 18.

⁷⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁴¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁴² BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁴³ **Ibid.**

⁷⁴⁴ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁴⁵ **Ibid.**

garantir uma igual proteção, sem discriminações, conforme esse dispositivo.⁷⁴⁶ Além disso, o artigo 1 da Convenção Americana assegura a todas as pessoas sob sua jurisdição os direitos e liberdades elencados “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”⁷⁴⁷. Perceba-se que há uma certa similaridade entre o teor dos dispositivos constantes dos dois Pactos internacionais de 1966 e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, demonstrando-se uma pacificação normativa acerca desse direito.

4.2.3 O embate jurídico entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação: o caso do *Habeas Corpus* nº 82424/RS

O embate jurídico entre o direito à liberdade de expressão e o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação pode ocorrer em situações em que se averigua a existência de um discurso de ódio em face de grupo vulnerável (ou grupos vulneráveis, a depender do caso em análise). Nesse sentido, em abstrato, pode-se afirmar que a tensão jurídica entre esses dois direitos é configurada como uma colisão entre princípios⁷⁴⁸, visto que a prevalência de um desses princípios no caso concreto não invalida o outro do ordenamento jurídico⁷⁴⁹.

Ambos os direitos continuam válidos e aplicáveis no ordenamento jurídico. O que ocorreu foi que em um determinado caso concreto um direito prevaleceu sobre o outro, mantendo-se ambos os direitos no ordenamento. Isso pode ser explicado com base na concepção de Robert Alexy, que abarca a possibilidade de normas jurídicas serem configuradas como princípios⁷⁵⁰, conforme explicitado no segundo capítulo desta tese, no tópico “2.2.2 O problema das colisões entre direitos fundamentais”.

Outrossim, Robert Alexy assevera que quando há a colisão entre distintos princípios em um caso concreto específico, observadas as condições da situação, um desses princípios irá prevalecer.⁷⁵¹ Robert Alexy sintetiza essa compreensão com a seguinte fórmula, de modo

⁷⁴⁶ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁷⁴⁷ **Ibid.**

⁷⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 93-94.

⁷⁴⁹ **Ibid.** p. 93-94.

⁷⁵⁰ **Ibid.** p. 90.

⁷⁵¹ **Ibid.** p. 93-94.

exemplificativo: “ $(P_1 \text{ P } P_2) C$ ”⁷⁵² (grifos do autor) – isto é, o princípio P_1 prevalece sobre o princípio P_2 , sob as específicas condições C de um determinado caso, conforme esse autor.⁷⁵³

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana está inserido na efetivação de todos os direitos humanos⁷⁵⁴, inclusive o direito à liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação. Como, então, conciliar essa prevalência de um direito sobre o outro em uma determinada situação fática? Isso pode ser explicado a partir da interpretação jurídica que mais favoreça a concretização do princípio da dignidade humana no caso concreto, essa é uma solução possível para esse dilema⁷⁵⁵.

Sob essa ótica, no âmbito do *Habeas Corpus* nº 82424/ Rio Grande do Sul, também conhecido como caso Ellwanger, julgado em setembro de 2003, o paciente – Siegfried Ellwanger – impetrou o remédio constitucional em face de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu, por maioria de votos, *habeas corpus* impetrado em seu favor. O STJ considerou que o paciente praticou o crime de racismo em face do povo judeu, ao editar e vender livros com conteúdo preconceituoso e discriminatório contra os judeus. Colocada a questão para análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte Constitucional, também por maioria de votos, indeferiu o *habeas corpus* e chegou à conclusão de que a escrita, edição, divulgação e comercialização de livros com conteúdo preconceituoso e discriminatório contra o povo judeu configura-se no crime de racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/1989⁷⁵⁶), e consequente não aplicação de fiança e de prescrição, conforme a Constituição Federal (art. 5º, inc. XLII⁷⁵⁷).

⁷⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 99.

⁷⁵³ **Ibid.** p. 99.

⁷⁵⁴ O art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 determina que:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁷⁵⁵ Conforme: BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação**: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. p. 96-102.

⁷⁵⁶ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁷⁵⁷ “Art. 5º [...]

XLII - a prática do racismo constitui *crime inafiançável e imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;” (Grifos nossos).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

O STF também explicitou que o conceito de raça resulta de um processo político-social e que o racismo, de outro lado, prolifera discriminação e preconceito de caráter segregacionista. Por fim, a Corte asseverou que a liberdade de expressão não é uma garantia absoluta, estando sujeita a limites morais (que decorrem em ilicitude penal) e jurídicos, e destacou a prevalência do princípio da dignidade humana e do princípio da igualdade no caso. O STF asseverou que a liberdade de expressão não pode ser utilizada como justificativa para a realização de atos ilícitos.⁷⁵⁸

Interessante que a Corte Constitucional brasileira realizou, no caso do *Habeas Corpus* nº 82424/RS, uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Magna de 1988, utilizando-se de elementos históricos, políticos e sociais que influíram na construção e aplicabilidade da própria Constituição, a fim de realizar a hermenêutica jurídica no caso concreto, conforme a própria Corte.⁷⁵⁹ O princípio da dignidade humana respalda todos os direitos humanos e fundamentais, inclusive a liberdade de expressão, que é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Então, quando se aborda a prevalência da dignidade humana no caso, pode-se afirmar que se trata da interpretação mais adequada desse princípio no caso concreto em análise, no qual há uma preponderância do direito à igualdade, em sua vertente da não discriminação, sobre a liberdade de expressão.

Isso porque a liberdade de expressão não protege o discurso de ódio em face de grupos vulneráveis que, por sua vez, esse discurso configura-se numa conduta ilícita, conforme a primeira parte da hipótese levantada no início da pesquisa de que esse tipo de discurso não está alinhado com o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, além de gerar impactos danosos para a sociedade, o Estado e seu desenvolvimento, inclusive nos planos político e social. Essa segunda parte da hipótese – quanto aos impactos negativos para a sociedade e o Estado, inclusive nas esferas política e social – será desenvolvida no próximo capítulo, considerando-se, ademais, o arcabouço que foi desvelado nos capítulos anteriores.

De todo modo, no contexto desse caso paradigmático para o ordenamento jurídico brasileiro – o *Habeas Corpus* nº 82424/RS – há uma colisão entre o direito à liberdade de expressão e o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação, em que prevaleceu o direito à igualdade, conforme decisão da Corte Constitucional brasileira.⁷⁶⁰ Nessa colisão entre

⁷⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

⁷⁵⁹ **Ibid.** p. 2.

⁷⁶⁰ **Ibid.** p. 3.

distintos direitos pode-se notar que apesar do direito à igualdade e não discriminação ter prevalecido nesse caso concreto em específico, essa prevalência não invalida ou anula a liberdade de expressão do ordenamento jurídico brasileiro, conforme a concepção de Robert Alexy de colisão entre princípios⁷⁶¹.

Cumpre apresentar a fundamentação basilar dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82424/RS. Assim, a votação do Tribunal Pleno da Corte não foi decidida por unanimidade, mas por maioria de votos no sentido de negar o pedido de *Habeas Corpus* do editor e autor de livros Ellwanger.⁷⁶²

Desse modo, o Ministro Moreira Alves, que exerceu a função de Relator do julgado, votou pelo deferimento do *Habeas Corpus*, sob o argumento de que, no seu entendimento, os judeus não constituíam uma raça e por isso não haveria a configuração do crime de racismo; implicando na declaração de extinção da punibilidade do paciente do remédio constitucional pelo registro da prescrição da pretensão punitiva.⁷⁶³

O Ministro Carlos Ayres Britto também votou pelo deferimento do *Habeas Corpus*, visto que considerou a conduta do paciente como atípica do ponto de vista penal, pois que inserida na liberdade de iniciativa do editor e autor de livros Ellwanger, como também da liberdade de expressão em seu viés de convicção político-ideológica e de revisão histórica, conforme o magistrado.⁷⁶⁴

E o Ministro Marco Aurélio, conforme os votos dos Ministros Moreira Alves e Carlos Ayres Britto, deferiu o pedido de *Habeas Corpus*. O Ministro Marco Aurélio também votou no sentido de que não houve a prática do crime de racismo, devendo-se ocorrer a prescrição da pretensão punitiva estatal; no entendimento do referido magistrado apenas o racismo contra os afrodescendentes que estaria previsto na Constituição brasileira de 1988, e com a garantia da imprescritibilidade.⁷⁶⁵

No que concerne aos Ministros que fundamentaram o indeferimento do *Habeas Corpus*, o Ministro Maurício Corrêa explicitou que houve a prática do delito de racismo pelo paciente do remédio constitucional e que, por isso mesmo, indeferiu o pedido de *Habeas Corpus*. O Ministro Maurício Corrêa asseverou, inclusive, que o racismo considera o termo “raça” num

⁷⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 93-94.

⁷⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

⁷⁶³ **Ibid.** p. 9-22.

⁷⁶⁴ **Ibid.** p. 258-328.

⁷⁶⁵ **Ibid.** p. 334-401.

sentido de manifestação social, visto que estudos científicos do genoma humano não fornecem à subdivisão racial fundamentos antropológicos, conforme o referido Ministro.⁷⁶⁶

O Ministro Celso de Mello votou pelo indeferimento do remédio constitucional para que fosse mantida a condenação penal que foi decidida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ademais, o Ministro Celso de Mello destacou que no que se refere a julgado que trate de direitos humanos, a hermenêutica jurídica precisa levar em consideração tanto as normas do direito interno quanto as normas do direito internacional, de modo a se fortalecer o direito assegurado pela Constituição; e que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas fez a proclamação, no ano de 1998, da Resolução nº 623, que considera condutas antissemitas como modos contemporâneos de racismo, demandando-se que tanto a comunidade internacional quanto os Estados promovam o impedimento dessa forma de exclusão social.⁷⁶⁷

O Ministro Gilmar Mendes asseverou em seu voto, ao indeferir o *Habeas Corpus*, que o conceito jurídico de racismo está associado a aspectos históricos, sociológicos e culturais, estando o antissemitismo entre as práticas consideradas racistas, conforme o magistrado. O Ministro Gilmar Mendes ponderou que não se pode abordar a liberdade de expressão com um caráter absoluto, tendo em vista a existência de outros elementos constitucionais como a igualdade e a dignidade humana; como também, o magistrado analisou que a decisão condenatória do Ellwanger atendeu às máximas da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, visto que a conduta do paciente violou normas constitucionais, inclusive a norma que classifica o racismo como um delito imprescritível (art. 5º, inc. XLII, da Constituição); a necessidade, dado que não há forma menos gravosa e com a mesma eficácia para lidar com a conduta do paciente, já que não se pode deixar de aplicar a determinação do Poder Constituinte nacional; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, na qual o Ministro ponderou que a liberdade de expressão é essencial para a democracia, mas que essa liberdade não protege a intolerância de caráter racial e a incitação à violência, não se podendo reconhecer absoluta amplitude para a liberdade de expressão no caso concreto, dada a existência de outros bens jurídicos também com fundamentos na Constituição brasileira de 1988.⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 32-70.

⁷⁶⁷ **Ibid.** p. 89-112.

⁷⁶⁸ **Ibid.** p. 114-148.

O Ministro Carlos Velloso também votou pelo indeferimento do remédio constitucional, e ponderou que a Carta Magna brasileira assegura o direito à liberdade de expressão, mas que não há direitos com caráter absoluto e, nesse sentido, essa liberdade não pode ser usada como justificativa para a prática de manifestações preconceituosas e racistas. Conforme o referido Ministro, a liberdade de expressão não pode estar acima da própria dignidade da pessoa humana.⁷⁶⁹

O Ministro Nelson Jobim fundamentou em seu voto que a prática discriminatória antissemita se configura como racismo e, por isso mesmo, um delito inafiançável e imprescritível. O Ministro, ao indeferir o remédio constitucional, analisou que os judeus, como um povo, estão amparados pelo art. 5º, inc. XLII da Carta Magna, como também pelas leis infraconstitucionais, como a Lei nº 7.716/1989, e com o entendimento de que a norma constitucional não se dirige somente à discriminação contra os afrodescendentes.⁷⁷⁰

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, harmonizada com essa linha argumentativa, também votou pelo indeferimento do *Habeas Corpus*, tendo em vista a constatação do crime de racismo, como também que o termo “raça” possui uma dimensão social; e que o preconceito, configurado como uma ação, desrespeita o direito à igualdade.⁷⁷¹

O Ministro Cezar Peluzo, ao também indeferir o remédio constitucional, enfatizou que o exame da ocorrência do delito de racismo, no caso, implica no reconhecimento de que todas as pessoas possuem dignidade e são iguais membros da humanidade; e que, na situação em análise, foram ultrapassados os limites protetivos da liberdade de expressão.⁷⁷²

E, ao final, o Ministro Sepúlveda Pertence votou pelo indeferimento do *Habeas Corpus* e explicitou que a obra do paciente não serviu ao propósito de realizar uma revisão histórica dos fatos ocorridos durante a II Guerra Mundial, tendo em conta que a obra se caracteriza como um meio de prática do delito de racismo. Para tanto, o referido Ministro adotou a dimensão sociocultural do termo “raça” e que, em decorrência desse contexto, um determinado grupo de seres humanos, historicamente situado, pode ocorrer desse grupo ser vítima do crime de racismo, havendo a violação de normas jurídico-constitucionais, como no caso julgado.⁷⁷³

⁷⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 153-167.

⁷⁷⁰ **Ibid.** p. 174-226.

⁷⁷¹ **Ibid.** p. 227-233.

⁷⁷² **Ibid.** p. 234-238.

⁷⁷³ **Ibid.** p. 476-486.

Conforme pode-se verificar a partir da análise do julgamento do caso Ellwanger pela Corte Constitucional brasileira, tanto o direito interno, tendo por fundamento maior a Carta Magna de 1988, quanto o direito internacional dos direitos humanos, tiveram papel de destaque na resolução da situação trazida à Corte. Ademais, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy – com a aplicação da teoria dos princípios e do método da ponderação entre princípios com a aplicabilidade da proporcionalidade em sentido estrito⁷⁷⁴ – também teve função relevante no equilíbrio entre, de um lado, a liberdade de expressão e, de outro lado, o direito à igualdade e não discriminação, tendo por pressuposto interpretativo a eficácia e aplicabilidade da dignidade da pessoa humana no caso.

Com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82424/RS o ordenamento jurídico brasileiro alcançou um novo patamar na proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais em situações de discurso de ódio, considerando-se que o caso se tornou paradigmático na jurisprudência nacional e estabeleceu um nível mais específico e aprimorado de proteção de grupos humanos no que toca ao direito à igualdade e não discriminação. E, o que é de importância basilar, sem que essa proteção implique numa falta de garantia do direito à liberdade de expressão, visto que o Supremo Tribunal Federal aperfeiçoou o entendimento de que essa liberdade não constitui um direito absoluto e está dentro de um universo jurídico de bens que impõe determinados limites, tendo por guia maior a dignidade da pessoa humana.

4.2.4 O direito à vida, o direito à integridade física e moral, e o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem: possibilidades de impactos a partir de discursos de ódio

No caso de suposto discurso de ódio, em abstrato, os direitos que entram em colisão são a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação, conforme visto no tópico anterior. Apesar de haver essa colisão ou tensão específica entre esses dois direitos – que se configuram como princípios nos casos concretos – outros direitos podem ser impactados por atos desencadeados ou provocados por discursos de ódio: o direito à vida, o direito à integridade física e moral, e o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas em situação de vulnerabilidade.

Em outras palavras, reitera-se que a tensão jurídica, em abstrato, nas situações de suposto discurso de ódio contra grupos vulneráveis é entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação. Entretanto, dada a complexidade da vida

⁷⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 93-120.

social e a existência da possibilidade de atos configurados como discurso de ódio provocarem ou incitarem outros atos ilícitos – inclusive de, num rol exemplificativo, violência física, violência psicológica ou mesmo de invasão da intimidade e vida privada das pessoas –, são explorados neste tópico o direito à vida, o direito à integridade física e moral, e o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem, em suas respectivas áreas protetivas.

Nesse sentido, acerca da vida e da biopolítica, Giorgio Agamben considera que:

No mesmo passo em que se afirma a biopolítica, assiste-se, de fato, a um deslocamento e a um progressivo alargamento, para além dos limites do estado de exceção, da decisão sobre a vida nua na qual consistia a soberania. Se, em todo Estado moderno, existe uma linha que assinala o ponto em que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte, e a biopolítica pode deste modo converter-se em tanatopolítica, tal linha não mais se apresenta hoje como um confim fixo a dividir duas zonas claramente distintas; ela é, ao contrário, uma linha em movimento que se desloca para zonas sempre mais amplas da vida social, nas quais o soberano entra em simbiose cada vez mais íntima não só com o jurista, mas também com o médico, com o cientista, com o perito, com o sacerdote.⁷⁷⁵

Essa ponderação de Giorgio Agamben demonstra como na atualidade os Estados modernos têm um significativo poder e controle sobre a vida de seus cidadãos. Conforme se infere a partir de Agamben, não é apenas durante os estados de exceção que o ente estatal tem o poder de vida e, de outro lado, de morte sobre as pessoas; no âmbito dos Estados modernos esse poder muda de configuração, de delineamentos, mas permanece. Nesse sentido, pode-se afirmar, conforme esse autor, que o Estado tem, de fato, grande poder sobre quem vive e quem morre.⁷⁷⁶

Trazendo-se essa análise para o panorama da história recente brasileira, em especial da passagem de uma ditadura militar (1964-1985) para um Estado Democrático de Direito, constata-se que o Estado - apesar de não ser mais ditatorial, de forma institucionalizada - manteve seu poder de vida e de morte sobre os seus cidadãos. Esse fato merece uma especial consideração quando se percebe, conforme analisado no capítulo anterior desta pesquisa, que ainda na atualidade há resquícios jurídico-sociais do período ditatorial no atual Estado brasileiro. Políticas públicas sociais excludentes inspiradas em período ditatorial recente da história brasileira têm o potencial, deste modo, de ocasionar grandes prejuízos sociais e violações de direitos humanos.

⁷⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. Tradução de: Henrique Burigo. p. 119.

⁷⁷⁶ **Ibid.** p. 119.

Miroslav Milovic, ao refletir sobre a biopolítica, aponta que a superação da diferença que há entre a biologia, de um lado, e a política, de outro lado - configurando-se numa concepção da biopolítica - consiste numa forte característica da modernidade.⁷⁷⁷ Conforme Milovic, a resistência se faz necessária para evitar que o mundo se torne um verdadeiro campo de concentração⁷⁷⁸; esse autor pondera que “o esquecimento dos Outros prepara também os campos de concentração”⁷⁷⁹. Entenda-se por outros aqueles que são diferentes da maioria (com poder político). Assim, com base nessas ponderações de Miroslav Milovic⁷⁸⁰, pode-se concluir que para que um estado de exceção seja evitado, os outros - os diferentes, as minorias - têm de ser incluídos socialmente, em todos os âmbitos.

O direito à vida consubstancia-se num dos direitos mais essenciais para a humanidade, sem o direito à vida não há como, inclusive, o exercício de outros direitos assegurados pelo direito interno e pelo direito internacional dos direitos humanos. O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida no art. 5º, *caput*, da Carta Magna. Ademais, na Constituição brasileira esse direito é reforçado para as crianças, adolescentes e jovens, com absoluta prioridade, configurando-se a sua garantia como um dever da família, da sociedade e do Estado (art. 227, *caput*); esse reforço é feito, também, em relação às pessoas idosas, visto que a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de garantir o direito à vida para essas pessoas (art. 230, *caput*).⁷⁸¹

Atribui-se essa preocupação do Poder Constituinte em, para além de garantir o direito à vida para todos; reforçar esse mesmo direito para as crianças, adolescentes e jovens, como também para as pessoas idosas, considerando-se a especial condição jurídica desses grupos sociais, conforme evidenciado anteriormente no tópico “4.1.2”, acerca da condição jurídica dos grupos vulneráveis. A Constituição, para além de apresentar a garantia do direito à vida para as crianças, adolescentes e jovens, e para as pessoas idosas - como um dever do ente estatal brasileiro - coloca esse dever também para a família e a sociedade como um todo.

Perceba-se que a essencialidade do direito à vida é tão evidente que ao Constituinte não bastou atribuir um dever apenas estatal para com esse direito, sendo necessário incluir outros âmbitos, com forte implicação e impacto na vida das pessoas. Interessante refletir que toda pessoa que tenha uma vida relativamente longa passará por todos esses grupos sociais; será

⁷⁷⁷ MILOVIC, Miroslav. **Política e metafísica**. São Paulo: Max Limonad, 2017. p. 121.

⁷⁷⁸ **Ibid.** p. 132.

⁷⁷⁹ **Ibid.** p. 132.

⁷⁸⁰ **Ibid.** p. 121-132.

⁷⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

criança, será adolescente, jovem e, um dia, será reconhecida como pessoa idosa, com todos os direitos e tratamentos diferenciados, com respaldo constitucional, que esses grupos sociais fazem jus. Sendo observadas, além disso, a legislação infraconstitucional específica, e em alinhamento com as determinações constitucionais, no caso: o Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁸²; e o Estatuto da Pessoa Idosa⁷⁸³; ambos citados anteriormente.

Com efeito, também há proteção específica da Constituição brasileira relacionando-se vida e meio ambiente. Nesse sentido, o art. 225, § 1º, inciso V, institui que com o escopo de assegurar a todos a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é de competência do Poder Público: “V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias *que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*”⁷⁸⁴ (grifos nossos). Nesse ponto, evidencia-se a relação do direito à vida com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito à vida se relaciona com os mais diversos direitos humanos, considerando-se o seu caráter essencial para a existência biológica e desenvolvimento social de cada pessoa.

No que concerne às declarações internacionais e aos tratados adotados pela República Federativa do Brasil, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) explicita em seu art. 3º que todo ser humano tem direito à vida, como também o direito à liberdade e à segurança pessoal⁷⁸⁵. E a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) garante, logo em seu artigo I, de forma bastante similar ao que consta na Declaração Universal, supracitada, que toda pessoa tem direito à vida, além de ter direito à liberdade e à segurança pessoal⁷⁸⁶.

Cumprir destacar que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) estabelece em seu artigo 11 a garantia, para todo ser humano, de um nível de vida para si mesmo, como também para sua família, que seja considerado adequado, abarcando-se condições adequadas de alimentação, vestimenta e moradia; e a busca de uma progressiva

⁷⁸² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

⁷⁸³ BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

⁷⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁷⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

melhoria nas condições de vida⁷⁸⁷. E o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) garante em seu artigo 6 o direito à vida para toda pessoa humana, e acrescenta que nenhuma pessoa poderá ser privada, de forma arbitrária, da sua vida⁷⁸⁸. Quanto ao Pacto de São José da Costa Rica (1969), essa convenção dispõe em seu art. 4 que todo ser humano tem o direito de que sua vida seja respeitada, com proteção da lei e livre de arbitrariedades que possam privar a pessoa de sua vida⁷⁸⁹.

No que se refere ao direito à integridade física e moral, esse direito acaba sendo uma decorrência do direito à vida e do direito à segurança, visto que quando a integridade física e moral da pessoa está em risco ou ameaçada de violação, ou mesmo quando é violada, o direito à vida e o direito à segurança, por resultado, acabam ficando em risco ou sendo violados também. A Constituição Federal de 1988 além de garantir a todos o direito à vida e o direito à segurança no *caput* do art. 5º, também assegura no inciso XLIX desse mesmo dispositivo constitucional, especificamente, o respeito da integridade física e moral das pessoas encarceradas⁷⁹⁰.

Logo, o Constituinte para além de assegurar a integridade física e moral de todos, como uma decorrência do direito à vida e do direito à segurança, enfatizou, em específico, a observância da integridade física e moral das pessoas que se encontrem encarceradas em instituições estatais. Essa preocupação constitucional tem razão no fato de que as pessoas encarceradas estão sujeitas a situações e condições muitas vezes inadequadas para seres humanos poderem sobreviver e viver dignamente, estando essas pessoas sujeitas, ademais, às mais diversas violações ou riscos de violações de seus direitos fundamentais, para além do direito à integridade física e moral.

J. J. Gomes Canotilho indica que o direito à integridade física e moral está entre os direitos fundamentais que também são classificados como direitos da personalidade. Junto com

⁷⁸⁷ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁸⁸ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁸⁹ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁷⁹⁰ *In verbis*: “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:

[...]

XLIX - *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;*” (Grifos nossos).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

o direito à integridade física e moral, Canotilho exemplifica como direitos da personalidade: a cidadania, o direito à vida, o direito à privacidade, identidade pessoal, a liberdade de expressão, entre outros.⁷⁹¹ Perceba-se que há uma grande proximidade entre o direito à vida, de um lado, e o direito à integridade física e moral, de outro; considerando-se que se o direito à integridade física e moral for violado, o próprio direito à vida é colocado em risco e pode sofrer violações diretas também.

Sobre o direito à vida, foi destacada a perspectiva de Giorgio Agamben, visto que esse autor demonstra como os Estados modernos têm um grande poder e controle sobre a vida das pessoas em seu território; e, conforme Agamben, pode-se até mesmo constatar que a entidade estatal possui um significativo poder acerca de quem vive e quem morre em seu território.⁷⁹² Dada a relevante proximidade entre o direito à vida e o direito à integridade física e moral, pode-se deduzir - partindo-se das reflexões de Agamben - que o Estado, além de possuir poder sobre quem vive e quem morre, detém um significativo controle sobre a violação ou não do direito à integridade física e moral das pessoas.⁷⁹³

Há outros dispositivos constitucionais, no atual ordenamento jurídico brasileiro, que reforçam a proteção do direito à integridade física e moral, nesse sentido: toda pessoa é livre da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III); a garantia de que a lei punirá discriminações que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI); a proibição de penas de morte; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis; com exceção para o caso de pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, inciso XLVII e art. 84, inc. XIX).⁷⁹⁴ Ressalta-se que a relação entre a proteção do direito à integridade física e moral, de um lado, e a punição de discriminações que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais, de outro, efetiva-se tendo em vista que discriminações contra uma ou mais pessoas, violando-se direitos e liberdades fundamentais, têm o potencial de violar, ou de provocar ou incitar a violação do direito à integridade física e moral. Interessante notar que - no caso das pessoas encarceradas - discursos de ódio ou discursos discriminatórios podem incentivar violência não apenas das pessoas geral, mas também dos próprios órgãos estatais, sob o risco de discursos discriminatórios incentivarem políticas públicas prejudiciais a pessoas em situação de vulnerabilidade, como o caso das pessoas encarceradas.

⁷⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 396.

⁷⁹² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. Tradução de: Henrique Burigo. p. 119.

⁷⁹³ **Ibid.** p. 119.

⁷⁹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

Outrossim, conforme se destacou no capítulo anterior, também tem o caso de regimes autoritários e de exceção, como o ocorrido na segunda metade do século XX no Brasil, com a ditadura militar (1964-1985), e que além de subverter e corromper o Estado Democrático de Direito, violam sistematicamente, e como uma política de Estado, os direitos das pessoas, inclusive o direito à integridade física e moral. Daí que o atual Estado Democrático de Direito brasileiro precisa estar atento, por meio da sociedade e das próprias instituições estatais, para que retrocessos autoritários e ditatoriais não ocorram.

Quanto às declarações internacionais e aos tratados adotados pelo Brasil, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) determina em seu artigo 5º que: “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”⁷⁹⁵. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) explicita em seu artigo I a proteção da integridade da pessoa, como uma decorrência da proteção do direito à vida, à liberdade e à segurança⁷⁹⁶.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) assegura em seu artigo 7 que: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”⁷⁹⁷. E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) prevê em seu artigo 5 o direito de todo ser humano de que seja respeitada a sua integridade física, psíquica e moral, com a determinação de que não haja submissão da pessoa a torturas, penas ou tratamentos que sejam cruéis, desumanos ou mesmo degradantes⁷⁹⁸.

Por fim, no que concerne ao direito à intimidade, vida privada, honra e imagem, a Constituição Federal de 1988 assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com direito a indenização em caso de violação, por dano moral ou material (art. 5º, inciso X); a possibilidade de que para a defesa da intimidade apenas a lei possa restringir a publicidade de atos processuais (art. 5º, inciso LX); e o direito de resposta, de forma proporcional, como também indenização por dano moral, material e à imagem (art. 5º,

⁷⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁹⁷ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁹⁸ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

inciso V).⁷⁹⁹ Quanto a esse último dispositivo citado, o inciso V do art. 5º da Constituição (direito de resposta), ele se aplica como um contraponto à livre manifestação de pensamento de forma geral, e é possível a sua utilização em casos que envolvam a proteção da intimidade e vida privada, além da honra e imagem das pessoas.

J. J. Gomes Canotilho classifica o direito à privacidade como um direito da personalidade.⁸⁰⁰ A legislação infraconstitucional, por meio do Código Civil - Lei nº 10.406, de 2002 - reforça a proteção constitucional do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Logo, o Código Civil garante em seu art. 20 a proteção da imagem das pessoas, podendo, com seu requerimento e com direito a indenização, a depender do caso, serem proibidas as publicações, caso atinjam o seu direito à honra, boa fama ou respeitabilidade, ou tenham fins comerciais; o parágrafo único desse dispositivo assegura a mesma proteção caso a vítima seja ausente ou pessoa já falecida, podendo seus herdeiros solicitarem a reparação. O *caput* do art. 21 do Código Civil determina que a vida privada da pessoa é inviolável, podendo o Poder Judiciário ser acionado, a requerimento da pessoa natural interessada, para que a norma desse dispositivo seja efetivada.⁸⁰¹

O Supremo Tribunal Federal chegou a julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/Distrito Federal na qual estavam em conflito, de um lado, a liberdade de expressão, de informação, artística e cultural e, de outro lado, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas; inclusive na interpretação dos já supracitados artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro.⁸⁰² A Corte Constitucional brasileira utilizou do critério da ponderação entre princípios constitucionais para julgar o caso, e concluiu no sentido de que não há necessidade de autorização prévia, com suposto fundamento na honra e vida privada, para que biografias sejam feitas, tanto no formato de obra literária quanto no formato de obra audiovisual.⁸⁰³ Essa interpretação do Supremo Tribunal Federal preserva a liberdade de expressão, princípio sensível do Estado Democrático de Direito brasileiro e, de toda forma, não

⁷⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁸⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 396.

⁸⁰¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁸⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. ADI nº 4.815/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2015. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/Distrito Federal**. Brasília, 01 fev. 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 28 out. 2022. p. 1-4.

⁸⁰³ BRITO, Felipe Peixoto de; GURGEL, Yara Maria Pereira. Ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada: análise da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/Distrito Federal sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2017, São Luís/MA. Direitos e garantias fundamentais. Florianópolis: CONPEDI, 2017. v. III. p. 91-108.

impossibilita a ocorrência de reparações posteriores, caso a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas seja violada.

No que se refere às declarações internacionais e aos tratados adotados pela República brasileira, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) dispõe em seu artigo 12º que: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”⁸⁰⁴. E a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) determina em seu artigo V o direito a todo indivíduo à proteção da lei em face de “ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”⁸⁰⁵. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) garante em seu artigo 17 a proteção jurídica da vida privada, como também da honra e da reputação de cada indivíduo⁸⁰⁶. E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) trata em seu art. 11 da proteção da honra e da dignidade, e estabelece que todo indivíduo tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida; além de haver a proteção jurídica da vida privada, da honra e da reputação, e com a proteção da lei⁸⁰⁷.

4.3 A hermenêutica e a argumentação jurídicas nas colisões de direitos e princípios fundamentais

A hermenêutica jurídica possui um caráter central para a ciência do direito. A hermenêutica - isto é, a interpretação - é uma ferramenta ao mesmo tempo básica e avançada para os estudiosos, pesquisadores e operadores das ciências jurídicas. Desde os primeiros passos nos aprendizados e lições pelos diversos âmbitos do direito até, após anos de estudo, a atuação como profissionais habilitados, o profissional faz uso da interpretação de textos normativos, jurisprudenciais, doutrinários, científicos, entre outros. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica é, simultaneamente, uma ferramenta básica e avançada do operador do

⁸⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁸⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁸⁰⁶ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

⁸⁰⁷ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

direito. Com a hermenêutica tanto os casos mais simples, quanto os mais complexos e extensos, podem ser resolvidos, solucionados, com uma das possibilidades de resolução oferecidas pelo direito, nas mais diversas áreas das ciências jurídicas.

Neste ponto, cabe estabelecer uma relação entre hermenêutica e argumentação jurídica. A hermenêutica se faz imprescindível na interpretação de qualquer texto, até mesmo nos mais simples e, de outro lado, a argumentação se mostra como outra ferramenta essencial que, junto com a interpretação, têm a capacidade de construir, elaborar e desenvolver arcabouços científicos e doutrinários com a aptidão de resolver problemas jurídico-sociais ou, ao menos, oferecer uma alternativa ou possibilidade de solução viável na vida social e no âmbito do Estado Democrático de Direito. Se a interpretação e a argumentação jurídicas têm a capacidade de construção de arcabouços científico-doutrinários com poder de mudança, ainda que no aspecto especificamente jurídico, também têm o poder de finalizar estruturas obsoletas que não mais correspondem à realidade do mundo moderno. Utiliza-se a palavra “finalizar” visto que estruturas que não mais são aplicáveis têm, pelo menos, o valor histórico-jurídico de demonstrar as evoluções efetivadas na história do direito - e da sociedade e do Estado que, por sua vez, ao direito estão intrinsecamente relacionados.

Se a hermenêutica e a argumentação jurídica são tão fundamentais para a ciência do direito como um todo, esse caráter essencial fica ainda mais acentuado no que concerne à teoria dos direitos, princípios e garantias fundamentais, no âmbito do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos - que ao direito constitucional se relaciona; e, mais especificamente, nos conflitos de direitos e princípios fundamentais, que fazem parte do que há de mais intrínseco ao Estado Democrático de Direito.

Sobre a interpretação, Michel Troper considera que ela consiste num processo pelo qual um significado é atribuído a um determinado objeto, como também o resultado dessa operação interpretativa. Troper especifica que, quanto à natureza, a interpretação configura-se, conforme a concepção tradicional, numa função do conhecimento; e, por outro prisma, sob a concepção realista, consiste numa função da vontade: a primeira configuração, da função do conhecimento, tem um resultado verdadeiro ou falso da operação interpretativa, há somente um modo de interpretar considerado correto; já a segunda configuração, da função da vontade, tem um resultado que não pode ser avaliado nem verdadeiro nem falso e, além disso, cada enunciado em análise pode ter várias interpretações distintas, havendo uma certa preferência subjetiva do intérprete, conforme esse autor.⁸⁰⁸

⁸⁰⁸ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 123-125.

Ademais, algo que é lugar-comum na ciência do direito é que mesmo textos aparentemente simplificados precisam ser submetidos ao processo de interpretação. Por exemplo, Michel Troper corrobora que a interpretação é utilizada não apenas para textos obscuros, mas para qualquer texto, até mesmo porque para chegar à conclusão de que um texto é de fácil compreensão faz-se preciso interpretá-lo primeiro, de acordo com Troper.⁸⁰⁹ Isso evidencia que todo texto precisa ser interpretado, e nas ciências jurídicas o ato da interpretação reveste-se de uma importância fundamental; para que os fatos e normas jurídicas sejam tratados e valorados adequadamente⁸¹⁰, em cada caso concreto.

Conforme abordado no segundo capítulo – acerca dos direitos humanos e a teoria dos direitos e princípios fundamentais – Michel Troper pontua quatro tipos de interpretação: a semiótica, que parte da língua; a genética, que foca na intenção do autor do texto; a sistêmica, que tem por escopo conectar o texto em sua integralidade; e a interpretação funcional, que foca na função que se atribui ao texto.⁸¹¹ Hans Kelsen, também abordado no referido capítulo anterior desta tese, considera que não há um método de interpretação, no âmbito do direito positivo, que possa pontuar uma única interpretação correta de uma determinada norma jurídica, havendo mais de uma hermenêutica possível; de acordo com Kelsen, os métodos de interpretação aplicáveis à ciência do direito apontam para um resultado que é possível numa situação jurídica, mas não como o único resultado interpretativo correto.⁸¹²

Por outro lado, acerca da argumentação, da arte de bem argumentar, faz-se preciso iniciar nas raízes dessa arte, e isso remonta à Grécia Antiga. Aristóteles, no Livro I da sua obra “Retórica”, ao abordar a natureza da retórica, a identifica como um outro lado da dialética, na medida em que tanto a retórica quanto a dialética podem ser utilizadas em toda e qualquer ciência, ambas ocupando-se dos denominados contrários; conforme esse autor, a utilidade da retórica reside no fato de que tanto a verdade quanto a justiça têm, pelas suas próprias naturezas, mais força do que os seus opostos; e de que a retórica não busca persuadir como uma função, entretanto discernir as formas persuasivas mais adequadas em cada situação.⁸¹³

⁸⁰⁹ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 126.

⁸¹⁰ Sobre a relação entre fato, valor e norma, Miguel Reale – com sua teoria tridimensional do direito - pondera que esses três elementos, nas suas palavras: “estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal [...]”.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

⁸¹¹ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 129-132.

⁸¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: João Baptista Machado. p. 248.

⁸¹³ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 89-94.

Explorada a natureza da retórica, Aristóteles passa para a sua definição e estrutura lógica. Conforme Aristóteles, a retórica consiste em se desvendar o que possui mais adequação, em cada caso, com a finalidade de concretizar a persuasão acerca de qualquer questão, não se limitando a um campo específico de estudo ou investigação. Para isso, Aristóteles classifica três tipos de persuasão: uma persuasão (ou argumentação) pautada pelo modo específico de argumentar ou, em outras palavras, o caráter inerente ao orador; em segundo lugar, um tipo de argumentação pautada nas emoções que são suscitadas pelo discurso no público ouvinte; e, por fim, um terceiro tipo de argumentação na qual o foco é o que há de mais categórico em cada situação específica, em que a verdade (ou o que é mais parecido com ela) é demonstrada.⁸¹⁴ Como reflete Aristóteles, a retórica e, por consequência, seus tipos de argumentação, podem ser aplicados em qualquer campo do conhecimento, logo, pode-se concluir, a partir desse autor, que esse método pode ser aplicado também ao direito⁸¹⁵; e, mais precisamente, pode-se deduzir que há viabilidade de ser aplicado no exame dos conflitos de direitos e princípios fundamentais.

No que concerne especificamente ao fenômeno do discurso de ódio, explicita-se que esse tipo de discurso se enquadra numa categorização, conforme a supracitada classificação aristotélica⁸¹⁶, que envolve as emoções e está relacionado tanto com o caráter inerente ao orador (*ethos*) – isto é, como o público enxerga esse orador – como com as emoções que são suscitadas pelo discurso de ódio no público ouvinte (*pathos*). Assim, o discurso de ódio, a partir da perspectiva jurídica, é um discurso que vai contra a razão (ou seja, ausência de *logos*) – visto que sustentado por preconceitos negativos e discriminação, sem arcabouço racional –, e pode se apoiar nas emoções do público ouvinte, e na própria interação emocional entre esse público e o orador.

Hans Kelsen, ao analisar a concepção do Estado e sua relação com a psicologia social – tendo por base a teoria do grupo de Freud⁸¹⁷ –, destaca que a emoção ou ideia em comum é apenas uma descrição da similaridade de conteúdo da consciência de um determinado número de indivíduos, visto que, conforme esse autor, a soma de vontades individuais não corresponde à uma realidade psíquica, no sentido de que não existe, numa abordagem psicológica, uma mente coletiva, o que há é a mente individual de cada pessoa. E Hans Kelsen fundamenta essa

⁸¹⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 95-97.

⁸¹⁵ **Ibid.** p. 89-104.

⁸¹⁶ **Ibid.** p. 95-97.

⁸¹⁷ Sigmund Freud citou Hans Kelsen em uma nota de rodapé de seu texto “Psicologia das massas e análise do eu”. FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Tradução de: Paulo César de Souza. p. 39.

análise com base em Freud, que defende apenas a mente individual e sua psicologia, em que a vontade do grupo se consubstancia numa expressão da mente individual.⁸¹⁸

Seguindo pelos meandros da argumentação, conforme Irving M. Copi o que ocorre com mais frequência é apenas uma parte do argumento; os argumentos silogísticos, isto é, com a estrutura de proposições completas, também são usados, porém não com a mesma frequência que o recurso de deixar algo nas entrelinhas, caso dos entimemas (argumento enunciado de forma incompleta). Copi assevera que tanto na comunicação cotidiana, quanto na ciência com maior frequência, o recurso do entimema é utilizado para se realizar inferências; além da maior persuasão e convencimento proporcionado pela estrutura lógico-argumentativa dos entimemas. Os entimemas podem ser classificados, de acordo com Irving M. Copi, em: de primeira ordem, quando é implícita a premissa maior; de segunda ordem, no qual é implícita a premissa menor, sendo expressas a premissa maior e a conclusão; e de terceira ordem, no qual a conclusão é que fica implícita.⁸¹⁹ No que concerne às ciências jurídicas, os pesquisadores e operadores do direito têm de ter um especial cuidado ao lidar e manejar para com a utilização de entimemas. Isso ocorre pois que o pesquisador ou jurista tem de garantir que está sendo compreendido em sua argumentação e, mais precisamente, em sua argumentação jurídica, que implica em sustentar âmbitos, planos e posições que tenham proteção pelo direito.

Irving M. Copi também desvela o conceito de sorites e o apresenta como uma cadeia argumentativa com a característica de possuir entimemas na estrutura de proposições; e a conexão desse sorites, conforme esse autor, pode ser encontrada na conclusão do primeiro silogismo, que além de ter essa função de conclusão é também uma premissa do segundo silogismo. Entretanto, Copi explicita que existem argumentos bem maiores, que implicam numa cadeia mais complexa de sequência argumentativa; de acordo com esse autor, a cadeia argumentativa com entimemas em sua estrutura de proposições pode possuir qualquer quantidade de premissas e ter sua validade avaliada, sem qualquer prejuízo.⁸²⁰

Pode-se refletir que, assim como os entimemas, a estrutura do sorites - por decorrência lógica - também pode ser aplicada nas ciências jurídicas pelos pesquisadores e operadores do direito. Interessante notar que tanto os entimemas quanto os sorites tem aplicabilidade prática

⁸¹⁸ KELSEN, Hans. La concepción del Estado y la psicología social: con referencia especial a la teoría del grupo, de Freud. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, 1(19), México, v. 19, p. 233-267, jan. 1974. Número especial. Estudios en memoria de Hans Kelsen. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1049/13516>>. Acesso em: 24 jan. 2024. p. 240-244.

⁸¹⁹ COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. Tradução de: Álvaro Cabral. p. 208-210.

⁸²⁰ **Ibid.** p. 211-212.

no formato escrito e na forma oral (em defesas públicas ou audiências, por exemplo), buscando-se por meio dos entimemas e sorites, no âmbito do direito, o escopo de alcançar a persuasão e o convencimento do outro. Acerca dos entimemas, Aristóteles afirma que eles “convêm mais aos discursos judiciais; pois o que se passou, por ser obscuro, requer sobretudo causa e demonstração”⁸²¹.

Aristóteles define os três gêneros da retórica: o gênero deliberativo (discurso para o futuro, numa assembleia de natureza política, por exemplo); o judicial (discurso acerca do passado, fatos passados, como ocorre no direito, na resposta jurisdicional acerca de casos concretos); e o epidítico (trata do presente, da apreciação e da crítica). Conforme esse autor, o discurso abarca três distintos elementos: a pessoa que discursa; o objeto ou assunto do discurso; e a pessoa (ou pessoas) que recebe o discurso; sendo o escopo do discurso, conforme Aristóteles, a pessoa que recebe o discurso, logo, o ouvinte.⁸²²

Nesta pesquisa, na perspectiva aristotélica dos gêneros da retórica ou do discurso⁸²³, o gênero que predomina, especialmente na análise dos casos concretos jurisprudenciais, é o gênero judicial, mas se aplica também, de certa forma, o gênero epidítico, ao se tratar da crítica e desenvolvimento de questões que são observadas na atualidade, mas sem deixar de considerar fatos e casos concretos passados.

Trazendo-se uma outra perspectiva, Manuel Atienza considera que a argumentação jurídica, por meio de suas teorias, tem o escopo de analisar os argumentos - ou argumentações – que são desenvolvidos em âmbitos jurídicos, nos mais distintos campos do direito: na elaboração de normas jurídicas; na aplicabilidade dessas normas; e no campo dogmático; conforme Atienza.⁸²⁴ Enoque Feitosa também articula a compreensão de que a atividade de aplicação do direito demanda a utilização de argumentos, e que nos casos difíceis essa demanda persuasiva é ainda maior.⁸²⁵

Realizada esta análise introdutória acerca dos campos da hermenêutica e da argumentação jurídicas, e a verificação de sua aplicação aos conflitos de direitos e princípios fundamentais, examina-se, nos próximos tópicos: a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal; a aplicabilidade da tópica de Theodor Viehweg aos

⁸²¹ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 130.

⁸²² **Ibid.** p. 104.

⁸²³ **Ibid.** p. 104.

⁸²⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. Tradução de: Maria Cristina Guimarães Cupertino. p. 2-3.

⁸²⁵ FEITOSA, Enoque. Direito como argumentação: uma perspectiva descritiva. **Revista Diálogos Possíveis**, Salvador, v. 21, n. 1, p. 72-84, jun. 2022. Disponível em: <https://revista.grupofaveni.com.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/170>. Acesso em: 12 abr. 2024. p. 80.

casos de discurso de ódio; e, por fim, para finalizar o capítulo, a abordagem da perspectiva de uma hermenêutica jurídica inovadora.

4.3.1 A jurisprudência da Corte Constitucional brasileira

Acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Constitucional da República Federativa do Brasil, o foco é sobre os casos de colisões ou tensões de direitos e princípios fundamentais, nas situações que envolvam a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação, com especial destaque, numa perspectiva qualitativa, para os casos envolvendo - direta ou indiretamente - discursos de ódio. Sob essa ótica, neste tópico são apresentados os seguintes julgados da supracitada Corte, em ordem de data de julgamento: o *Habeas Corpus* nº 82424/Rio Grande do Sul, julgado em setembro de 2003; o Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo, julgado em agosto de 2016; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal, julgada em junho de 2019; e a Reclamação nº 38.782/Rio de Janeiro, julgada em novembro de 2020.

Quanto ao *Habeas Corpus* nº 82424/RS, julgado em setembro de 2003, – já examinado anteriormente na seção “4.2.3 O embate jurídico entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação: o caso do Habeas Corpus nº 82424/RS” –, conforme analisado, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, pelo indeferimento do *habeas corpus* e explicitou que a escrita, edição, a divulgação e a comercialização de livros com conteúdo preconceituoso e discriminatório contra os judeus enquadra-se no crime de racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/1989⁸²⁶), e a não aplicação de fiança e de prescrição, de acordo com a Carta Magna (art. 5º, inc. XLII⁸²⁷). A Corte Constitucional fundamentou que o conceito de raça resulta de um processo político-social e que o racismo prolifera discriminação e preconceito de caráter segregacionista. Ao final, o STF concluiu que o direito à liberdade de expressão não é uma garantia absoluta, e se sujeita a limites morais, que decorrem em ilicitude penal, e jurídicos, com destaque para a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da

⁸²⁶ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁸²⁷ “Art. 5º [...]

XLII - a prática do racismo constitui *crime inafiançável e imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;” (Grifos nossos).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

igualdade no caso; visto que a liberdade de expressão não pode ser utilizada como uma justificativa para o cometimento de atos ilícitos, conforme a Corte.⁸²⁸

De forma a corroborar ou não o precedente jurisprudencial estabelecido com o *Habeas Corpus* nº 82424/RS – já apresentado –, cumpre explorar precedentes mais recentes da Corte Constitucional brasileira, a fim de se verificar se o entendimento firmado há duas décadas ainda prevalece.

No que concerne ao Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo, julgado em agosto de 2016, nesse caso o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, com repercussão geral reconhecida, que os editais de concursos públicos não podem restringir a participação de candidatos que possuam tatuagens, com exceção de situações nas quais o conteúdo da tatuagem viole valores consagrados constitucionalmente: tatuagens que expressem valores ofensivos em excesso à dignidade humana, à função ou cargo público almejado; que incite a violência iminente; possuam ameaças concretas ou com representações de obscenidades de modo ofensivo, de forma a ferir a legislação aplicável.⁸²⁹ A tatuagem é uma forma de manifestação da liberdade de expressão, especificamente em sua faceta de liberdade de expressão artística⁸³⁰; sendo possíveis restrições dessa liberdade em casos muito específicos.

Desse modo, nota-se que o discurso de ódio em face de grupos vulneráveis, que esteja descrito ou representado em uma tatuagem, não está respaldado juridicamente no caso do possuidor de uma tal tatuagem ser candidato a um concurso público. Isso porque, conforme a Corte Constitucional brasileira, tatuagens que expressem valores ofensivos em excesso à dignidade humana, que incite a violência ou possuam ameaças concretas, assim violando os valores consagrados constitucionalmente, não estão protegidas pela liberdade de expressão⁸³¹.

⁸²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

⁸²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de agosto de 2016. **Processo Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito. Dje-114**. Brasília, 31 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 1-6.

⁸³⁰ Para uma abordagem filosófico-jurídica acerca da colisão entre a liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:

BRITO, Felipe Peixoto de. A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação: obras de arte e o problema do discurso de ódio. **Trilhas Filosóficas**, Caicó, v. 16, n. 1, p. 167-179, 29 set. 2023. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. <http://dx.doi.org/10.25244/tf.v16i1.5394>.

⁸³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de agosto de 2016. **Processo Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito. Dje-114**. Brasília, 31 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 1-6.

E os discursos de ódio em face de grupos vulneráveis se enquadram nessa descrição emanada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo; ou seja, esses discursos violam a dignidade humana, incitam a violência e, por fim, pode ocorrer de possuírem ameaças concretas, a depender do caso específico em análise.

Acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal (ADO nº 26/DF), julgada em junho de 2019, o Requerente (Partido Popular Socialista) deu entrada na ação, sendo intimados o Congresso Nacional e o Presidente do Senado Federal; além da participação de diversas associações e entidades interessadas que puderam ingressar na ação como amigos da corte. Nessa ação direta de inconstitucionalidade por omissão tratou-se da omissão do Estado, especificamente no que se refere ao Poder Legislativo, em editar e implementar legislação infraconstitucional que assegure a concretização do art. 5º, em seus incisos XLI (trata da punição por discriminações que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais) e XLII (trata da prática do racismo, configurado como um crime inafiançável e imprescritível) da Constituição Federal⁸³² de 1988, em relação às pessoas homoafetivas, transgêneros, além dos demais integrantes da comunidade LGBTI+.⁸³³

Nessa decisão, na ADO nº 26/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, asseverou que o Poder Judiciário tem de efetivar a reação do ente estatal em relação à prevenção e à repressão a atos que demonstrem preconceito ou discriminação em face de pessoas que façam parte de grupos sociais vulneráveis; sendo inadmissível o discurso de ódio contra pessoas da comunidade LGBTI+, com fundamento, inclusive, no art. 13, §5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁸³⁴. Assim, o Plenário da Corte, nessa ação, a conheceu em parte e julgou-a procedente, havendo eficácia geral e efeito de caráter vinculante; sendo consideradas as práticas homofóbicas e transfóbicas como ilícitos no âmbito do direito penal, tendo em vista o art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição, configurando-se essas práticas como racismo em sua dimensão social, conforme o Supremo Tribunal Federal, e aplicados os preceitos da Lei nº

⁸³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁸³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 1-3.

⁸³⁴ “ARTIGO 13 Liberdade de Pensamento e de Expressão [...] 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, *bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.*” (grifos nossos).

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

7.716/1989 quanto à incriminação; constituindo, ademais, circunstância que qualifica o homicídio doloso (art. 121, §2º, inc. I, do Código Penal⁸³⁵); isso, até que haja uma lei do Congresso Nacional que implemente, de forma específica, o art. 5º, incisos XLI e XLII da Constituição quanto às práticas homofóbicas e transfóbicas.⁸³⁶ Outro ponto da decisão do STF, no âmbito da ADO nº 26/DF, foi no sentido de firmar que a repressão de caráter penal aos atos homofóbicos e transfóbicos não atinge o exercício da liberdade religiosa, contanto que as manifestações religiosas não consistam em discurso de ódio. A Corte Constitucional delimita, nesse julgado, como discurso de ódio, aquele que incita a discriminação, a hostilidade ou a violência (física ou moral) contra as pessoas, por motivo da sua orientação sexual ou da sua identidade de gênero.⁸³⁷

Por meio do precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal verifica-se que além de manter o entendimento jurisprudencial apresentado anteriormente (como no *Habeas Corpus* nº 82424/RS e no Recurso Extraordinário nº 898450/SP) no sentido da não constitucionalidade e da ilegalidade do fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis, a Corte Constitucional brasileira vai mais além, e reforça uma proteção específica, por meio de um julgado, para as pessoas da comunidade LGBTI+ em face de atos homofóbicos e transfóbicos, inclusive aqueles atos que se configurem como discursos de ódio. A ADO nº 26/DF representa, outrossim, tanto uma manutenção quanto um significativo reforço dessa linha de compreensão jurídica estabelecida jurisprudencialmente pela mais alta Corte brasileira.

Finalmente, no âmbito da Reclamação nº 38.782/Rio de Janeiro, julgada em novembro de 2020, a Reclamante (Netflix Entretenimento Brasil Ltda.) deu entrada com a reclamação em face de decisões - emanadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos autos dos agravos de instrumento nº 0083896-72.2019.8.19.0000 e nº 0343734-56.2019.8.19.0001 - que

⁸³⁵ “Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

[...]

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.” (Grifos nossos).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁸³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 1-12.

⁸³⁷ **Ibid.** p. 6-12.

restringiam a difusão de conteúdo no qual havia sátiras a caracteres religiosos do cristianismo. Nesse julgado foram analisados os limites da liberdade de expressão, quanto ao seu viés de liberdade artística. O Supremo Tribunal Federal ressaltou a circulação livre de ideias no âmbito do Estado Democrático de Direito, e delimitou que a proibição de conteúdos deve ocorrer somente em situações muito excepcionais; e exemplificou algumas dessas situações excepcionais: existência de prática ilícita; incitação à violência ou à discriminação; e propagação de discurso de ódio. Por fim, a Corte Constitucional julgou a reclamação como procedente, e distinguiu a intolerância religiosa da crítica religiosa, configurando a obra da Reclamante como apenas uma crítica, feita através de sátira e na qual não há incitação à violência em face de grupos religiosos. Nesse sentido foi a decisão da Corte, por meio de sua Segunda Turma, com unanimidade de votos, seguindo-se o voto do Relator; havendo a cassação das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.⁸³⁸

Nesse último caso em específico (Reclamação nº 38.782/RJ) verificou-se uma prevalência da liberdade de expressão no julgado. E em um dos fundamentos dessa decisão do Supremo Tribunal Federal está exatamente o fato de que o conteúdo difundido pela Reclamante não se configura como um discurso de ódio ou incitação à violência ou discriminação. A Corte diferencia o conteúdo difundido pela Reclamante, pois que esse conteúdo se tratou de uma mera crítica religiosa, sem incitação à violência em face de grupos religiosos.⁸³⁹ O julgado proveniente da Reclamação nº 38.782/RJ, em seus fundamentos jurídicos e em sua decisão, reforça o entendimento da Corte apresentado anteriormente: como no *Habeas Corpus* nº 82424/RS; no Recurso Extraordinário nº 898450/SP; e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal.

Assim, há uma diferenciação entre, de um lado, um discurso de ódio, no qual se verifica uma incitação à violência e violação de direitos humanos, e, de outro lado, uma mera crítica sem incitação à violência ou violação de direitos humanos. Perceba-se que, nesse último julgado, a jurisprudência da Corte aprofunda e delimita de forma mais detalhada a diferença entre discursos ilícitos, como o caso do discurso de ódio, e uma mera crítica sem incitação à violência ou violação de direitos fundamentais e que, por isso mesmo, está compreendida pela liberdade de expressão.

⁸³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 38782, Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 de novembro de 2020. **Processo Eletrônico Dje-034**. Brasília, 24 fev. 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>>. Acesso em: 02 nov. 2022. p. 1-6.

⁸³⁹ **Ibid.** p. 1-6.

Por fim, registra-se que o controle de convencionalidade⁸⁴⁰ a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)⁸⁴¹, no caso do Estado brasileiro, que faz parte do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, representa um mecanismo eficaz para se chegar a decisões que estejam de acordo com o ordenamento jurídico, em harmonia com o direito internacional dos direitos humanos. Nessa ótica, a Convenção Americana assegura em seu art. 24 a igualdade de todos perante a lei, devendo haver uma igual proteção, sem discriminações, de acordo com o dispositivo⁸⁴². Adicionalmente, o artigo 1 da Convenção Americana garante a todas as pessoas em sua jurisdição os direitos e liberdades elencados e “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”⁸⁴³. Nota-se que o conteúdo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é bastante protetivo, na medida em que assegura o direito à igualdade e não discriminação, explicitamente pelos mais diversos motivos, e de modo exemplificativo, sem excluir outras condições sociais⁸⁴⁴.

4.3.2 Aplicabilidade da tópica de Theodor Viehweg aos casos de discurso de ódio

Conforme analisado no segundo capítulo, Theodor Viehweg, com fundamentos especialmente em Aristóteles⁸⁴⁵, assevera que a tópica se conduz para um elemento: o problema; e os raciocínios são direcionados para esse elemento. De acordo com Viehweg, a tópica tem a pretensão de oferecer um substrato - de caráter auxiliar, na resolução de problemas - inclusive em situações aparentemente sem solução ou sem alternativas de solução.⁸⁴⁶ Nos casos de discursos de ódio, que podem se apresentar nas mais distintas situações, com variáveis e circunstâncias diferentes, analisa-se que a tópica pode ser um instrumento resolutivo útil em relação a esse problema, que se caracteriza por ter repercussões jurídico-sociais. Logo, o

⁸⁴⁰ Conforme abordado na seção “3.3.2 Período democrático”, no capítulo anterior.

⁸⁴¹ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁸⁴² **Ibid.**

⁸⁴³ **Ibid.**

⁸⁴⁴ **Ibid.**

⁸⁴⁵ Na obra do “Órganon”, nos “Tópicos”, Aristóteles pondera que há a mesma quantidade de problemas e proposições, na medida em que ao se modificar a forma pela qual uma proposição está estruturada pode-se, a partir daí, resultar na obtenção de um problema.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007. p. 237.

⁸⁴⁶ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law: a contribution to basic research in law**. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 19.

fenômeno do discurso de ódio e, mais precisamente, o discurso de ódio em face de grupos vulneráveis, constitui um problema com repercussões jurídicas e sociais. A complexidade desses casos é demonstrada por exemplo, conforme explicitado na seção anterior, pelos poucos julgados concluídos por votação com unanimidade no âmbito da Corte Constitucional brasileira. É uma problemática que suscita possibilidades de soluções jurídicas diversas e, por vezes, totalmente opostas; os votos divergentes – em mérito e/ou em argumentação – dos ministros do Supremo Tribunal Federal evidenciam isso.

Como o próprio Theodor Viehweg demonstra que encontra os fundamentos da sua tópica especialmente em Aristóteles⁸⁴⁷, cumpre explorar, inicialmente, a abordagem aristotélica. Nesse sentido, Aristóteles considera que os tópicos consistem em:

[...] lugares-comuns em questões de direito, de física, de política e de muitas disciplinas que diferem em espécie, como por exemplo o tópico de mais e menos; pois será tão possível com este formar silogismos ou dizer entimemas sobre questões de direito, como dizê-los sobre questões de física ou de qualquer outra disciplina ainda que estas difiram em espécie. São, porém, específicas as conclusões derivadas de premissas que se referem a cada uma das espécies e gêneros; como, por exemplo, as premissas sobre questões de física, das quais não é possível tirar nem entimema nem silogismo aplicável à ética; e outras sobre ética, de que se não pode tirar nem entimema nem silogismo aplicável à física. O mesmo se passa com todas as demais disciplinas. Aqueles raciocínios a ninguém farão compreender qualquer gênero de ciência, pois não versam sobre nenhum assunto particular. Mas os específicos, quanto melhor escolha alguém fizer das suas premissas, mais construirá, sem se dar conta, uma ciência distinta da dialética e da retórica. Pois se, por acaso, volta aos princípios, não será já dialética nem retórica, mas a ciência de que tomou esses princípios.⁸⁴⁸

Com fundamento nessas reflexões de Aristóteles, pondera-se que é preciso realizar uma escolha das premissas a serem utilizadas na análise⁸⁴⁹; e essas premissas, nesta pesquisa, foram apresentadas no primeiro capítulo, isto é, na introdução. E no campo jurídico-social, da questão do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, sob o âmbito do problema de pesquisa explicitado. Essas premissas foram desenvolvidas nos capítulos anteriores desta tese, como também nas seções anteriores deste capítulo.

Para além dessas premissas, que foram nesta pesquisa especificamente exploradas e desenvolvidas, elenca-se determinados - na terminologia aristotélica - “tópicos”⁸⁵⁰ ou “lugares-comuns”⁸⁵¹, que dão substrato à pesquisa no campo jurídico-social: a compreensão de que o

⁸⁴⁷ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 19.

⁸⁴⁸ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 102-103.

⁸⁴⁹ **Ibid.** p. 102-103.

⁸⁵⁰ **Ibid.** p. 102.

⁸⁵¹ **Ibid.** p. 103.

direito e, mais especificamente, o direito brasileiro tem de oferecer respostas para qualquer problema que seja colocado no plano jurídico nacional, que caiba ao direito resolver o caso concreto por meio do Poder Judiciário; o fato de que a resolução do caso concreto precisa ser efetiva e reafirmar os direitos humanos, para que não seja apenas uma resposta meramente formal, que não promove a concretização dos direitos; o entendimento de que as normas jurídicas carecem de efetivação pelos poderes públicos, com a cooperação de toda a sociedade, para que o espaço entre o que está na norma e o que se verifica na realidade social possa diminuir, de forma que a diminuição desse espaço evite riscos para a sustentação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ao tratar dos tópicos comuns aos diversos tipos de retórica, Aristóteles exemplifica os seguintes lugares-comuns: o possível e o impossível; e, a diminuição e a amplificação.⁸⁵² Theodor Viehweg, conforme apresentado anteriormente, afirma que os *topoi* devem ser entendidos sob a perspectiva de sua função, no sentido de orientar e conduzir o pensamento; e, desse modo, esse autor delimita que enquanto a tópica determina como as premissas serão desvendadas, a lógica, por outro lado, acolhe essas premissas, e as elabora.⁸⁵³ No caso do problema de pesquisa colocado nesta tese, verificou-se a determinação de certas premissas - que foram desenvolvidas numa perspectiva de encadeamento lógico, jurídico e científico. O problema tem sido guiado por uma hipótese inicial - como também, a apresentação de lugares-comuns do campo jurídico-social que são desvelados e desenvolvidos no decorrer dos capítulos.

Ademais, faz-se preciso pontuar que se, por um lado, há lugares comuns⁸⁵⁴ do campo jurídico-social que auxiliam na resolução do problema de pesquisa apontado, por outro lado, há uma outra categoria de lugar-comum, destituído de racionalidade (falta de *logos*), e que se apoia nas emoções suscitadas no público ouvinte (*pathos*), como também no caráter inerente ao orador (*ethos*), conforme a classificação aristotélica⁸⁵⁵ já explicitada na seção 4.3. Essa categoria de lugar-comum, fora da racionalidade, não deixa de consubstanciar-se em um tipo de discurso, considerando-se que há lugares-comuns que não são do direito, do âmbito

⁸⁵² ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 202-205.

⁸⁵³ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 25-27.

⁸⁵⁴ O conceito, em termos gerais, de lugar-comum é desenvolvido por Aristóteles em seu “Órganon”, na parte dos “Tópicos”. Aristóteles disserta acerca de alguns lugares-comuns, como o lugar onde se firmam sentidos para distintos objetos; o lugar de se efetivar a transformação de um problema em uma proposição, da qual objeções podem ser levantadas; e o lugar de se delimitar em qual ramo do conhecimento se encontra uma determinada disciplina.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007. p. 272-276.

⁸⁵⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 95-97.

jurídico⁸⁵⁶, e compreendem preconceitos negativos e discriminação contra pessoas, o que fomenta a exclusão social e a não concretização dos direitos humanos, especialmente de indivíduos que fazem parte de grupos vulneráveis.

Enoque Feitosa assevera que a tópica faz parte da retórica, sendo a tópica aplicada no âmbito jurídico abordando o direito de modo descritivo – como ele se apresenta, e não como deveria se apresentar, conforme esse autor.⁸⁵⁷ Aristóteles – na parte dos “Tópicos” da sua obra do *Órganon* – afirma que os argumentos são originados a partir de proposições; e que estas, assim como os problemas, têm a característica de indicar pelo menos um dos seguintes elementos, visto que são constituídos por eles: gênero; propriedade (subdividida em: definição, que possui a parte essencial; e propriedades, que se constitui na parte restante); e acidente. Assim, são quatro os caracteres trazidos por Aristóteles e que constituem as proposições e os problemas, conforme esse autor: gênero (refere-se ao caráter substancial de algo, relacionado à tipologia que o caracteriza); definição (delimita a essência de algo); propriedades (não possui a essência, entretanto está intrinsecamente ligada, de forma exclusiva, a algo); e acidente (é um elemento que pode se manifestar ou não, dependendo das circunstâncias em que algo se encontre).⁸⁵⁸ Ademais, Aristóteles explicita que os supracitados quatro caracteres que constituem as proposições e os problemas são encontrados em dez distintas categorias, sendo elas: “essência, quantidade, qualidade, relação, lugar, tempo, posição, estado, ação, paixão”⁸⁵⁹.

De acordo com Viehweg, a tópica pode apresentar distintas opções de hermenêutica⁸⁶⁰, podendo haver a manutenção de possibilidades anteriores já devidamente firmadas; e, conforme esse autor, essas possibilidades anteriores, já firmadas, podem ser colocadas sob novas perspectivas.⁸⁶¹ Verifica-se, em conformidade com o que foi articulado, que a tópica pode ser utilizada e aplicada na análise do problema de pesquisa exposto em interação com a hipótese trazida no início da pesquisa; assevera-se que essa estrutura pode conduzir a uma hermenêutica

⁸⁵⁶ Agradecimentos ao Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba por, em sede de exame de qualificação e, posteriormente, em banca de defesa, destacar a classificação desse outro tipo de lugar-comum.

⁸⁵⁷ FEITOSA, Enoque. Notas para um diálogo entre tópica e retórica enquanto modelos descritivos. In: ROESLER, Claudia; REIS, Isaac; SANTOS, Celso R. L. dos (org.). **Tópica e discurso: reflexões sobre o direito como prática social**. Curitiba: Alteridade Editora, 2022. p. 48-50.

⁸⁵⁸ ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007. p. 236-241.

⁸⁵⁹ **Ibid.** p. 245.

⁸⁶⁰ Juan Antonio García Amado, ao analisar a tópica, compreende que a aplicabilidade da tópica no contexto da obra de Theodor Viehweg se vincula a matérias associadas à atuação humana, como o caso do campo do direito; no qual ao se determinar uma resposta para um determinado problema, não elimina a possibilidade de respostas alternativas, conforme esse autor.

AMADO, Juan Antonio García. **Teorías de la tópica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 73-78.

⁸⁶¹ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law: a contribution to basic research in law**. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 30.

jurídica inovadora na resolução dos casos concretos de discurso de ódio em face de grupos vulneráveis, partindo da já apresentada hipótese de que esse tipo de discurso não se harmoniza com o atual direito brasileiro e gera implicações ou impactos danosos nos contextos político e social.

Ressalta-se que, conforme examinado na seção anterior – acerca da jurisprudência da Corte Constitucional brasileira – a primeira parte da hipótese, que trata da não harmonização do discurso de ódio com o atual direito brasileiro, se confirma na teoria, com a observância das normas jurídicas aplicáveis; e se confirma na prática, inclusive com a análise de julgados significativamente recentes e atuais do Supremo Tribunal Federal, com repercussões para a hermenêutica jurídica em todo o território nacional. Quanto à segunda parte da hipótese, acerca das implicações danosas nos planos político e social, isso será mais especificamente abordado no próximo capítulo, anterior à conclusão, e considerando-se o que foi evidenciado nos capítulos antecedentes.

4.3.3 Perspectiva de uma hermenêutica jurídica inovadora

Tendo em consideração a crescente complexidade e surgimento de fenômenos que ocorrem na sociedade com implicações jurídicas e sociais, afirma-se que uma hermenêutica jurídica inovadora será sempre necessária num meio social organizado sob um Estado Democrático de Direito. O direito precisa acompanhar a sociedade que, por sua vez, gera realidades, ou é submetida a realidades, que ainda não foram completamente, em seus detalhes, previstas no sentido de já haver uma solução jurídica pronta, preparada. Desse modo, caberá aos operadores do direito – com a cooperação da sociedade e suas organizações e entidades (por exemplo, no papel de *amicus curiae*, amigo da corte) – proporcionar soluções que serão alcançadas a partir de, a depender do caso, uma hermenêutica jurídica inovadora.

Karl Popper, em suas reflexões acerca da passagem ou transição da sociedade fechada (isto é, tribal) para a sociedade aberta, que remonta desde os tempos da Grécia antiga, antes de Cristo, até a atualidade, desvela que essa passagem consistiu numa das maiores mudanças pelas quais a humanidade já passou; uma revolução que, conforme esse autor, aparenta estar em seu

início.⁸⁶² Karl Popper considera que: “Talvez a mais poderosa causa da queda da sociedade fechada tenha sido o desenvolvimento das comunicações marítimas e do comércio”⁸⁶³.

Um exemplo de um fenômeno com proporções nacionais e internacionais, complexas e inesperadas para o mundo atual, foi a pandemia do novo coronavírus (COVID-19)⁸⁶⁴. Esse fenômeno demandou um enorme esforço de várias áreas do conhecimento científico, o direito entre elas – na regulação, normatização e interpretação jurídica de situações completamente inusitadas⁸⁶⁵.

No caso do fenômeno do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis, no direito brasileiro, o problema que se coloca é acerca de que modelo jurídico, e sua hermenêutica, seria eficaz, concreto, do ponto de vista do direito e sob a perspectiva social, para preservar os direitos em tensão na problemática, tendo em conta a peculiar transição que o Brasil teve de um regime ditatorial para a democracia. Assevera-se que para solucionar esse problema de pesquisa, e guiando-se pela hipótese já apresentada anteriormente, desenvolve-se a perspectiva de uma hermenêutica jurídica inovadora. Como já se constatou, o discurso de ódio contra grupos vulneráveis não se harmoniza com o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos – inclusive, com respaldo em jurisprudência bastante atual do Supremo Tribunal Federal – e, ao mesmo tempo, a liberdade de expressão, que não pode ser confundida com discurso de ódio, é um dos pilares do regime democrático, e essa liberdade já foi intensamente reprimida de forma institucionalizada pelo Estado em período ditatorial recente (1964-1985).

A perspectiva de uma hermenêutica jurídica inovadora surge também da demanda por se identificar, em casos limítrofes, por exemplo, até que ponto vai a proteção da liberdade de expressão quanto ao problema de pesquisa levantado. Preliminarmente – e conforme já

⁸⁶² POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**: 1º volume. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. (Coleção Espírito do nosso tempo). Tradução de: Milton Amado. p. 184-191.

⁸⁶³ **Ibid.** p. 192-193.

⁸⁶⁴ Conforme dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), a pandemia do vírus da COVID-19 foi declarada como uma emergência de saúde pública, com amplitude internacional, em janeiro de 2020. E apenas em maio de 2023 que a Organização Mundial da Saúde considerou o fim da doença como uma emergência de saúde pública de âmbito global, apesar de a COVID-19 continuar matando as pessoas, com riscos de transformações do vírus em novas variantes, conforme a OMS.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Chefe da Organização Mundial da Saúde declara o fim da COVID-19 como uma emergência de saúde global**. 2023. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/230307-chefe-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-sa%C3%BAde-declara-o-fim-da-covid-19-como-uma-emerg%C3%AAncia-de-sa%C3%BAde>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

⁸⁶⁵ Por exemplo, no que se refere à amplitude da competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal no contexto das investigações acerca de *Fake News* relacionadas à pandemia da COVID-19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4888. PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DO SENADO FEDERAL - CPI DA PANDEMIA. JAIR MESSIAS BOLSONARO. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2021. **Processo Eletrônico Dje-246 Divulg 14/12/2021 Public 15/12/2021**. Brasília, 15 dez. 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1262358/false>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

explicitado – afirma-se que essa proteção não é legítima para discursos de ódio em face de grupos vulneráveis. Nesse ponto, já há um limite para a proteção emanada da liberdade de expressão, visto que esta é incompatível com discursos discriminatórios que violam a dignidade das pessoas.

Michel Troper – ao tratar acerca do objeto da interpretação – delimita como esse objeto o enunciado normativo que, ao ser interpretado, exprime uma norma jurídica; mas também os fatos, conforme esse autor, são objeto da interpretação; Troper exemplifica o caso da interpretação realizada por um tribunal a fim de se averiguar se um determinado fato está configurado como um crime.⁸⁶⁶ Desse modo, outro ponto a ser visto, já no próximo capítulo, especificamente no tópico acerca da aplicabilidade de uma hermenêutica jurídica inovadora, será a retomada do conceito e extensão do fenômeno do discurso de ódio; visto que esse conceito, e a delimitação da sua extensão, é fundamental ao jurista, ao intérprete, na análise de casos concretos para se identificar se realmente houve um discurso de ódio em face de grupos vulneráveis ou, por outro lado, se foi uma manifestação legítima da liberdade de expressão.

A aplicação da tópica de Theodor Viehweg, com fundamentos em Aristóteles⁸⁶⁷ – abordada na seção anterior – ao problema de pesquisa explicitado nesta tese, com sua hipótese, objetivos, referencial e método, pode configurar-se numa hermenêutica jurídica inovadora. E o aprofundamento dessa hermenêutica – conforme Theodor Viehweg, a tópica fornece um auxílio na atividade hermenêutica, em que novas formas de entendimento podem ser alcançadas, conforme esse autor⁸⁶⁸ – será explorado no próximo capítulo, que aborda a parte final da hipótese levantada no início da pesquisa.

Desse modo, as premissas desenvolvidas nesta tese – ao longo dos capítulos, considerando-se o problema de pesquisa analisado – são as seguintes: 1) A evolução histórica das declarações de direitos e a mudança paradigmática após o fim da segunda guerra mundial, sob o prisma da teoria do direito; 2) A problemática das colisões ou tensões entre direitos e princípios; 3) Identificação de que, numa abordagem realista, no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, há uma conjuntura na qual se identificam resquícios jurídico-sociais de período ditatorial relativamente recente (1964-1985); e 4) A delimitação conceitual e prática de categorias essenciais para a pesquisa – o discurso de ódio; os grupos vulneráveis; a extensão de direitos e princípios pertinentes à pesquisa; as relações entre argumentação e hermenêutica; e a

⁸⁶⁶ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró. p. 132-134.

⁸⁶⁷ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 10.

⁸⁶⁸ **Ibid.** p. 30.

jurisprudência aplicável da Corte Constitucional brasileira. Há uma relação intrínseca existente entre a argumentação e a hermenêutica, e a tópica jurídica. Conforme Theodor Viehweg, a tópica consubstancia-se em uma técnica orientada a partir do problema, sendo desenvolvida pela própria retórica⁸⁶⁹.

A primeira premissa – evolução histórica das declarações de direitos e a mudança paradigmática após o fim da segunda guerra mundial – assume essa posição de primazia pois é nessa conjuntura, que foi desvelada no segundo capítulo desta tese, na qual o direito brasileiro no contexto do Estado Democrático de Direito se insere; com uma proeminência da busca pela concretização da dignidade humana e dos direitos humanos, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988⁸⁷⁰. Tendo em vista esse caráter basilar, em outras palavras, conjuntural, da primeira premissa, ela se relaciona diretamente com a segunda, a terceira e a quarta premissas.

Interessante notar que toda a conjuntura propiciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁷¹, como também pelos Pactos de 1966⁸⁷², no sistema global de proteção aos direitos humanos, não deixa de ser uma resposta com uma carga inicial ou preliminarmente tópica, direcionada a um enorme problema ocorrido num período específico da história, isto é, as atrocidades que ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, de 1939 a 1945, com destaque para as violações perpetradas pelo regime nazista alemão, inclusive contra grupos específicos da população. Esse caráter inicial ou preliminar tópico está no fato de que, para além de auxiliar na reparação de todos os danos que já ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial – nesse ponto está o caráter tópico inicial –, a estrutura normativa dos direitos humanos termina por criar um substrato de proteção que tem o potencial de evitar que outras tragédias de direitos humanos ocorram no futuro, isto é, ficou algo de permanente, e nesse ponto se ultrapassa a questão em seu aspecto tópico.

Logo, algo que teve uma influência inicial tópica – Theodor Viehweg explicita que, para Aristóteles, os *topoi* são visões geralmente aceitáveis que podem ser utilizadas de modo favorável ou contrário, no contexto de opiniões respeitáveis, e que podem levar a algo

⁸⁶⁹ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 1.

⁸⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁸⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁸⁷² BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 07 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 07 jan. 2024.

verdadeiro⁸⁷³ – termina por fomentar uma dogmática protetiva dos direitos humanos que permanece, mas que diante do constante surgimento de novos problemas e da demanda por evolução e efetividade dos direitos humanos, a tópica termina por ser uma ferramenta que retorna de forma cíclica, e com a capacidade de promover novos avanços nas ciências jurídicas e na concretização da dignidade humana.

A segunda premissa – a problemática das tensões entre direitos e princípios – constitui uma evidência do caráter imprescindível da tópica jurídica para a pesquisa, uma vez que, apesar da existência e desenvolvimento de todo o substrato da primeira premissa, no Estado Democrático de Direito a problemática das colisões ou tensões entre direitos e princípios fundamentais é algo presente, constante; e que exige um esforço significativo dos operadores do direito para a resolução de problemas que podem ser, não raro, complexos e limítrofes quanto aos fatos ou mesmo quanto à interpretação e aplicabilidade do direito aos fatos.

A terceira premissa – que consiste na identificação da conjuntura em que se identificam resquícios jurídico-sociais do período ditatorial relativamente recente, no atual Estado Democrático de Direito brasileiro –, desenvolvida no terceiro capítulo desta tese, refere-se a um contexto factual e jurídico com implicações na atualidade e que precisa ser levado em consideração na pesquisa: primeiramente, pelo descaso com a regulamentação jurídica e das políticas públicas para com os grupos vulneráveis durante o período ditatorial brasileiro; e, ademais, a situação de que durante a ditadura a liberdade de expressão foi intensamente restringida, e no âmbito da democracia há uma forte demanda pelo cumprimento e proteção integral dessa liberdade – sem deixar de considerar, porém, que o direito à liberdade de expressão não permite a manifestação de discursos de ódio, e que abusos desse direito não se encontram na área protetiva constitucionalmente assegurada.

Assevera-se que essa terceira premissa se relaciona diretamente com as duas anteriores. Isso porque no substrato normativo protetivo dos direitos humanos a problemática das tensões entre direitos e princípios se faz presente e possui especial relevância no contexto do direito brasileiro, e de sua relativamente recente transição de um regime ditatorial para a democracia. Considerando-se, nessa ótica, as contradições e problemas jurídico-sociais que possam restar dos anos ditatoriais e alcançar o sistema democrático⁸⁷⁴.

⁸⁷³ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 11.

⁸⁷⁴ Por exemplo – conforme visto no Capítulo 3, acerca da evolução histórico-jurídica do ordenamento brasileiro –, o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, que questionou a aplicabilidade da Lei nº 5.250/1967, a Lei de Imprensa, após o fim do período ditatorial. Destaca-se que a Lei de Imprensa de 1967 possuía um excessivo caráter restritivo do direito à liberdade de expressão e informação, com

E no que se refere à quarta premissa – que consiste no detalhamento da delimitação conceitual e prática de categorias fundamentais para a pesquisa, como o discurso de ódio, os grupos vulneráveis, a extensão de direitos e princípios pertinentes, as relações entre argumentação e hermenêutica, e a jurisprudência aplicável da Corte Constitucional brasileira – explorada neste capítulo, no quarto capítulo da tese; assevera-se que essa premissa, com base no que foi explorado nas três premissas anteriores, tem a função de especificar de forma mais aprofundada conceitos e ferramentas necessárias para a análise jurídica e tópica de situações de discursos de ódio em face de grupos vulneráveis, no âmbito do direito brasileiro.

Assim, com base nessas premissas – conforme a tópica jurídica de Theodor Viehweg, se procura materialmente relevantes e férteis premissas, a fim de se alcançar conclusões que possam demonstrar algo revelador⁸⁷⁵ –, direciona-se para o aperfeiçoamento da aplicabilidade da hermenêutica jurídica, com fundamentos na tópica, que aborda a parte final da hipótese explicitada no início da pesquisa, como também se responderá ao problema⁸⁷⁶ levantado, acerca de qual modelo – e sua respectiva hermenêutica jurídica – seria eficaz, tendo em vista o aspecto jurídico e o aspecto social, relacionado ao desenvolvimento, para conciliar os direitos em tensão nos casos de discursos de ódio no Brasil.

foco na punição de pessoas que supostamente abusassem desse direito. A Corte Constitucional brasileira, por meio do seu Tribunal Pleno, no julgamento da ADPF nº 130, no ano de 2009, entendeu pela não recepção em bloco do conteúdo da Lei de Imprensa, com fundamento na sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Nota-se que o julgamento dessa ADPF foi realizado mais de duas décadas após o fim da ditadura militar.

BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 130. Relator: Min. Carlos Britto. **ADPF nº 130/DF - Distrito Federal**. DF, 06 nov. 2009. p. 1-334. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 1-12.

Para uma análise específica acerca do caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130:

BRITO, Felipe Peixoto de. Constituição e cidadania no Estado brasileiro: a transição da ditadura militar até o período democrático após a Constituição de 1988. In: SIQUEIRA, Adriana Castelo Branco de; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa (org.). **Direitos humanos e desenvolvimento**: diálogos contemporâneos. Teresina: EDUFPI, 2023. p. 98-116.

⁸⁷⁵ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 22.

⁸⁷⁶ Theodor Viehweg assevera que o problema se configura numa categoria central ao se realizar um exame da tópica; e que somente o problema em específico proporciona a demanda por ponderações no caso concreto. **Ibid.** p. 19.

5 O IMPACTO POLÍTICO-SOCIAL DO DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL

Tendo por fundamento as quatro premissas tópicas desenvolvidas anteriormente, e com foco no problema de pesquisa levantado, neste capítulo é abordada a relação entre o direito e o desenvolvimento – em que este é examinado a partir do Estado e da sociedade, com um recorte no desenvolvimento econômico-social e político; tendo por base o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos.

Nesse âmbito, são explorados aspectos jurídico-sociais do fenômeno do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, sob uma análise tópica, explicitando-se dois grupos sociais em evidência no Brasil: os afrodescendentes e a comunidade LGBTI+. A análise específica de casos concretos em relação a esses dois grupos vulneráveis é realizada tendo em consideração a pesquisa ter apontado precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal que envolvem a questão do discurso de ódio contra esses grupos; e que o recorte metodológico da investigação de casos concretos foca nas situações que chegaram a ser julgadas pela Corte Constitucional brasileira, a partir do paradigma estabelecido pelo julgamento anterior do *Habeas Corpus* nº 82424/RS – o caso Ellwanger. É realizado um estudo preliminar desses dois grupos vulneráveis, inclusive com a análise de dados estatísticos de órgãos e entidades pertinentes à pesquisa, como a Anistia Internacional, o Grupo Gay da Bahia e o Observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil. Após a análise preliminar desses dois grupos vulneráveis, os afrodescendentes e a comunidade LGBTI+, em seus respectivos subtópicos, é feito um exame de casos concretos julgados pela Corte Constitucional brasileira envolvendo a análise do discurso de ódio contra cada um desses grupos, sob o prisma da tópica jurídica.

Ademais, aborda-se o fenômeno do discurso de ódio no contexto do Estado Democrático de Direito, com uma abordagem do impacto desse tipo de discurso em distintos âmbitos – político e social – e a aplicabilidade de uma hermenêutica jurídica inovadora, com fundamentos no que foi desenvolvido na pesquisa. Também se realiza uma abordagem das contribuições e limitações das ciências jurídicas para a solução do problema do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, com a investigação do papel do Estado Democrático de Direito no combate ao discurso de ódio e a consequente busca pela interdisciplinaridade.

5.1 Direito, desenvolvimento e pacificação social

Nesta parte do capítulo explora-se a relação entre o direito e o desenvolvimento; sendo o desenvolvimento visualizado a partir do Estado e da sociedade, com um recorte metodológico no desenvolvimento econômico-social e político, sob a perspectiva do direito constitucional brasileiro e do direito internacional dos direitos humanos. Evidencia-se como a busca pelo desenvolvimento se conecta com a finalidade de se alcançar um meio social no qual sejam combatidos o preconceito e a discriminação de caráter negativo, especialmente em face de grupos vulneráveis.

Realizado esse exame da relação entre o direito e o desenvolvimento, em seguida é feita uma análise da pacificação social promovida pelas ciências jurídicas. Esse tópico da pacificação social, que pode ser alcançada a partir do direito, também se relaciona com o alcance e manutenção do desenvolvimento, na medida em que um Estado que, por meio do direito, promove a paz social, possui condições de manter um ambiente institucional propício ao desenvolvimento da sociedade e do próprio ente estatal em si.

5.1.1 O direito e sua relação com o desenvolvimento

Nesta tese a relação entre o direito e o desenvolvimento perpassa a garantia e concretização dos direitos humanos. Nesse sentido, a perspectiva jurídica que é utilizada para alcançar o desenvolvimento econômico⁸⁷⁷-social e político – no âmbito da sociedade brasileira – é a da maior proteção e eficácia possíveis para os direitos humanos. Logo, nesta pesquisa, o contexto central que conecta o direito ao desenvolvimento tem sua base e estrutura fundamentais a partir dos direitos humanos e sob a perspectiva do direito constitucional brasileiro.

O desenvolvimento, no plano do ordenamento jurídico brasileiro, é previsto e garantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸⁷⁸. O preâmbulo da Constituição brasileira explicita o desenvolvimento com um dos valores, de caráter supremo, “de uma

⁸⁷⁷ Sobre a relação entre direitos humanos e desenvolvimento econômico, aponta-se pertinente reflexão do autor Fábio Konder Comparato acerca da Organização Mundial do Comércio (OMC): “No tocante à OMC, é preciso entender que o comércio internacional somente é útil e deve ser expandido quando serve à finalidade maior do desenvolvimento harmônico dos povos, no respeito integral dos direitos humanos”.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 557.

⁸⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”⁸⁷⁹. E o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu inciso II, como um dos objetivos fundamentais da República brasileira, a garantia do desenvolvimento nacional⁸⁸⁰; interessante ressaltar que nesse mesmo art. 3º da Carta Magna há um outro objetivo fundamental que é explicitado, no inc. IV, que é a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁸⁸¹.

Verifica-se que, assim como no preâmbulo, no artigo 3º da Constituição brasileira o desenvolvimento perpassa, de forma próxima, a promoção de uma sociedade sem discriminação e preconceitos⁸⁸². No que se refere ao objeto desta pesquisa – na busca pela diminuição do fenômeno ilícito do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis, quando configurado, a partir de um exame jurídico-social –, há uma relação da pesquisa com os dois elementos supracitados: o desenvolvimento, de um lado; e evitar-se preconceitos e discriminação na sociedade brasileira, por outro lado. A partir do que dispõe a própria Constituição Federal de 1988, pode-se concluir que, seguindo os valores e objetivos elencados pela Carta Magna, o desenvolvimento e a garantia de uma sociedade sem discriminações e preconceitos são finalidades essenciais⁸⁸³ e que, por isso mesmo, tem de ser buscadas pelos Poderes da República, inclusive por meio de políticas públicas, de forma igualmente prioritária.

De acordo com Gilberto Bercovici, a política brasileira acerca do desenvolvimento foi fundamentada pela teoria do subdesenvolvimento da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), com muita influência entre os anos de 1949 e 1964, com o fomento do intervencionismo e do industrialismo que havia no Estado brasileiro desde 1930, conforme esse autor.⁸⁸⁴ Gilberto Bercovici assevera que para o alcance do bem-estar social faz-se preciso que haja o desenvolvimento, como uma condição essencial para esse alcance; e que é o Estado, por meio do planejamento, que se configura na principal entidade de promoção do desenvolvimento; com as reformas estruturais como algo fundamental no âmbito dos países subdesenvolvidos quanto à política econômica e, por consequência, no que concerne à política

⁸⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁸⁸⁰ **Ibid.**

⁸⁸¹ **Ibid.**

⁸⁸² **Ibid.**

⁸⁸³ **Ibid.**

⁸⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 108.

de desenvolvimento; e, no contexto da CEPAL, o Estado latino-americano tendo o fator periférico como especificidade mais relevante, conforme Gilberto Bercovici.⁸⁸⁵

Como destaca Gilberto Bercovici, o Estado é considerado como o principal ente fomentador do desenvolvimento⁸⁸⁶; e, como pontuado anteriormente, a interação entre o direito e o desenvolvimento perpassa, nesta tese, a garantia e concretização dos direitos humanos. Assim, pode-se afirmar que a promoção dos direitos humanos no País é uma finalidade essencial do Estado Democrático de Direito brasileiro⁸⁸⁷, não apenas porque é algo inerente à concretização do ordenamento jurídico, com a efetividade dos direitos humanos e a garantia da dignidade humana, mas também como algo primordial para a consecução do desenvolvimento no Brasil. Explicita Gilberto Bercovici que “é necessária uma política deliberada de desenvolvimento, em que se garanta tanto o desenvolvimento econômico como o desenvolvimento social, dada a sua interdependência”⁸⁸⁸, e esse autor faz uma crítica ao processo de desenvolvimento do Estado brasileiro, no sentido de que:

O Estado brasileiro constituído após a Revolução de 1930, é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: **moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais.**⁸⁸⁹ (Grifos nossos).

Averigua-se que Gilberto Bercovici explicita as contradições do processo de desenvolvimento do Brasil, com um destaque para as falhas estatais quanto ao âmbito social no País.⁸⁹⁰ Pode-se afirmar que a concretização dos direitos humanos de todas as pessoas, e especialmente daquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade social, com mais obstáculos para a efetivação dos seus direitos, constitui uma das carências sociais no contexto do Estado brasileiro.

⁸⁸⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 111-112.

⁸⁸⁶ **Ibid.** p. 111-112.

⁸⁸⁷ A Constituição Federal de 1988 destaca - em seu art. 4º, inc. II - como um dos princípios que regem a República brasileira nas suas relações internacionais a preponderância dos direitos humanos, *in verbis*:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - *prevalência dos direitos humanos*; [...]”. (Grifos nossos).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁸⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 113.

⁸⁸⁹ **Ibid.** p. 117.

⁸⁹⁰ **Ibid.** p. 117.

Sobre a efetividade dos direitos, Amartya Sen traz a reflexão de que para alcançar-se o desenvolvimento em uma sociedade, há uma necessidade elementar de que sejam retiradas as causas de restrição de liberdade; que estariam relacionadas com a carência econômico-social e os regimes autoritários que negam as liberdades civis. Verifica-se que Amartya Sen contempla tanto a demanda básica de implementação dos direitos econômicos e sociais quanto a efetividade dos direitos civis e políticos. Conforme Amartya Sen, é preciso que haja a concretização desses direitos para que as pessoas possuam a capacidade de serem agentes livres no meio social e apenas assim o desenvolvimento poderia ser, por consequência, alcançado.⁸⁹¹

Feitas essas considerações, cumpre voltar para a análise do desenvolvimento na Carta Magna brasileira. O art. 21 da Constituição Federal de 1988, em seu inciso IX, elenca como uma das competências da União a elaboração e execução de “planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”⁸⁹²; nesse contexto, a União, como ente jurídico-político que representa a República brasileira tem uma função basilar na estruturação do desenvolvimento econômico-social que irá impactar o Estado como um todo e os demais entes federativos.

Acerca da atuação do Poder Executivo Federal na elaboração e execução de políticas públicas, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea) disponibiliza, por meio de uma plataforma específica, as políticas públicas no âmbito do ente federativo da União, nas últimas décadas, com um total de 24 (vinte e quatro) áreas temáticas atualmente: Administração Pública; Agropecuária e Agrária; Assistência Social; Ciência e Tecnologia; Comunicação; Cultura; Defesa Nacional; Desenvolvimento Regional; Direitos Humanos; Educação; Gênero; Habitação e Urbanismo; Igualdade Racial; Indústria e Comércio; Infraestrutura; Justiça e Segurança Pública; Meio Ambiente; Política Econômica; Previdência; Relações Exteriores; Saúde; Segurança Alimentar; Trabalho e Emprego; Turismo, Desporto e Lazer.⁸⁹³

Como pode-se observar, todas as áreas temáticas, ainda que indiretamente, podem ser relacionadas com a concretização dos direitos humanos e o alcance do desenvolvimento no Estado brasileiro, dada a intrínseca relação desses dois componentes com a própria efetivação da Constituição Federal de 1988⁸⁹⁴, conforme vem sendo desenvolvido neste tópico. Porém,

⁸⁹¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de: Ricardo Doninelli Mendes. p. 16-18.

⁸⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁸⁹³ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas: Áreas temáticas**. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/areas-tematicas>>. Acesso em: 31 mar. 2024.

⁸⁹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

considerando-se o recorte de análise desta pesquisa cumpre ressaltar duas áreas temáticas, em específico, da plataforma de políticas públicas do Ipea: a de Direitos Humanos e a área do Desenvolvimento Regional.⁸⁹⁵

Quanto à área temática de Direitos Humanos do catálogo de políticas públicas do Ipea, há a previsão de proteção de toda a população, e com um destaque para efetividade dos direitos humanos de grupos vulneráveis, como: afrodescendentes, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, idosos, mulheres, povos e comunidades tradicionais.⁸⁹⁶ A partir dos dados atualmente disponibilizados pelo Ipea, nota-se que essas políticas públicas vêm sendo fomentadas desde o ano de 1993 até o ano de 2023, isto é, todas essas políticas inserem-se após

⁸⁹⁵ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas: Áreas temáticas**. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/areas-tematicas>>. Acesso em: 31 mar. 2024.

⁸⁹⁶ Dados das políticas públicas a partir do ano de 1993 e disponíveis no catálogo do Ipea na área temática de Direitos humanos; são apresentadas as seguintes políticas públicas, com o respectivo ano de implantação: Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (1993); Política Nacional da Pessoa Idosa (1994); Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas (1999); Programa Nacional de Ações Afirmativas (2002); Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (2003); Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (2007); Programa Disque Idoso (2007); Política Nacional de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos (2007); Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (2007); Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante (2008); Política Nacional para a População em Situação de Rua (2009); Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Plano Viver sem Limite - 2011); Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (2012); Programa Mulher: Viver sem Violência (2013); Programa Maria da Penha vai à escola (2015); Programa de Combate à Intimidação Sistemática (2015); Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores (2016); Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (2016); Programa Nacional de Voluntariado (2017); Programa Meninas nas Ciências Exatas, Engenharias e Computação (2019); Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas (2019); Programa Viver - Envelhecimento Ativo e Saudável (2019); Programa Mulher Segura e Protegida (2019); Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas (2019); Política Nacional de Prevenção da Automutilação e Suicídio (2019); Projeto Piloto Mães Unidas (2020); Programa Município Amigo da Família (2020); Estratégia Nacional de Fortalecimento dos Vínculos Familiares (2020); Projeto Piloto Mais Mulheres no Poder (2020); Programa Horizontes (2020); Programa de Equilíbrio Trabalho-Família (2020); Projeto-piloto Qualifica Mulher (2020); Programa Nacional de Educação Continuada em Direitos Humanos, no âmbito do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2021); Programa Nacional de Enfrentamento da Violência contra Crianças e Adolescentes (2021); Programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica (2021); Programa Reconecte (2021); Política Nacional de Dados e Informações relacionadas à Violência contra as Mulheres (2021); Programa Município Amigo da Família (2022); Programa de Operações Especiais de Proteção Etnoambiental e Territorial (2022); Programa de Fortalecimento e Desenvolvimento Institucional de Organizações Periféricas de Defesa dos Direitos Humanos e da Cidadania (2023); Política Nacional de Atenção à Pessoa Egressa do Sistema Prisional (2023); Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2023); Programa Envelhecer nos Territórios (2023); Programa Viva Mais Cidadania (2023); Programa Pontos de Apoio da Rua (2023); Programa Quintais Produtivos para Mulheres Rurais (2023); Programa Cidadania Marajó para enfrentamento ao abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes e promoção de direitos humanos e acesso a políticas públicas no Arquipélago de Marajó/PA (2023); Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça (2023); Programa “Oi, Mulheres!” (2023); Programa Federal de Ações Afirmativas (2023); Programa Nacional de Fortalecimento das Casas de Acolhimento LGBTQIA+ (2023).

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas: Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/area-tematica/3/direitos-humanos>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

o período da ditadura militar brasileira (1964-1985) e posteriormente à promulgação da Carta Magna de 1988⁸⁹⁷.

Essa evidência reforça a compreensão de que a Constituição Federal de 1988 – após todos os problemas enfrentados pela população brasileira durante a ditadura militar, em especial os grupos vulneráveis – proporcionou uma estrutura jurídica basilar para a concretização da cidadania no Brasil, com a demanda por políticas públicas que possam garantir os direitos das pessoas, com destaque para os direitos relacionados com a cidadania. Constata-se, a partir das políticas públicas catalogadas pelo Ipea, que essas políticas – que na atualidade vão desde 1993 até 2023 –, têm sido fomentadas continuamente, ano após ano⁸⁹⁸, e isso indica uma tendência, como também uma possibilidade, de que haja nos anos seguintes novas políticas públicas com o escopo de dar concretização aos princípios constitucionais.

Já no que concerne às políticas públicas da área temática de Desenvolvimento Regional, catalogadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, são explicitadas pela plataforma desse órgão mais de vinte políticas públicas com a finalidade de fomentar e equilibrar o desenvolvimento nas distintas regiões do Brasil.⁸⁹⁹ A partir dos dados atualmente disponibilizados pelo Ipea, verifica-se que as políticas públicas da área de Desenvolvimento Regional foram implementadas desde 1994 até 2023, também posteriores ao período da ditadura militar brasileira (1964-1985) e após à promulgação da Constituição Federal de

⁸⁹⁷ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas**: Direitos Humanos. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/area-tematica/3/direitos-humanos>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

⁸⁹⁸ **Ibid.**

⁸⁹⁹ Dados das políticas públicas a partir do ano de 1994 e disponíveis no catálogo do Ipea na área temática de Desenvolvimento Regional; são apresentadas as seguintes políticas públicas, com o respectivo ano de implantação: Política Nacional de Defesa Civil – PNDC (1994); Proágua Semiárido (1998); Política Nacional de Ordenamento Territorial (2003); Programa de Desenvolvimento Integrado e Sustentável do Semiárido – Conviver (2004); Programa de Promoção e Inserção Econômica de Sub-regiões – Promover (2004); Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira – PDFF (2004); Programa de Organização Produtiva de Comunidades Pobres – Produzir (2004); Plano Estratégico de Desenvolvimento Sustentável do Semi-árido – PDSA (2005); Plano de Desenvolvimento Territorial Sustentável para o Arquipélago do Marajó (2006); Projeto de Integração do Rio São Francisco – PISF (2006); Política Nacional de Desenvolvimento Regional (2007); Plano de Desenvolvimento Territorial Sustentável para a área de influência da Rodovia BR-163 no Trecho Cuiabá/MT - Santarém/PA – Plano BR-163 Sustentável (2007); Plano Regional de Desenvolvimento da Amazônia – PRDA (2007); Plano Regional de Desenvolvimento do Nordeste – PRDNE (2007); Plano Amazonia Sustentável - PAS (2008); Plano Regional de Desenvolvimento do Centro Oeste (2009); Programa de Promoção da Sustentabilidade dos Espaços Sub-regionais – PROMESO (2009); Plano de Desenvolvimento Territorial Sustentável do Xingu (2010); Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC (2012); Programa Rotas de Integração Nacional (2014); Plano de Desenvolvimento e Integração Fronteiriço – PDIF (2017); Programa Abraça o Marajó (2020); Plano Nossa Amazônia (2022); Plano Amazônia: Segurança e Soberania (2023).

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas**: Desenvolvimento Regional. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/area-tematica/5/desenvolvimento-regional>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

1988⁹⁰⁰. E pode-se afirmar que, do mesmo modo que no caso das políticas públicas da área temática de Direitos Humanos⁹⁰¹, identifica-se uma tendência e uma possibilidade de que nos anos seguintes sejam consolidadas novas políticas públicas da área temática de Desenvolvimento Regional, com a finalidade de efetivar os princípios constitucionais; considerando-se que essas políticas vêm se sucedendo, ano após ano⁹⁰².

Há normatização a partir da Constituição Federal acerca das competências estatais quanto ao desenvolvimento, assim, o art. 23 da Constituição Federal dispõe sobre a competência comum dos entes federativos - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e entre as competências elencadas está o zelo para com a Carta Magna, a legislação e as instituições democráticas (inc. I); o cuidado com a saúde e as garantias das pessoas com deficiência (inc. II); o acesso à educação, ciência e cultura (inc. V); o combate às causas da pobreza e da marginalização, com a promoção da integração dos setores que são desfavorecidos (inc. X); entre outros.⁹⁰³ No parágrafo único desse mesmo dispositivo, do art. 23 da Constituição, é estipulado que considerando-se o desenvolvimento e o bem-estar na esfera nacional, normas que têm por escopo a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, serão fixadas por meio de leis complementares.⁹⁰⁴ Já no que se refere à competência especificamente legislativa quanto ao alcance do desenvolvimento, o art. 24 da Constituição dispõe sobre a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para diversas matérias, estando entre elas a competência para legislar sobre “educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação”⁹⁰⁵, conforme exposto pelo inc. IX do art. 24.⁹⁰⁶ O art. 48 da Constituição brasileira determina que dispor acerca das matérias de competência da União é atribuição do Congresso Nacional, inclusive, conforme explicita o inc. IV desse dispositivo para os “planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento”⁹⁰⁷.

Ademais, o art. 174 da Constituição Federal, em seu *caput* e § 1º, estipula que:

⁹⁰⁰ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas**: Desenvolvimento Regional. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/area-tematica/5/desenvolvimento-regional>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

⁹⁰¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas**: Direitos Humanos. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/area-tematica/3/direitos-humanos>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

⁹⁰² BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas**: Desenvolvimento Regional. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/area-tematica/5/desenvolvimento-regional>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

⁹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁹⁰⁴ **Ibid.**

⁹⁰⁵ **Ibid.**

⁹⁰⁶ **Ibid.**

⁹⁰⁷ **Ibid.**

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o **Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.** § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do **planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado**, o qual incorporará e compatibilizará **os planos nacionais e regionais de desenvolvimento**.⁹⁰⁸ (Grifos nossos).

Conforme explicitado pelo *caput* e § 1º do art. 174 da Constituição, o Estado brasileiro tem o papel essencial – para com a atividade econômica – de agente normativo e regulador, exercendo fiscalização, incentivo e planejamento com impactos diretos no desenvolvimento nacional, com influência nas variadas regiões do Brasil.⁹⁰⁹ Já o art. 180 da Carta Magna determina que: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”⁹¹⁰. Nesse dispositivo em específico, acerca da relação entre desenvolvimento social e econômico e a atividade turística, pode-se ilustrar um exemplo concreto de como os objetivos fundamentais da República brasileira – já apresentados, da garantia do desenvolvimento nacional e da promoção de uma sociedade sem preconceitos e discriminação⁹¹¹ – podem se conectar; considerando-se a possibilidade de casos de preconceito e discriminação negativa, no formato de xenofobia, em face de turistas que estão visitando uma determinada localidade; e a necessidade do Estado e da sociedade como um todo evitarem esse tipo de ação discriminatória danosa.

Quanto aos tratados internacionais adotados pelo Estado brasileiro destaca-se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que em seu artigo 1º garante a autodeterminação dos povos e, conseqüentemente, a garantia do desenvolvimento em seus aspectos econômico, social e cultural⁹¹². E o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também de 1966, de forma bastante similar, assegura em seu primeiro artigo a autodeterminação dos povos e, por consequência, a garantia do desenvolvimento em seus aspectos econômico, social e cultural⁹¹³. Os Pactos Internacionais de 1966 têm a qualidade de,

⁹⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁹⁰⁹ **Ibid.**

⁹¹⁰ **Ibid.**

⁹¹¹ **Ibid.**

⁹¹² BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023.

⁹¹³ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023.

para além de destacar os aspectos econômico e social, também ressaltar o fator do desenvolvimento cultural⁹¹⁴. Conforme explicitado no início deste tópico, o desenvolvimento é analisado a partir do Estado e da sociedade, com um recorte com ênfase no desenvolvimento econômico-social e político; entretanto, cabe a reflexão de que por meio do desenvolvimento nos aspectos econômico-social e político, também termina por se fomentar o desenvolvimento cultural de uma sociedade, numa relação intrínseca entre esses elementos.

Finalmente, ao se abordar sobre o desenvolvimento na atualidade, explicita-se os objetivos de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) para a Agenda 2030 no Brasil e no mundo, são 17 (dezessete) objetivos no total, conforme dados da ONU: a erradicação da pobreza; a fome zero e a agricultura sustentável; a saúde e o bem-estar; a educação de qualidade; a igualdade de gênero; a água potável e o saneamento; a energia limpa e acessível; o trabalho decente e o crescimento econômico; a indústria, inovação e infraestrutura; a redução das desigualdades; as cidades e comunidades sustentáveis; o consumo e produção responsáveis; a ação contra a mudança global do clima; a vida na água; a vida terrestre; a paz, justiça e instituições eficazes; as parcerias e meios de implementação.⁹¹⁵

5.1.2 A pacificação social promovida pelo Direito

Pode-se afirmar que o direito – como um meio de normatização e regulação do Estado, da sociedade e até mesmo da comunidade internacional – tem a possibilidade de ser uma forma de controle social, especialmente por prevenir a ocorrência de conflitos, além de ser um instrumento direto na resolução de problemas e conflitos jurídico-sociais já ocorridos. No final do subtópico anterior foram explicitados os objetivos de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas, para a Agenda 2030 no Brasil e no mundo, e entre esses objetivos está o objetivo de se alcançar a paz, a justiça e instituições eficazes⁹¹⁶. Assevera-se que o direito se constitui num elemento essencial para a consecução desse objetivo da Agenda 2030 da ONU⁹¹⁷. Em outras palavras, o direito configura-se num meio basilar para o alcance

⁹¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023.

⁹¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

⁹¹⁶ **Ibid.**

⁹¹⁷ **Ibid.**

da pacificação social e esta, por sua vez, está intrinsecamente relacionada com a concretização do desenvolvimento, conforme disposto no âmbito da Organização das Nações Unidas⁹¹⁸.

Hans Kelsen, em sua “Teoria geral do direito e do Estado”, articula a ideia de que a maioria das normas do direito internacional demandam a sua complementação por normas internas de cada Estado. Conforme Kelsen, a ordem internacional parte do pressuposto de que existem ordenamentos jurídicos nacionais, e isso destaca a existência da relação entre o direito internacional e o direito interno dos Estados.⁹¹⁹ Hans Kelsen também acentua que, partindo da pressuposição de que o direito internacional constitui-se em uma ordem válida, se uma matéria for juridicamente normatizada pelo direito internacional, logo ela não pode ser normatizada de forma arbitrária no âmbito do direito interno; e que algo divergente do que foi regulamentado na ordem jurídica internacional constitui uma violação do direito internacional.⁹²⁰ Nesse ponto, destaca-se que a observância do direito internacional dos direitos humanos, como parte do direito internacional, identifica-se como um elemento necessário para o alcance da pacificação social a partir do direito.

Hans Kelsen, na obra “Teoria pura do direito”, em reflexões acerca da ordem jurídica, concebe o direito como uma ordem jurídica e social sobre a conduta humana; conforme Kelsen, as normas jurídicas que compõem o direito têm a característica de regular a conduta humana no meio social, isto é, na sociedade; em que as condutas são determinadas pelo direito a partir da premissa – racional ou não, em cada caso concreto ou situação – de que são benéficas para o contexto jurídico-social, conforme esse autor.⁹²¹ Ou seja, conforme o entendimento de Hans Kelsen, o direito – que se constitui numa ordem jurídica e social – é concebido de tal forma que almeja a normatização jurídica de condutas na sociedade, em que haja benefícios para o contexto jurídico-social.⁹²²

Além disso, Hans Kelsen exemplifica que na relação jurídica existente entre o credor e o devedor a norma jurídica, que impõe o dever ao devedor de cumprir a sua obrigação para com o credor, protege não somente o interesse do credor, visto que – primeiramente – o que se protege é o interesse da sociedade no equilíbrio de um sistema econômico em específico.⁹²³ Nota-se que Kelsen enfatiza em primeiro plano a finalidade de proteção, pela norma jurídica,

⁹¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

⁹¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de: Luís Carlos Borges. p. 495.

⁹²⁰ **Ibid.** p. 499.

⁹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: João Baptista Machado. p. 21-23.

⁹²² **Ibid.** p. 21-23.

⁹²³ **Ibid.** p. 23.

do meio social, todavia sem desconsiderar também o interesse do indivíduo no contexto de uma relação jurídica específica.⁹²⁴ Essa reflexão, a partir de Kelsen, evidencia o papel fundamental do direito para as relações jurídico-sociais e demonstra como o direito possui uma função basilar para a sociedade, para o meio social⁹²⁵; o que reforça o entendimento de que o direito tem uma função de normatização e regulação, e pode contribuir decisivamente para o fomento e alcance da pacificação social.

Hans Kelsen – além de caracterizar o direito como uma ordem jurídica e social – também destaca o fator da coatividade dessa ordem, no sentido de que o direito se diferencia das demais ordens sociais na medida em que se configura numa ordem coativa, na medida em que por meio da coação suas determinações são cumpridas, considerando-se a ocorrência de fatos e a respectiva aplicabilidade das normas jurídicas, independentemente da vontade da pessoa impactada pelas decisões jurídicas e, se preciso, com a utilização da força monopolizada pelo Estado.⁹²⁶ A possibilidade que o direito detém de utilização da força monopolizada pelo Estado⁹²⁷ é uma característica significativa para a sua efetividade na sociedade, com uma consequente maior probabilidade de concretização das normas jurídicas; daí a proeminência do direito para a consecução da pacificação social.

Norberto Bobbio – acerca da relação entre o direito e a força – considera que poder e força são aspectos distintos, que não devem ser confundidos; e, conforme esse autor, o poder originário, de forma geral, tem seu substrato não apenas na força, mas também no consenso; Bobbio assevera que para o exercício do poder a força é um elemento necessário, entretanto o poder não é justificado pela força.⁹²⁸ Sob essa perspectiva, Norberto Bobbio concebe o direito, nas palavras desse autor, como um “ordenamento com eficácia reforçada”⁹²⁹. Outrossim, Norberto Bobbio analisa que uma norma em específico pode não ter eficácia, mas ter validade; contudo, esse autor considera que, por outro lado, o ordenamento jurídico como um todo apenas pode ser considerado válido caso tenha eficácia⁹³⁰. A partir dessas reflexões de Bobbio, pode-se afirmar que o direito como um conjunto de normas que compõem um ordenamento jurídico-social precisa ter não apenas validez, mas também eficácia⁹³¹, para a consecução dos seus fins,

⁹²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: João Baptista Machado. p. 23.

⁹²⁵ **Ibid.** p. 23.

⁹²⁶ **Ibid.** p. 23-24.

⁹²⁷ **Ibid.** p. 23-24.

⁹²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc.: Cláudio De Cicco. p. 65-66.

⁹²⁹ **Ibid.** p. 66.

⁹³⁰ **Ibid.** p. 67.

⁹³¹ **Ibid.** p. 67.

entre os quais se ressalta neste tópico o alcance da pacificação social, inclusive para a consecução do desenvolvimento do Estado e da sociedade – como elementos que estão intrinsecamente interligados no Estado Democrático de Direito brasileiro.

5.2 Aspectos jurídico-sociais do fenômeno do discurso de ódio sob uma análise tópica

Nesta parte do capítulo são abordados, de forma exemplificativa, dois grupos sociais vulneráveis que são vítimas do fenômeno do discurso de ódio na realidade brasileira. De forma exemplificativa, porque há outros grupos em situação de vulnerabilidade que podem ser vítimas do fenômeno do discurso de ódio no Brasil; como os grupos vulneráveis apresentados no capítulo anterior, ou mesmo outros grupos em situação de vulnerabilidade que possam surgir socialmente.

Não é um rol taxativo, que possa se esgotar, tendo em vista o caráter dinâmico da sociedade, as mudanças sociais, políticas, econômicas e jurídicas que possam ocorrer, e a constante evolução dos direitos humanos, com a possibilidade de reconhecimento de novos direitos. Os grupos são abordados na realidade social brasileira e, logo em seguida, são analisadas topicamente situações, com exame jurídico, de discurso de ódio em face desses grupos vulneráveis, a partir de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Os dois grupos investigados – e examinados sob a perspectiva da tópica jurídica – são: os afrodescendentes; e a comunidade LGBTI+. Esses dois grupos elencados são explicitamente considerados pela doutrina jurídica⁹³², conforme ressaltado no capítulo anterior, como grupos vulneráveis. O exame desses dois grupos é feito considerando-se o recorte metodológico da pesquisa que parte da análise jurisprudencial de decisões preventivas do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, no âmbito dos julgados da jurisdição constitucional brasileira, há o registro de decisões que envolvem o fenômeno do discurso de ódio contra esses dois grupos.

⁹³² Conforme pode-se verificar em:

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945 p.

Também em:

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 239-377.

5.2.1 O discurso de ódio em face de afrodescendentes e o exame tópico do Acórdão da 1ª Turma do STF acerca do Inquérito nº 4.694/DF

Antes de se analisar especificamente o caso do discurso de ódio em face de afrodescendentes, se faz preciso explicitar alguns conceitos referentes ao preconceito e à discriminação contra os afrodescendentes no Brasil. Os grupos vulneráveis em geral possuem elementos em comum relacionados à situação de vulnerabilidade num determinado contexto político, social e econômico⁹³³. Entretanto, como se vai proceder a uma análise tópica de determinados grupos, de forma a analisar o fenômeno do discurso de ódio contra esses grupos, faz-se necessário uma análise de algumas particularidades, para além da conceituação geral e da normatização jurídica basilar, já apresentadas no capítulo anterior, quanto aos grupos vulneráveis.

Nesse sentido, cumpre destacar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 65.810, de 1969⁹³⁴. De acordo com essa Convenção, na primeira parte do seu artigo inicial, que trata do conceito de discriminação, *in verbis*:

Artigo I

1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. [...].⁹³⁵

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial traz uma conceituação do que se trata a “discriminação racial”⁹³⁶ e, assim, reforça no direito brasileiro reflexões e aplicabilidades acerca da temática. Silvio Luiz de Almeida assevera que na atualidade é praticamente um lugar-comum o entendimento – a partir de estudos antropológicos e biológicos, inclusive com o estudo do genoma humano – de que não há

⁹³³ De acordo com o que foi explorado no capítulo anterior, no tópico 4.1.2, acerca da condição jurídica dos grupos vulneráveis. Conforme, por exemplo:

JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 14-21.

⁹³⁴ BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html>. Acesso em: 03 jul. 2023.

⁹³⁵ **Ibid.**

⁹³⁶ **Ibid.**

diferenciações de caráter biológico ou mesmo cultural, que possam fundamentar uma prática discriminatória entre as pessoas; todavia, conforme esse autor, o conceito de raça, até a atualidade, é um fator político significativo, sendo até mesmo utilizado para realizar desigualdades, segregação e genocídio de determinados grupos sociais.⁹³⁷

Silvio Luiz de Almeida desvela e fundamenta conceitos essenciais para pesquisas na área, como: o racismo, que é a discriminação de caráter sistemático que se baseia no fator da raça, e se expressa através de atos, conscientes ou não, que resultam em tratamento discriminatório entre as pessoas; o preconceito racial, como a valoração que se baseia em noções estereotipadas das pessoas, a partir de qual grupo racial o indivíduo está inserido, podendo haver ou não atos discriminatórios decorrentes dessa valoração; e a discriminação racial, que é a ocorrência de tratamento distinto a pessoas de determinado grupo racial – sendo direta, no caso de atos que influenciem até o direito de ir e vir, conforme exemplificado por esse autor; e indireta, quando não é levado em consideração o fato de que o indivíduo faz parte de um grupo vulnerável.⁹³⁸

Conforme pode-se observar, os conceitos explicitados pelo Silvio Luiz de Almeida – raça, racismo, preconceito racial e discriminação racial direta e indireta – além de poder ser aplicados a outros grupos em situação de vulnerabilidade, se aplicam especificamente ao caso dos afrodescendentes no Brasil.⁹³⁹ Ainda há outros conceitos que são explorados pelo Silvio Luiz de Almeida, como: a discriminação positiva e a discriminação negativa – a positiva possibilita um tratamento diferenciado a grupos vulnerabilizados e discriminados historicamente, com a finalidade de retificar prejuízos ocasionados pela discriminação negativa, sendo esta última danosa e causadora de desvantagens; Silvio Almeida exemplifica as políticas de ação afirmativa como uma situação de discriminação positiva.⁹⁴⁰

Adilson José Moreira corrobora o entendimento de que as políticas de ação afirmativa se configuram em uma discriminação positiva, que busca justamente combater a exclusão social proporcionada pela discriminação negativa contra os negros, estruturalmente presente na realidade social brasileira. Adilson José Moreira fundamenta juridicamente essa compreensão a partir da decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no caso da Arguição de

⁹³⁷ ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Jandaíra, 2020. (Feminismos Plurais/ coordenação de Djamila Ribeiro). p. 31.

⁹³⁸ **Ibid.** p. 32-33.

⁹³⁹ **Ibid.** p. 31-33.

⁹⁴⁰ **Ibid.** p. 34.

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186⁹⁴¹, que trata das cotas étnico-raciais para ingresso em instituição pública de ensino superior.⁹⁴²

Silvio Luiz de Almeida apresenta três distintas concepções para o racismo – a concepção individualista; a institucional; e a concepção estrutural – em que: a concepção individualista refere-se à ideia de que os indivíduos, agindo de forma isolada ou grupal, que são racistas, e não as instituições ou a sociedade; a concepção institucional, que representa um avanço, conforme Silvio Almeida, e significa o reconhecimento de conflitos raciais no âmbito das instituições, e da hegemonia de determinados grupos raciais nesses entes, com a imposição de interesses político-econômicos; e, por fim, a concepção estrutural configura-se, de acordo com esse autor, no entendimento de que “as instituições são racistas porque a sociedade é racista”⁹⁴³, isto é, de acordo com Silvio Almeida a estrutura social já estabelecida, e que possui o racismo como um dos seus elementos, possui forte impacto nessas relações.⁹⁴⁴ Diante da constatação da existência do racismo estrutural, Silvio Luiz de Almeida fundamenta a necessidade social de práticas antirracistas, com efetividade – por parte de instituições e indivíduos – com a finalidade de se evitar o prosseguimento do racismo na sociedade; considerando-se que o racismo, conforme esse autor, é um processo político e histórico.⁹⁴⁵

Considerando-se essas particularidades do fenômeno do racismo e aplicando-se no recorte histórico-social da pesquisa, no contexto do Estado brasileiro, cumpre reforçar que práticas racistas foram implementadas pelo Estado ditatorial entre 1964 e 1985, conforme abordado ao final do terceiro capítulo, acerca da evolução histórico-jurídica. A autora Thula Rafaela de Oliveira Pires demonstra que o mito da democracia racial, ideologicamente adotado pelo regime militar brasileiro, em realidade tentou mascarar o racismo institucionalizado pela ditadura.⁹⁴⁶

Ademais, já após a redemocratização, explicita-se os dados estatísticos no período compreendido desde 2019 até o ano de 2022, de forma a apresentar um panorama recente e

⁹⁴¹ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de abril de 2012. **Acórdão Eletrônico Dje-205 Divulg 17-10-2014 Public 20-10-2014 Rtj Vol-00230-01 Pp-00009**. Brasília, 20 out. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 abr. 2024.

⁹⁴² MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 18-19.

⁹⁴³ ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Jandaíra, 2020. (Feminismos Plurais/ coordenação de Djamila Ribeiro). p. 47.

⁹⁴⁴ **Ibid.** p. 35-47.

⁹⁴⁵ **Ibid.** p. 48-57.

⁹⁴⁶ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Estruturas Intocadas: Racismo e Ditadura no Rio de Janeiro. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 1054-1079, jun. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/33900>.

atualizado acerca do grupo vulnerável; abarcando-se, inclusive, o período da pandemia de Covid-19. Conforme o relatório anual, referente ao ano de 2019, da Anistia Internacional – organização não-governamental, que monitora regularmente o estado dos direitos humanos em diversos países – entre os meses de janeiro e julho de 2019, 1.249 pessoas foram mortas pela polícia do Estado do Rio de Janeiro; e entre essas pessoas havia cinco crianças afrodescendentes que viviam em favelas e comunidades carentes⁹⁴⁷.

Quanto ao ano de 2020, o relatório anual da Anistia Internacional explicitou que houve uma intensificação da violência policial em favelas e áreas marginalizadas, enquanto estava ocorrendo a pandemia da Covid-19; e que entre os meses de janeiro e junho de 2020 cerca de 3.181 pessoas morreram em todo o Brasil pelas mãos da polícia, sendo uma média de 7,1% a mais do que o ano anterior⁹⁴⁸. O relatório da Anistia Internacional de 2020 também evidenciou que, conforme o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 79,1% das pessoas que morreram nas mãos da polícia eram negras e que 74,3% possuíam uma idade inferior a 30 anos⁹⁴⁹.

De forma complementar, o relatório anual da Anistia Internacional de 2021 informa que, no ano de 2020, 6.416 pessoas foram mortas pela polícia; e, desse quantitativo de vítimas, mais de 50% eram jovens negros⁹⁵⁰. E o relatório de 2022 da Anistia Internacional explicitou que no ano de 2021, conforme dados da ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dos homicídios cometidos pela polícia brasileira 99% das vítimas foram do sexo masculino, sendo 84% de pessoas negras e 52% com idade inferior a 25 anos⁹⁵¹. O próprio relatório de 2022 da Anistia Internacional apontou que o racismo sistêmico e institucional se constitui na causa tanto da criminalização quanto do uso excessivo da força contra pessoas negras no Brasil, daí a porcentagem desproporcional de vítimas afrodescendentes no contexto das operações policiais, conforme o relatório⁹⁵².

Adicionalmente, o relatório de 2022 da Anistia Internacional indica que no ano de 2022 aumentou o número de pessoas em situação de rua e que, conforme pesquisa da Universidade

⁹⁴⁷ AMNESTY INTERNATIONAL. **Annual Report 2019**. London: Amnesty International Ltd, 2019. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/amr01/1353/2020/en/>. Acesso em: 31 ago. 2023. p. 25.

⁹⁴⁸ ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2020/21: o estado de direitos humanos no mundo**. Londres: Amnesty International Ltd, 2021. Tradução de: Anistia Internacional Brasil. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/3202/2021/en/>. Acesso em: 31 maio 2023. p. 68.

⁹⁴⁹ **Ibid.** p. 68.

⁹⁵⁰ ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2021/22: o estado dos direitos humanos no mundo**. Londres: Amnesty International Ltd, 2022. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/4870/2022/en/>. Acesso em: 31 maio 2023. p. 78.

⁹⁵¹ ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2022/23: o estado dos direitos humanos no mundo**. Londres: Amnesty International Ltd, 2023. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/5670/2023/en/>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 80.

⁹⁵² **Ibid.** p. 80.

Federal de Minas Gerais, mais de 180.000 pessoas no Brasil não tinham moradia; sendo que, deste total, 68% eram de pessoas negras⁹⁵³. Além disso, conforme esse mesmo relatório de 2022, a Anistia Internacional aponta que das pessoas em grave situação de insegurança alimentar no Brasil, 70% são negras⁹⁵⁴.

A partir das premissas tópicas⁹⁵⁵ desenvolvidas ao longo desta pesquisa e com base na perspectiva teórica e estatística apresentadas nesta seção, se parte para a análise prática de uma situação topicamente considerada, qual seja, o Acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal acerca do Inquérito nº 4.694/Distrito Federal, julgado em setembro de 2018⁹⁵⁶.

Theodor Viehweg descreve que há duas formas de se estruturar o pensamento – uma situacional e outra não situacional, em que naquela se coloca em primeiro plano a faceta pragmática, que consiste no contexto situacional no qual a linguagem é utilizada, para depois se verificar a faceta sintático-semântica, ao se investigar uma determinada questão; e esse modo está alinhado com a retórica, conforme esse autor. Por outro lado, na forma não situacional há a utilização da pragmática, isto é, do contexto situacional, apenas como um elemento suplementar, visto que está em primeiro plano a faceta sintática-semântica, de acordo com Theodor Viehweg.⁹⁵⁷

Nesta seção, ao se colocar em evidência um contexto situacional relativo aos fatos explorados pelo Inquérito nº 4.694/DF, pode-se afirmar que se utiliza da tópica jurídica, com fundamentos em Theodor Viehweg, para se investigar o caso concreto⁹⁵⁸; ainda mais num objeto de análise que envolve o fenômeno, de caráter prático, da ocorrência ou não de discurso de ódio contra um grupo vulnerável, com repercussões jurídico-sociais.

⁹⁵³ ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2022/23**: o estado dos direitos humanos no mundo. Londres: Amnesty International Ltd, 2023. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/5670/2023/en/>>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 79.

⁹⁵⁴ **Ibid.** p. 79.

⁹⁵⁵ A evolução histórica das declarações de direitos e a mudança paradigmática após o fim da segunda guerra mundial; a permanência da problemática das colisões ou tensões entre direitos e princípios; a identificação da conjuntura na qual se identificam resquícios jurídico-sociais de período ditatorial relativamente recente, no atual Estado Democrático de Direito brasileiro; e o detalhamento da delimitação conceitual e prática de categorias fundamentais para a pesquisa: o discurso de ódio, os grupos vulneráveis, a extensão de direitos e princípios pertinentes à pesquisa, as relações entre argumentação e hermenêutica, e a jurisprudência aplicável da Corte Constitucional brasileira.

⁹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

⁹⁵⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. (Colección Estudios Alemanes). Traducción: Jorge M. Seña. Revisión: E. Garzón Valdés y Ruth Zimmerling. p. 176-177.

⁹⁵⁸ **Ibid.** p. 176-177.

No caso do supracitado Inquérito, tratou-se de denúncia da Procuradoria-Geral da República em face de um, à época, parlamentar, deputado federal, acerca da conduta tipificada no artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/1989: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”⁹⁵⁹.⁹⁶⁰ Conforme a denúncia do *Parquet* – relatada pelo Ministro Marco Aurélio, Relator – o deputado federal ao proferir uma palestra em abril de 2017, em um clube no estado do Rio de Janeiro, fez manifestações negativas e discriminatórias contra quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e a comunidade LGBTI+, com a configuração de discurso de ódio, de acordo com a denúncia; que destaca, ademais, a comparação, feita pelo denunciado, dos integrantes de quilombos a animais, com a utilização do termo “arroba” para se referir aos integrantes das comunidades quilombolas. A denúncia do Ministério Público Federal argumentou que a conduta do denunciado atingiu princípios fundamentais da República brasileira, a exemplo da dignidade humana, do princípio da igualdade e da vedação de qualquer forma de discriminação, com base nos artigos 1º⁹⁶¹, 3º, inciso IV⁹⁶² e art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁹⁶³. O Ministério Público requereu que a denúncia fosse recebida, com a devida citação do deputado federal; que o deputado fosse condenado pelo cometimento do crime; além de uma condenação de danos morais coletivos, no valor mínimo de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).⁹⁶⁴

⁹⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-3.

⁹⁶¹ Determina o art. 1º da Constituição:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁹⁶² O art. 3º, em seu inciso IV, explicita que:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Ibid.

⁹⁶³ O art. 5º, em seu *caput*, assevera:

“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: [...]”

Ibid.

⁹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.**

Pode-se afirmar que o posicionamento jurídico representado pela acusação nesse caso concreto representa um *topos*: o *topos* de que em casos de discurso de ódio, ou suposto discurso de ódio, contra grupos vulneráveis, tem de prevalecer o princípio da igualdade e não discriminação, inclusive com fundamento na dignidade humana, sobre o direito à liberdade de expressão. Esse *topos*, ademais, está em harmonia com o precedente judicial estabelecido pela Corte Constitucional brasileira no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82424/Rio Grande do Sul, julgado em setembro de 2003 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal⁹⁶⁵.

Já a defesa do parlamentar alegou, entre outros pontos, essencialmente que as manifestações que foram denunciadas estariam abarcadas pela liberdade de manifestação de pensamento, conforme o art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal⁹⁶⁶; e que deve, além disso, incidir sobre o caso a cláusula de imunidade material, de acordo com o art. 53, *caput*, da Constituição⁹⁶⁷, com o argumento de que as manifestações estariam vinculadas com a atividade parlamentar do denunciado.⁹⁶⁸

O posicionamento jurídico da defesa, nesse caso concreto, representa um *topos* oposto ao *topos* apresentado pela acusação. O *topos* argumentado e explicitado pela defesa é de que nesse caso concreto as manifestações do acusado estariam abarcadas tanto pela liberdade de pensamento, no geral, como também pela liberdade de expressão qualificada, à qual os deputados e senadores do Estado brasileiro possuem no exercício de suas respectivas atividades parlamentares.

O Ministério Público Federal, por sua vez, reiterou o conteúdo da peça processual de acusação, com o requerimento pelo recebimento da denúncia, e defendeu a posição de que o

Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 3-4.

⁹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

⁹⁶⁶ “Art. 5º [...]”

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁹⁶⁷ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

Ibid.

⁹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 4-5.

excesso das manifestações ultrapassou a liberdade de pensamento e, por isso mesmo, não deveria incidir sobre o caso concreto a imunidade material⁹⁶⁹.

Theodor Viehweg descreve que a tópica parte do problema, com base na retórica, para apresentar soluções viáveis no âmbito jurídico e – partindo de Aristóteles⁹⁷⁰ – esse autor expressa que a existência e a conclusão do problema apenas são apresentadas no contexto em que possa ocorrer a acusação ou a defesa de uma determinada posição, observando-se opiniões coerentes com a situação concreta.⁹⁷¹

De início, faz-se preciso explicitar que na análise do Inquérito nº 4.694/Distrito Federal, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal rejeitou a denúncia, conforme os votos do Ministro Relator e tendo maioria de votos. Nesse sentido, foram vencidos os votos do Ministro Luís Roberto Barroso, que recebia a denúncia, em parte, no que se refere às manifestações contra os quilombolas e os homossexuais; e a Ministra Rosa Weber, que recebia a denúncia apenas no que concerne às manifestações ofensivas em face dos quilombolas. Rejeitaram o recebimento da denúncia os Ministros Marco Aurélio, Relator; Luiz Fux; e Alexandre de Moraes. Isto é, pode-se afirmar que foi uma votação complexa e não unânime, por 3 votos a 2, no que se refere ao não recebimento da denúncia quanto às manifestações discriminatórias contra afrodescendentes e membros de comunidades quilombolas.⁹⁷²

Sob essa ótica, serão explicitados e examinados os votos dos Ministros que fundamentaram o não recebimento da denúncia, quais sejam, o Ministro Marco Aurélio, Relator; o Ministro Luiz Fux; e o Ministro Alexandre de Moraes. E, em seguida, os votos dos Ministros que fundamentaram o recebimento da denúncia, quanto às manifestações discriminatórias em face dos afrodescendentes e membros de comunidades quilombolas, o Ministro Luís Roberto Barroso e a Ministra Rosa Weber.⁹⁷³

⁹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 6.

⁹⁷⁰ Na sua obra do “Órganon”, na parte dos “Tópicos”, Aristóteles expõe que busca a obtenção de um método que possa explorar qualquer tipo de problema, tendo por base posições geralmente aceitas, em que argumentos possam ser defendidos.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007. p. 233.

⁹⁷¹ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law: a contribution to basic research in law**. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 1-10.

⁹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

⁹⁷³ **Ibid.** p. 1-70.

Outrossim, o Ministro Marco Aurélio, Relator do caso concreto, considerou que as manifestações do parlamentar expressam uma posição de diferenciação e até mesmo de superioridade, entretanto, por não terem um escopo repressivo, dominador, de supressão ou mesmo de eliminação do outro, não haveria o teor discriminatório, nem a possibilidade de configuração do crime previsto de acordo com o *caput* do art. 20 da Lei nº 7.716/1989. E que o contexto das manifestações do acusado estava atrelado com a política de demarcação de terras, estando abarcado pela liberdade de expressão, de acordo com o seu art. 5º, inciso IV.⁹⁷⁴ O Relator ainda argumenta que há uma relação entre as manifestações e o mandato do deputado federal, estando suas manifestações protegidas pela imunidade parlamentar, prevista na Constituição, em seu art. 53, *caput*.⁹⁷⁵

O Ministro Luiz Fux argumentou que o acusado, dentro de um alegado *animus jocandi*, utilizou de expressões eticamente não adequadas em relação a pessoas em situação de vulnerabilidade econômica e social; mas que não há a tipificação do crime delimitado pelo art. 20 da Lei nº 7.716/1989, visto que o acusado estaria realizando uma crítica a determinadas políticas governamentais e abarcadas pela possibilidade de se debater ideias livremente. Assim, o Ministro decidiu pela rejeição da denúncia e pela absolvição sumária do parlamentar acusado, com fundamento na atipicidade da sua conduta.⁹⁷⁶ O Ministro Luiz Fux fez uma observação de que o contexto das manifestações estava atrelado a um discurso político, e não a um discurso que almejasse o extermínio de um grupo de pessoas; não devendo haver uma criminalização da liberdade de expressão do acusado, conforme a observação do Ministro⁹⁷⁷.

E o Ministro Alexandre de Moraes asseverou que no histórico das Constituições brasileiras, desde a Constituição de 1891 até a atual Carta Magna de 1988, a liberdade de expressão dos parlamentares foi garantida de forma efetiva em quase todas as Constituições da República; sendo exceções a Constituição de 1937 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, essa última no período da ditadura militar brasileira. De acordo com a fundamentação do voto do Ministro, a imunidade material dos parlamentares foi explicitada na Constituição de 1937 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, contudo havia a possibilidade de relativizações em

⁹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 13.

⁹⁷⁵ **Ibid.** p. 18.

⁹⁷⁶ **Ibid.** p. 48.

⁹⁷⁷ **Ibid.** p. 49.

caso de violação da moral pública (art. 43, da Constituição de 1937⁹⁷⁸), e delito contra a segurança nacional (no art. 32, da Emenda Constitucional nº 1/1969⁹⁷⁹), que, de acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, seriam aplicáveis a partir da mera vontade do intérprete.⁹⁸⁰

O Ministro Alexandre de Moraes argumentou que embora as declarações do parlamentar no caso em análise tenham sido bastante inadequadas, elas não tiveram a intenção objetiva de incitar ou defender um tratamento desumano contra os afrodescendentes e os quilombolas, sem a intenção de uma propagação do ódio racial, ou mesmo de incitação de violência física ou psicológica contra esses grupos; considerando-se, conforme o Ministro, o contexto do discurso de crítica a políticas do governo em favor de quilombolas, refugiados e estrangeiros; não se configurando em desvio de finalidade ou abuso que pudesse afastar a aplicabilidade da inviolabilidade material; não havendo a configuração de discurso de ódio, na compreensão do magistrado. Por fim, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou, em sua integralidade, os votos do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Luiz Fux, pela aplicabilidade da cláusula de inviolabilidade material, conforme o *caput* do art. 53, da Constituição de 1988⁹⁸¹; votando pela rejeição da denúncia.⁹⁸²

Apresentados os votos dos Ministros que fundamentaram o não recebimento da denúncia – o Ministro Marco Aurélio, Relator; o Ministro Luiz Fux; e o Ministro Alexandre de Moraes –, a seguir serão explicitados os votos dos Ministros que fundamentaram juridicamente

⁹⁷⁸ “Art 43 - Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Parágrafo único - Em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do Deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.”

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 09 mai. 2023.

⁹⁷⁹ “Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional.”

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 09 mai. 2023.

⁹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 59.

⁹⁸¹ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 68-69.

o recebimento da denúncia, no que concerne às manifestações discriminatórias contra os afrodescendentes e membros de comunidades quilombolas – o Ministro Luís Roberto Barroso e a Ministra Rosa Weber –, e que foram vencidos por não obterem maioria de votos no Acórdão.⁹⁸³

Desse modo, o Ministro Luís Roberto Barroso evidenciou que “arobas” (unidade de medida utilizada na venda de bois) e “procriador” são expressões utilizadas com a finalidade de se referir a bichos, a animais sem racionalidade, e que, na compreensão do Ministro, realizar uma comparação de pessoas afrodescendentes a bichos é, no que concerne ao recebimento da denúncia, um fator significativo à violação do art. 20 da Lei nº 7.716/1989.⁹⁸⁴ O Ministro Luís Roberto Barroso ainda asseverou que seu voto não é no intuito de prejulgamento, já que o juízo de culpabilidade não se configura no momento de análise do inquérito, mas de exame do mero recebimento da denúncia; e, na análise do Ministro, a forma das manifestações do acusado dá respaldo ao recebimento da denúncia, como também à continuação do processo, com a finalidade de instrução e análise mais aprofundadas sobre o caso concreto; nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso votou pelo recebimento da denúncia, reforçando a gravidade das manifestações do acusado que demonstram uma inferiorização das pessoas afrodescendentes, como também das pessoas homoafetivas.⁹⁸⁵ Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso: “E aqui me parece inequivocamente claro um tipo de discurso de ódio que o Direito Constitucional Brasileiro não admite, porque é o ódio contra grupos minoritários, grupos historicamente violentados e grupos historicamente vulneráveis”⁹⁸⁶.

E a Ministra Rosa Weber considerou explícito o teor ofensivo das manifestações do denunciado contra a comunidade quilombola; e, ao analisar se essa ofensividade é suficiente para viabilizar a ação de caráter penal, a Ministra evidenciou que o conteúdo do discurso não foi negado pela defesa do parlamentar; e que as expressões “aroba” e “não serve nem como procriador”, junto ao contexto das outras palavras utilizadas pelo denunciado, são suficientes para instaurar a ação penal com a finalidade de um exame mais profundo acerca dos fatos.⁹⁸⁷

Sobre a alegação da defesa de que o denunciado teria imunidade material, por ser parlamentar, pelos fatos descritos na denúncia, a Ministra Rosa Weber asseverou que na

⁹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

⁹⁸⁴ **Ibid.** p. 20-21.

⁹⁸⁵ **Ibid.** p. 22-23.

⁹⁸⁶ **Ibid.** p. 21.

⁹⁸⁷ **Ibid.** p. 35-36.

interpretação do art. 53 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem interpretado esse dispositivo de modo que apenas haverá a imunidade material quando as supostas manifestações ofensivas estiverem conectadas com o exercício do mandato legislativo. A Ministra Rosa Weber constatou que as manifestações do denunciado contra os quilombolas não possuem conexão com o exercício do seu mandato legislativo, sendo inaplicável ao caso o art. 53 da Carta Magna de 1988.⁹⁸⁸ Por fim, a referida Ministra recebeu a denúncia no que concerne à tipificação do crime de racismo quanto à comunidade quilombola, com fundamento no art. 20, em seu *caput*, da Lei nº 7.716/1989.⁹⁸⁹

Como pode-se verificar a partir da análise tópica do caso explicitado no Inquérito nº 4.694/Distrito Federal – julgado em setembro de 2018 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – averigua-se, a partir dos votos dos Ministros da Corte Constitucional brasileira, duas posições antagônicas: uma posição que indica a não ocorrência de discurso de ódio, de forma juridicamente relevante; e, de outro lado, uma posição que indica a ocorrência de discurso de ódio contra um determinado grupo vulnerável, e com implicações jurídicas concretas, ensejando a instauração de uma relação jurídico-penal, com o encaminhamento da respectiva ação.⁹⁹⁰ Essas duas posições antagônicas relacionam-se, desse modo, com os dois *topoi* opostos que são colocados em evidência nesse caso concreto. De acordo com Theodor Viehweg, os *topoi* estão associados a uma utilização da linguagem que, em primeiro plano, orienta um determinado comportamento⁹⁹¹.

Conforme abordado, o Ministério Público Federal em sua denúncia apontou que a conduta do parlamentar atingiu valores e princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, como a dignidade humana, o princípio da igualdade e a vedação de qualquer forma de discriminação, com fundamento nos artigos 1º; 3º, inciso IV; e art. 5º, *caput*, da Carta Magna⁹⁹² de 1988.⁹⁹³ Por outro lado, a defesa do deputado federal argumentou que as

⁹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 36-40.

⁹⁸⁹ **Ibid.** p. 43.

⁹⁹⁰ **Ibid.** p. 1-70.

⁹⁹¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. (Colección Estudios Alemanes). Traducción: Jorge M. Seña. Revisión: E. Garzón Valdés y Ruth Zimmerling. p. 198.

⁹⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 4.

manifestações do parlamentar denunciado estariam dentro da proteção da liberdade de manifestação de pensamento, com fundamento no art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal⁹⁹⁴; e que, além disso, tem de incidir sobre o caso concreto a cláusula de imunidade material, com fundamento no art. 53, *caput*, da Constituição⁹⁹⁵, visto que, conforme a defesa, as manifestações estariam vinculadas com a atividade parlamentar do deputado.⁹⁹⁶

Theodor Viehweg reflete que os *topoi* são, a partir da definição de Aristóteles⁹⁹⁷, posições que são aceitáveis e que podem ser utilizadas de forma favorável ou desfavorável a uma determinada questão, podendo, esses *topoi*, levarem à verdade.⁹⁹⁸ Sob essa ótica, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 determina que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:**

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁹⁹⁹ (Grifos nossos).

Como se pode denotar a partir do primeiro artigo da Carta Magna, a República brasileira configura-se num Estado Democrático de Direito, possui fundamentos essenciais e entre esses fundamentos está a dignidade da pessoa humana.¹⁰⁰⁰ Conforme abordado no segundo capítulo desta tese, o processo de consolidação jurídica da dignidade humana no decorrer do século XX

⁹⁹⁴ “Art. 5º [...]”

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁹⁹⁵ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

Ibid.

⁹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 5.

⁹⁹⁷ No “Órganon”, na parte dos “Tópicos”, Aristóteles explicita – ao tratar do método originado a partir da tópica – que esse método é obtido quando houver a capacidade de se alcançar os objetivos apresentados; com a utilização de todos os instrumentos à disposição.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007. p. 236.

⁹⁹⁸ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law: a contribution to basic research in law**. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 11.

⁹⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

¹⁰⁰⁰ **Ibid.**

tem como fator catalisador os acontecimentos provenientes da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), e a partir da reação da comunidade internacional ao fim dessa guerra; de forma que houve uma preocupação de se estabelecer normativamente tratados de direitos humanos, com destaque para a compreensão do respeito à dignidade humana. O Brasil está entre os países que positivaram os direitos humanos sob o manto do fundamento da dignidade humana, sendo que no Estado brasileiro esse processo somente veio a consolidar-se de forma mais efetiva, no âmbito interno, a partir da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a consolidação jurídica da dignidade humana compreende todos os seres humanos, independentemente de diferenças de etnia, orientação sexual, aspectos sociais, entre outros caracteres que possam distinguir as pessoas. A dignidade humana reafirma a compreensão de que todos os seres humanos são iguais, visto que todos possuem dignidade; e que para possuir ou ser titular de direitos humanos basta ser uma pessoa.

Ademais, o artigo 3º da Constituição brasileira de 1988 assevera que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁰⁰¹ (Grifos nossos).

Verifica-se que entre os objetivos do Estado brasileiro está a construção de uma sociedade que tenha a solidariedade como uma característica significativa, como também o objetivo da promoção do bem de todos, sem preconceitos e sem discriminação.¹⁰⁰² E o artigo 5º, *caput*, da Constituição brasileira dispõe que:

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: [...]¹⁰⁰³. (Grifos nossos).

A partir do texto do dispositivo constitucional, é consagrada a igualdade de todas as pessoas perante a lei, como também a inviolabilidade do direito à igualdade.¹⁰⁰⁴ Explicitados esses dispositivos constitucionais, cumpre ressaltar que o direito à igualdade em sua vertente

¹⁰⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

¹⁰⁰² **Ibid.**

¹⁰⁰³ **Ibid.**

¹⁰⁰⁴ **Ibid.**

da não discriminação – conforme abordado no capítulo anterior – é diretamente violado quando da ocorrência de discurso de ódio contra grupos vulneráveis. Conforme abordado, quando da ocorrência do discurso de ódio tanto o direito geral de igualdade quanto os direitos específicos de tratamento diferenciado de um determinado grupo vulnerável são violados e sua efetividade não concretizada, demandando-se uma reparação.

No que se refere ao caso topicamente considerado, cumpre explicitar, ademais, os incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Magna de 1988, considerando-se que o inc. XLI dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”¹⁰⁰⁵ e o inc. XLII, por sua vez, estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”¹⁰⁰⁶. Conforme apontado anteriormente, no caso em análise, há a possibilidade de aplicação da Lei nº 7.716/1989, no que se refere à conduta tipificada no artigo 20, *caput*, dessa legislação: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”¹⁰⁰⁷.

De outro lado, pelo polo jurídico da parte ré¹⁰⁰⁸, foram utilizados essencialmente como fundamentos o art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal, que dispõe:

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:

[...]

IV - **é livre a manifestação do pensamento**, sendo vedado o anonimato;¹⁰⁰⁹ [...].
(Grifos nossos).

Também, o art. 53, *caput*, da Constituição, que estabelece: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”¹⁰¹⁰. Conforme analisado no capítulo anterior, o fenômeno do discurso de ódio não é juridicamente protegido pela liberdade de expressão – tanto a partir de uma análise pelas normas

¹⁰⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

¹⁰⁰⁶ **Ibid.**

¹⁰⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹⁰⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 5.

¹⁰⁰⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

¹⁰¹⁰ **Ibid.**

constitucionais brasileiras, quanto a partir especificamente das normas do direito internacional dos direitos humanos adotadas pela República Federativa do Brasil¹⁰¹¹ –, como também esse fenômeno viola o direito à igualdade e não discriminação, violando-se a própria dignidade da pessoa humana.

A tensão jurídica entre o direito à liberdade de expressão, de um lado, e o direito à igualdade e não discriminação, de outro lado, no caso concreto topicamente considerado, está exatamente em se verificar e identificar se houve a ocorrência, ou indícios da ocorrência, de discurso de ódio. Isso porque, identificado o discurso de ódio, supera-se a tensão jurídica ou colisão entre princípios constitucionais, tendo em vista que o fenômeno do discurso de ódio não está na área de proteção constitucional da liberdade de expressão. Em outras palavras, identificado o discurso de ódio, tem de prevalecer no caso o direito à igualdade e não discriminação, por força do ordenamento jurídico brasileiro, em harmonia com o teor da dignidade da pessoa humana e o direito internacional dos direitos humanos.

Tendo por base o conceito de discurso de ódio pesquisado e desenvolvido nesta tese – conforme o subtópico “4.1.1 Conceito e extensão” do capítulo anterior – alguns elementos podem ser elencados na identificação do discurso de ódio, como: a exterioridade que atinge o meio social; o contexto no qual se discursa; a intenção do emissor do discurso; o discurso que viola a dignidade humana; e o caráter negativamente discriminatório do discurso. Em que os dois últimos elementos, a violação da dignidade humana e o caráter negativamente discriminatório do discurso, possuem maior peso na identificação do discurso de ódio.

Quanto à construção conceitual da categoria “discurso de ódio”, pode-se aplicar a tópica jurídica para além do aspecto já abordado do desenvolvimento de premissas, na medida em que, conforme Theodor Viehweg os conceitos que são formados têm o papel de auxiliar no debate acerca de problemas.¹⁰¹²

Nesse sentido, ao se aplicar essa compreensão ao caso topicamente considerado – os fatos relativos ao Inquérito nº 4.694/Distrito Federal – inicialmente, quanto ao elemento da exterioridade do discurso que atinge o meio social, verifica-se a ocorrência desse fator, inclusive de forma bastante robusta, visto que: conforme relatório do Ministro Relator Marco Aurélio havia no local das manifestações ofensivas do parlamentar aproximadamente 300

¹⁰¹¹ Interessante notar que a depender da forma de adoção do Tratado Internacional sobre Direitos Humanos há a possibilidade de ingresso dessas normas diretamente no bloco de constitucionalidade brasileiro, tendo envergadura de normas constitucionais. Nesse sentido, normatiza o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

¹⁰¹² VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 92.

(trezentas) pessoas, além das outras pessoas que puderam ter acesso ao discurso do parlamentar por meio de vídeos do evento¹⁰¹³.

Quanto ao contexto no qual se discursava, verifica-se que o parlamentar expressou suas manifestações num contexto discursivo com caracteres negativos e discriminatórios contra diversos grupos, para além dos quilombolas; como os indígenas, os refugiados, as mulheres e a comunidade LGBTI+, conforme a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, relatada pelo Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal¹⁰¹⁴. Por isso mesmo, não se justifica juridicamente a aplicabilidade da cláusula de imunidade material, com fundamento no art. 53, *caput*, da Constituição¹⁰¹⁵; considerando-se que as manifestações do deputado denunciado não se vinculam com sua atividade parlamentar no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, com normas de estatuta constitucional que protegem a todos e, de forma específica, os grupos vulneráveis; normas essas que vinculam toda a sociedade e o próprio Estado brasileiro, em seus três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

No que concerne ao elemento da intenção do emissor do discurso, retoma-se a compreensão de que a verdadeira intenção do emitente se encontra na sua esfera interior, subjetiva; e que quando o emissor do discurso não admite explicitamente a sua intenção de inferiorizar ou menosprezar o outro, ao operador do direito – conforme enfatizado no capítulo anterior – sobressai a ferramenta de detectar essa intenção através dos demais elementos que delimitam a ocorrência do discurso de ódio no caso concreto.

Examina-se que, no âmbito do Inquérito nº 4.694/Distrito Federal, a defesa do parlamentar denunciado negou o teor discriminatório ou preconceituoso das suas manifestações; alegou que o uso da palavra “arroba” foi meramente uma hipérbole de ênfase; e complementou que não houve uma intenção depreciativa do parlamentar contra os quilombolas, conforme relatório do Ministro Relator¹⁰¹⁶. Como no caso topicamente analisado o emitente do

¹⁰¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 3-4.

¹⁰¹⁴ *Ibid.* p. 3.

¹⁰¹⁵ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

¹⁰¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 4-5.

discurso negou sua intenção de inferiorizar o grupo vulnerável em análise, a sua intenção pode ser identificada, na análise do caso concreto, pelos demais elementos que delimitam conceitualmente o discurso de ódio, em especial os dois elementos com maior peso nessa identificação: o exame se o discurso viola a dignidade humana; e o caráter discriminatório do discurso.

Conforme fundamentado, esse maior peso desses dois elementos – o exame se o discurso viola a dignidade humana; e o caráter discriminatório do discurso –, na delimitação do discurso de ódio, está diretamente associado aos direitos e princípios emanados pela Constituição Federal de 1988, além dos tratados e declarações de direitos humanos adotados pela República brasileira.

Assim, fundamentam normativamente o exame acerca de se o discurso viola a dignidade humana: o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que prevê a proteção da dignidade humana para todas as pessoas; o art. 227, em seu *caput*, da CF/88, com proteção específica da criança, do adolescente e do jovem; e o art. 230, *caput*, da CF/88, com a proteção da dignidade das pessoas idosas – esses três dispositivos da Carta Magna de 1988¹⁰¹⁷; o preâmbulo e o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que consagra a dignidade, em caráter de liberdade e igualdade para todos os seres humanos, com a garantia dos direitos de todos¹⁰¹⁸; o preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, que assevera a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos em dignidade e em direitos¹⁰¹⁹; o preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que reconhece a dignidade humana a todos e afirma que os direitos são decorrentes da dignidade da pessoa humana¹⁰²⁰; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que além de reconhecer em seu preâmbulo a dignidade humana e o entendimento de que os direitos são decorrentes dessa dignidade¹⁰²¹, ainda dispõe, em seu art. 13, uma associação entre os objetivos do direito à educação e a efetivação da dignidade humana, buscando-se o

¹⁰¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰²⁰ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰²¹ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

fortalecimento dos direitos humanos e liberdades, como também do entendimento de que a educação direciona para um favorecimento da compreensão entre diferentes grupos sociais, para a consecução da paz¹⁰²²; e o art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, que estabelece que todo ser humano tem o direito de que sua honra seja respeitada, como também que sua dignidade seja reconhecida¹⁰²³.

E no que se refere ao elemento do caráter discriminatório do discurso, que também auxilia, de forma determinante, na identificação do discurso de ódio; sua fundamentação normativa tem por base o arcabouço jurídico e os dispositivos normativos que fundamentam o elemento anterior, da dignidade humana, considerando-se a relação intrínseca existente entre esses dois elementos, pelo próprio conteúdo das normas constitucionais e internacionais de direitos humanos; como também, dispositivos normativos específicos desse elemento.

Desse modo, fundamentam especificamente a análise do caráter discriminatório do discurso o parâmetro normativo estabelecido pelos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988¹⁰²⁴: o art. 3º, inciso IV, que determina como um dos objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos e sem discriminação; o art. 5º, inc. XLI, que estabelece a proteção pela lei em face de qualquer discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais; o inc. XLII, também do art. 5º, que configura o racismo como um crime inafiançável e imprescritível, com previsão de pena de reclusão; e o art. 227 em seu *caput*, e também no inc. II do §1º desse dispositivo normativo, que protege a criança, o adolescente e o jovem contra a discriminação.¹⁰²⁵

No que concerne aos documentos normativos internacionais adotados pelo Estado brasileiro, destacam-se, no exame do caráter discriminatório do discurso o parâmetro normativo estabelecido pelos seguintes dispositivos: o art. 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que garante a igual proteção de todas as pessoas contra discriminações ou incitamentos a discriminações¹⁰²⁶; a segunda parte do art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que determina o exercício dos direitos provenientes do tratado sem discriminações “por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política

¹⁰²² BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰²³ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰²⁵ **Ibid.**

¹⁰²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”¹⁰²⁷; o art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também veda discriminações no exercício dos direitos elencados pelo tratado¹⁰²⁸ e o art. 20, segunda parte, desse Pacto determina a proibição por lei de “qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”¹⁰²⁹; ademais, o art. 24 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê a proteção das crianças contra a discriminação¹⁰³⁰, e o art. 26 desse mesmo Pacto reforça a garantia da proteção jurídica, com eficácia, de todas as pessoas contra a discriminação, inclusive aquela por motivo de raça e de cor¹⁰³¹; finalmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, dispõe em seu primeiro artigo a vedação de discriminações, sendo explicitado o caso das discriminações por motivo de raça e de cor¹⁰³²; o final do art. 13, que trata da liberdade de expressão, dessa mesma Convenção, dispõe que tem de haver a proteção da lei contra “toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”¹⁰³³; e o art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina a garantia da igualdade de todas as pessoas, com proteção da lei, sem discriminações¹⁰³⁴.

Sob essa ótica – realizada essa recapitulação da proteção jurídico-normativa da dignidade humana e da garantia contra discriminações –, quanto ao exame acerca de se o discurso viola a dignidade humana, no caso topicamente considerado, os fatos relativos ao Inquérito nº 4.694/Distrito Federal, cumpre ressaltar que da análise das manifestações do parlamentar ao afirmar o seguinte: “*Eu fui em um quilombola em El Dourado Paulista. Olha, o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada! Eu acho que nem para*

¹⁰²⁷ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰²⁸ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰²⁹ **Ibid.**

¹⁰³⁰ **Ibid.**

¹⁰³¹ **Ibid.**

¹⁰³² BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰³³ **Ibid.**

¹⁰³⁴ **Ibid.**

procriador eles servem mais”¹⁰³⁵; encontram-se indícios explícitos de violação da dignidade humana de pessoas afrodescendentes de uma determinada comunidade.

Por meio de um discurso que utiliza de palavras como “arrobas” e “procriador” – termos comumente utilizados para criação de animais do campo –, para se referir a pessoas afrodescendentes – pessoas que, cumpre frisar, no passado da história do Brasil foram escravizadas – explicitam-se elementos que ferem diretamente a dignidade dessas pessoas, através de um discurso que foi, na época, amplamente divulgado¹⁰³⁶.

E quanto ao caráter discriminatório do discurso, torna-se evidente essa discriminação na medida em que as manifestações do parlamentar vinculam às pessoas especificamente afrodescendentes de uma determinada comunidade caracteres negativamente discriminatórios, com expressões como: “*Não fazem nada!*”¹⁰³⁷, “*Olha, o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas*”¹⁰³⁸ e “[...] *nem para procriador eles servem mais*”¹⁰³⁹. Expressões como essas ultrapassam e violam as garantias normativamente asseguradas – supra explicitadas – contra o preconceito e a discriminação; e, no caso topicamente considerado, o preconceito e a discriminação por motivo de raça, cor ou etnia.

Constata-se – a partir do desenvolvimento das premissas tópicas desta pesquisa – que, no caso topicamente considerado, houve a configuração de um discurso de ódio contra afrodescendentes. Pode-se afirmar que o posicionamento jurídico do Ministro Luís Roberto Barroso e da Ministra Rosa Weber ao aceitar a denúncia contra o parlamentar acusado e decidir pelo prosseguimento da ação judicial, a partir dos elementos trazidos a partir do Inquérito¹⁰⁴⁰, se alinha, na prática, com a perspectiva conceitual do discurso de ódio desenvolvida nesta tese, como também com a sua aplicabilidade a um caso topicamente considerado.

Conforme destacado, no julgamento ora em análise – acerca do Inquérito nº 4.694/Distrito Federal –, houve, essencialmente, duas posições jurídicas antagônicas, relacionadas a dois distintos *topoi*, no que concerne ao recebimento da denúncia acerca das manifestações do acusado contra os afrodescendentes e quilombolas: os votos do Ministro Luís Roberto Barroso e da Ministra Rosa Weber, que recebiam a denúncia; e os votos do Ministro

¹⁰³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 9.

¹⁰³⁶ **Ibid.** p. 7-9.

¹⁰³⁷ **Ibid.** p. 9.

¹⁰³⁸ **Ibid.** p. 9.

¹⁰³⁹ **Ibid.** p. 9.

¹⁰⁴⁰ **Ibid.** p. 1-70.

Marco Aurélio, Relator; do Ministro Luiz Fux; e do Ministro Alexandre de Moraes, que rejeitaram o recebimento da denúncia¹⁰⁴¹. Considerando-se a existência dessas duas posições jurídicas antagônicas, elas terminam por representar também uma tensão jurídica entre distintos direitos na análise tópica do caso concreto; uma tensão que, para ser superada e resolvida no caso concreto, demanda de uma hermenêutica jurídica, conforme evidenciado.

Ressalta-se que a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ao rejeitar a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal no caso do Inquérito nº 4.694/DF, de acordo com os votos do Ministro Relator e tendo maioria de votos; numa votação complexa e não unânime, por 3 votos a 2, no que se refere ao não recebimento da denúncia quanto às manifestações discriminatórias contra afrodescendentes e membros de comunidades quilombolas¹⁰⁴²; representa uma exceção isolada de precedente judicial no âmbito da jurisprudência predominante da Corte Constitucional brasileira na situação de discursos de ódio contra grupos vulneráveis.

Desse modo, reitera-se que a decisão emanada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no caso ora em exame neste tópico, constitui-se em uma exceção à jurisprudência predominante da Corte, tanto que o próprio Ministro Luís Roberto Barroso, na fundamentação do seu voto no Inquérito nº 4.694/DF, destaca que, *in verbis*:

[...] Portanto, para não aceitar o preconceito e a discriminação, basta não aceitar, mas eu penso que as instituições devem inaceitar esse tipo de manifestação. E o Supremo já o fez no caso "Ellwanger", em que a Corte entendeu – e fez muito bem – que a liberdade de expressão não protege o *hate speech* contra os judeus, de modo que manifestações antissemitas podem constituir prática do crime de racismo. E conforme se ressaltou no julgado: "escrever, editar, divulgar e comercializar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica constitui crime de racismo sujeito às cláusulas...". E, aí, prossegue a decisão. E, portanto, o *hate speech* não vale para os judeus, e evidentemente não vale também para negros.¹⁰⁴³

O Ministro Luís Roberto Barroso, na fundamentação do seu voto no Inquérito nº 4.694/DF¹⁰⁴⁴, faz uma citação ao caso do *Habeas Corpus* nº 82424/Rio Grande do Sul, julgado

¹⁰⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

¹⁰⁴² **Ibid.** p. 1-70.

¹⁰⁴³ **Ibid.** p. 21-22.

¹⁰⁴⁴ **Ibid.** p. 21-22.

em setembro de 2003 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴⁵ – caso esse que foi explicitado e analisado no capítulo anterior desta tese, no subtópico “4.3.1”, que trata da jurisprudência da Corte Constitucional brasileira nos casos de conflitos ou tensões de direitos e princípios fundamentais que envolvam, direta ou indiretamente, situações de discursos de ódio.

Numa perspectiva realista e descritiva, verifica-se a existência de uma tensão jurídica entre distintos direitos humanos – de um lado, a liberdade de expressão; e, de outro lado, o direito à igualdade e não discriminação. Os votos divergentes e a falta de consenso em argumentações jurídicas dos Ministros da Corte Constitucional brasileira dentro do caso do Inquérito nº 4.694/DF¹⁰⁴⁶, demonstra que há um contexto para entendimentos opostos no Brasil no exame de situações que envolvam discursos de ódio contra grupos vulneráveis.

Esses entendimentos opostos podem ser vislumbrados para além de diferentes argumentações jurídicas e votos distintos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal dentro do caso especificamente analisado neste subtópico; pode ser visualizada em decisões finais, considerando-se que o acórdão dos magistrados no caso do *Habeas Corpus* nº 82424/RS, e o acórdão no caso do Inquérito nº 4.694/DF foram completamente distintos quanto às ponderações de direitos humanos; considerando-se que na situação do *habeas corpus*, prevaleceu o direito à igualdade e não discriminação¹⁰⁴⁷; e, já na situação do inquérito, examinado neste tópico, prevaleceu o direito à liberdade de expressão¹⁰⁴⁸, com o registro, contudo, de divergências impactantes no âmbito do próprio inquérito, conforme explicitado; e com a ressalva de que no Inquérito nº 4.694/DF a decisão foi proveniente apenas de uma Turma do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴⁹, enquanto que no caso do *Habeas Corpus* nº 82424/RS trata-

¹⁰⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

¹⁰⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dj-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

¹⁰⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

¹⁰⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dj-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

¹⁰⁴⁹ **Ibid.** p. 1-70.

se de um acórdão decidido pelo Tribunal Pleno da Corte¹⁰⁵⁰. Em outras palavras, a decisão final, colegiada, no caso do Inquérito nº 4.694/DF não chega a mudar a jurisprudência predominante da Corte Constitucional brasileira nos casos de discurso de ódio no Brasil, entretanto não deixa de representar um sinal de alerta para como a Corte irá decidir em casos análogos no futuro.

Logo, evidencia-se a existência de distintas compreensões jurídicas quanto ao caso do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, ilustrada em casos concretos. Constata-se a permanência, no mesmo ordenamento jurídico, de casos práticos que sustentam dois *topoi* completamente opostos quanto ao fenômeno do discurso de ódio, inclusive quanto ao próprio conceito do que constitui a categoria “discurso de ódio”.

Vicente Elísio de Oliveira Neto – em sua obra que trata, sob o prisma da tópica jurídica, da convivência antinômica da concepção biomédica e da concepção biopsicossocial, quanto aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil – explicita que Robert Alexy parte do sistema para o problema na resolução de questões jurídicas e Alexy aparenta, conforme esse autor, desconsiderar que os distintos *topoi*, sejam de caráter normativo ou não, analisados terão distintos posicionamentos confrontados entre si na busca de uma solução que resolva o caso controverso.¹⁰⁵¹ Conforme destaca Vicente Elísio de Oliveira Neto há uma associação intrínseca entre jurisprudência e retórica, como também uma vinculação entre a jurisprudência e a tópica, com fundamentos em Theodor Viehweg para essas vinculações, de acordo com esse autor.¹⁰⁵²

Ademais, Vicente Elísio de Oliveira Neto pontua que ao se partir do problema na direção do sistema – com fundamentos na tópica de Theodor Viehweg –, o sistema caracteriza-se por ser aberto e tópico, em que sua delimitação ocorre apenas diante de um determinado problema, assim se manifestando a jurisprudência – ou teoria do direito – de caráter tópico, conforme esse autor.¹⁰⁵³

Theodor Viehweg articula que ao se partir do sistema ocorre uma seleção de problemas os quais esse sistema pode resolver; entretanto, por outro lado, quando se parte do problema, enfatizando-o, o que ocorre é que esse problema auxiliará no alcance de um sistema que possa

¹⁰⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**: EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

¹⁰⁵¹ OLIVEIRA NETO, Vicente Elísio de. **Deficiência e direitos das pessoas com deficiência**: tópica jurídica e o convívio antinômico entre os pontos de vista biomédico e biopsicossocial. Curitiba: Juruá, 2022. Prefácio de: Enoque Feitosa. p. 152.

¹⁰⁵² **Ibid.** p. 152.

¹⁰⁵³ **Ibid.** p. 152.

resolvê-lo, solucioná-lo.¹⁰⁵⁴ No desenvolvimento desta tese se buscou o desenvolvimento de premissas em sua associação com o problema do discurso de ódio contra grupos vulneráveis no direito brasileiro, com a utilização da tópica jurídica. Pode-se afirmar, desse modo, que se buscou, numa visão mais ampla, o alcance de um sistema no qual esse problema pudesse ter uma solução jurídico-científica, um caminho de resolução a ser experimentado e interpretado a partir da tópica e com aplicabilidade em casos concretos que possam se apresentar no contexto da sociedade brasileira.

5.2.2 O caso da comunidade LGBTI+ e o exame tópico da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF

A comunidade LGBTI+ configura-se como um grupo vulnerável na medida em que as pessoas LGBTI+ são vítimas frequentes de discriminação e preconceito que, inclusive, se materializa na forma de violência e assassinatos, conforme será apresentado ainda neste tópico, por meio de estatísticas no âmbito do território brasileiro. Como também, a análise de um caso concreto acerca da hermenêutica jurídica no direito brasileiro, que envolve a situação do discurso de ódio contra esse grupo vulnerável, quanto aos delineamentos desse fenômeno – do discurso de ódio – e a aplicabilidade das normas jurídicas num caso topicamente considerado.

Roger Raupp Rios ao tratar acerca do princípio constitucional da igualdade e do conceito jurídico de discriminação, afirma que: “[...] importa enfrentar a desigualdade nociva, pois nem sempre a adoção de tratamentos distintos revela-se maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida, até em virtude da dimensão material do princípio da igualdade.”¹⁰⁵⁵ Conforme abordado por esse autor, quando há um tratamento diferente que seja nocivo ao indivíduo, que lhe cause danos ou prejuízos, neste ponto há uma desigualdade que não se pode aceitar, pois que viola a faceta material do direito à igualdade e não discriminação.¹⁰⁵⁶

Ademais, Roger Raupp Rios destaca o entendimento jurídico de que a proibição de discriminação por motivo de sexo – consagrada no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988¹⁰⁵⁷ – pode se relacionar com diversos casos: como as mulheres; as pessoas homoafetivas;

¹⁰⁵⁴ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 19-21.

¹⁰⁵⁵ RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 696.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.* p. 696.

¹⁰⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

travestis; e transexuais.¹⁰⁵⁸ Roger Raupp Rios assevera que a discriminação por orientação sexual configura-se numa situação de distinção pelo motivo do sexo da pessoa a qual é direcionado o envolvimento de caráter sexual; estando a orientação sexual, conforme esse autor, associada com o sexo das pessoas que estão numa determinada relação afetivo-sexual.¹⁰⁵⁹

Adilson José Moreira corrobora o entendimento de que a discriminação por orientação sexual se enquadra no parâmetro já existente de discriminação em razão do sexo, considerando-se que, conforme esse autor, determinados grupos sociais buscam proteção com base em modelos já existentes, para além da tentativa de se demandar reconhecimento jurídico a partir do Poder Legislativo. Adilson José Moreira fundamenta jurisprudencialmente essa compreensão a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ¹⁰⁶⁰, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, e que estabeleceu o reconhecimento dos casais homoafetivos na instituição jurídica de família.¹⁰⁶¹

Já no caso das pessoas transexuais, Roger Raupp Rios ressalta que a adoção estrita de uma perspectiva biomédica do que é ser homem e do que é ser mulher, com um decorrente binarismo dos dois gêneros, do feminino e do masculino, enfraquece a juridicidade de diversos direitos, como o princípio da igualdade; pois que essa adoção iria retirar os direitos e liberdades do indivíduo – a partir de restrições de caráter discriminatório – de desenvolver livremente sua identidade sexual e de gênero, conforme esse autor; e que isso possui implicações para a limitação de direitos e liberdades não apenas de transexuais, mas também de heterossexuais, mulheres, travestis e pessoas homoafetivas, de acordo com Roger Raupp Rios; daí a importância de se adotar uma concepção mais ampla, social e inclusiva, que supere a perspectiva apenas biomédica.¹⁰⁶² Conforme Roger Raupp Rios:

Assim sendo, a compreensão da proibição de discriminação sexual deve adotar a extensão mais apta a contemplar a força normativa da Constituição como um todo. Isto significa que a proibição de discriminação por motivo de sexo alcança diversas manifestações: os tratamentos desfavoráveis experimentados por heterossexuais em

¹⁰⁵⁸ RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 700.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.* p. 704.

¹⁰⁶⁰ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Acórdão. ADPF 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. **Dje-198 Divulg 13-10-2011 Public 14-10-2011 Ement Vol-02607-01 Pp-00001**. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 08 abr. 2024.

¹⁰⁶¹ MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 70-71.

¹⁰⁶² RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 707-708.

virtude de seu sexo biológico e gênero, por homossexuais em virtude de sua orientação sexual, por travestis e transexuais em virtude de sua identidade de gênero.¹⁰⁶³

Considerando-se as particularidades da homofobia e da transfobia e aplicando-se no recorte histórico-social da pesquisa, no contexto do Estado brasileiro, cumpre reforçar que práticas homofóbicas e transfóbicas foram implementadas pelo Estado ditatorial entre 1964 e 1985, conforme abordado ao final do terceiro capítulo, acerca da evolução histórico-jurídica. E no que se refere à realidade após a redemocratização, explicita-se a análise estatística quanto ao período desde 2019 até o ano de 2022; de modo a explicitar um panorama recente e atualizado acerca das pessoas LGBTI+; compreendendo-se, inclusive, o período da pandemia de Covid-19.

Assim, conforme o relatório do ano de 2019 do Grupo Gay da Bahia, acerca de mortes violentas de pessoas LGBTI+ no Brasil, quanto ao ano de 2019 foram identificadas 329 mortes, com a seguinte distribuição entre as regiões brasileiras: no Nordeste, 117 mortes (35,56%); no Sudeste, 98 mortes (29,79%); no Norte, 56 mortes (17,02%); no Sul, 31 mortes (9,42%); e no Centro-Oeste, 27 mortes (8,21%).¹⁰⁶⁴ Ademais, esse relatório de 2019 do Grupo Gay da Bahia indicou que a ação contra as mortes violentas de pessoas LGBTI+ no Brasil deve ir além da área da segurança pública e da justiça, para que também se considere a questão da vulnerabilidade social e de efetivação da cidadania¹⁰⁶⁵.

No ano de 2020, o relatório do Observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil identificou 237 mortes que foram motivadas pela LGBTIfobia¹⁰⁶⁶. Essas mortes foram especialmente identificadas nas diversas regiões geográficas brasileiras do seguinte modo: na região Norte, 20 mortes; na região Nordeste, 113 mortes; na Centro-Oeste, 18 mortes; na Sudeste, 66 mortes; e na região Sul, 20 mortes. O relatório indica, em números absolutos, mais casos na região Nordeste (113 mortes), seguido das seguintes regiões: Sudeste (66 mortes); Norte (20 mortes); Sul (20 mortes); e Centro-Oeste (18 mortes).¹⁰⁶⁷ Já no que concerne aos dados relativos, que consistem no número de mortes a cada um milhão de habitantes, o relatório

¹⁰⁶³ RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 715.

¹⁰⁶⁴ OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (org.). **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Relatorio-2019.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2023. p. 40-41.

¹⁰⁶⁵ **Ibid.** p. 47.

¹⁰⁶⁶ GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga *et al* (org.). **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020**: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. p. 25.

¹⁰⁶⁷ **Ibid.** p. 47.

de 2020 do Observatório de mortes violentas de LGBTI+ explicita: no Nordeste, 2,12 mortes para cada um milhão de pessoas; no Centro-Oeste, 1,28 mortes; no Norte, 1,26 mortes; no Sudeste, 0,82 mortes; e no Sul, 0,73 mortes, considerando-se a cada um milhão de pessoas.¹⁰⁶⁸

Quanto ao ano de 2021, o Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil identificou a morte de forma violenta de 316 pessoas LGBTI+ no País, configurando-se numa média nacional de 1,48 mortes a cada um milhão de pessoas, conforme o dossiê elaborado. Essa média de mortes a cada um milhão de habitantes por região do País foi registrada do seguinte modo, no ano de 2021, de acordo com o dossiê: no Centro-Oeste, 2,15 mortes; no Nordeste, 2,01 mortes; no Norte, 1,69; no Sudeste, 1,15; e no Sul, 0,92.¹⁰⁶⁹ Já em números absolutos, no ano de 2021, verificou-se: no Nordeste, 116 mortes; no Sudeste, 103 mortes; no Centro-Oeste, 36 mortes; no Norte, 32 mortes; no Sul, 28 mortes; e, por fim, 1 morte que não foi informada a região.¹⁰⁷⁰

Esse dossiê de 2021 do Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil analisou associações entre o número de mortes e aspectos sociais, econômicos e culturais das regiões brasileiras: no sentido de que as regiões Sudeste e Sul do Brasil por terem, historicamente, maiores investimentos, inclusive industrial, tecnológico e educacional, com maior acesso à informação, tem nesses fatores elementos que contribuem para ações menos preconceituosas para com a comunidade LGBTI+; enquanto que as regiões Nordeste e Norte, conforme o dossiê de 2021, possuem uma população mais vulnerável, inclusive devido a aspectos socioeconômicos menos favoráveis do que no restante do Brasil; já a região Centro-Oeste por ser a fronteira agrícola mais importante do País, com ligações ao agronegócio, há um ambiente de conflitos por causa da terra e esses espaços constituem-se, de forma frequente, em locais violentos, de acordo com o dossiê.¹⁰⁷¹

Por fim, no dossiê do ano de 2022 do Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil verificou-se a morte violenta de 273 pessoas LGBTI+ no País; numa média nacional de 1,31 mortes para cada um milhão de pessoas.¹⁰⁷² E essa média de mortes a cada um milhão de habitantes por região do País foi registrada do seguinte modo, no ano de 2022, de acordo com o dossiê: região Centro-Oeste, 2,24 mortes; no Nordeste, 2,13 mortes; no Norte, 1,57 mortes;

¹⁰⁶⁸ GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga *et al* (org.). **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia**. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. p. 47-48.

¹⁰⁶⁹ OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2021**. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2022. p. 36.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.* p. 36-37.

¹⁰⁷¹ *Ibid.* p. 39.

¹⁰⁷² OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2022**. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023. p. 48-49.

no Sudeste, 0,81; e no Sul, 0,62.¹⁰⁷³ Já no que concerne ao número absoluto de mortes, os valores verificados foram os seguintes: no Nordeste, 118 mortes; no Sudeste, 71 mortes; no Centro-Oeste, 37 mortes; no Norte, 28 mortes; e no Sul, 19 mortes.¹⁰⁷⁴ Quanto à análise de associações entre o número de mortes e aspectos sociais, econômicos e culturais das regiões brasileiras, o dossiê de 2022 do Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ elaborou uma análise similar à realizada no ano anterior, de 2021, já explicitada¹⁰⁷⁵.

No que se refere à comunidade LGBTI+, o caso topicamente considerado e que foi julgado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal¹⁰⁷⁶ (ADO nº 26/DF), julgada em junho de 2019; cronologicamente após o julgamento do caso dos afrodescendentes, examinado no subtópico anterior. O julgamento, pela Corte Constitucional brasileira, da ADO nº 26/DF foi explicitado brevemente no capítulo anterior, no subtópico “4.3.1 A jurisprudência da Corte Constitucional brasileira”. Neste momento, após detalhadas e articuladas as premissas tópicas da pesquisa¹⁰⁷⁷, é realizado um exame do caso no que concerne ao discurso de ódio contra o grupo vulnerável em análise, a comunidade LGBTI+, e os direitos em tensão no caso concreto topicamente considerado.

Numa situação prática, Theodor Viehweg aponta que uma tópica de primeira etapa ou grau pode ser aplicada quando da análise de um problema há, em relação a algum aspecto, um embate, e o operador que busca a solução irá, através da busca de premissas coerentes com a situação e da indicação de posições ou *topoi*, chegar a alguma solução.¹⁰⁷⁸ Já a tópica de segunda etapa ou grau ocorre quando o operador, para resolver um problema específico, busca posições ou *topoi* já disponíveis para a resolução do problema, que formam verdadeiros

¹⁰⁷³ OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2022**. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023. p. 49-51.

¹⁰⁷⁴ **Ibid.** p. 49.

¹⁰⁷⁵ **Ibid.** p. 51-52.

¹⁰⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 1-566.

¹⁰⁷⁷ A evolução histórica das declarações de direitos e a mudança paradigmática após o fim da segunda guerra mundial; a permanência da problemática das colisões ou tensões entre direitos e princípios; a identificação da conjuntura na qual se identificam resquícios jurídico-sociais de período ditatorial relativamente recente, no atual Estado Democrático de Direito brasileiro; e o detalhamento da delimitação conceitual e prática de categorias fundamentais para a pesquisa: o discurso de ódio, os grupos vulneráveis, a extensão de direitos e princípios pertinentes à pesquisa, as relações entre argumentação e hermenêutica, e a jurisprudência aplicável da Corte Constitucional brasileira.

¹⁰⁷⁸ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 22-23.

catálogos, de acordo com Theodor Viehweg.¹⁰⁷⁹ Nesta tese se utiliza tanto a tópica jurídica de primeira etapa, quanto a tópica de segunda etapa, explica-se: a tópica de primeiro grau é utilizada na busca e desenvolvimento das premissas desveladas no decorrer dos capítulos; e a tópica de segundo grau, por sua vez, é observada quando da análise dos casos concretos já apreciados pela Corte Constitucional brasileira se indicam os distintos *topoi* que são defendidos ou acusados em cada situação concreta, conforme o recorte da pesquisa.

Conforme brevemente apresentado no capítulo anterior, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal (ADO nº 26/DF) o Partido Popular Socialista, parte requerente, entrou com a ação judicial em face de omissão legislativa do Poder Legislativo nacional, no âmbito da União, quanto à normatização infraconstitucional do que a Constituição Federal de 1988 assegura: em seu art. 5º, inciso XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”¹⁰⁸⁰; e inciso XLII, “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”¹⁰⁸¹; no que concerne especificamente ao grupo vulnerável consistente nas pessoas integrantes da comunidade LGBTI+.¹⁰⁸² Nesse precedente judicial, a Corte Constitucional explicitou que o discurso de ódio é inadmissível, conforme o art. 13, §5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰⁸³, além de não ser amparado pela liberdade de expressão na Constituição.¹⁰⁸⁴

No julgamento da ADO nº 26/DF, a Corte Constitucional brasileira, por maioria, decidiu: pelo reconhecimento do estado de mora inconstitucional, acerca do conteúdo dos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Magna de 1988, quanto às pessoas da comunidade

¹⁰⁷⁹ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law: a contribution to basic research in law.** Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 23.

¹⁰⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰⁸¹ **Ibid.**

¹⁰⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243.** Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 1-3.

¹⁰⁸³ “ARTIGO 13 Liberdade de Pensamento e de Expressão [...] 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, *bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.*” (grifos nossos).

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁰⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243.** Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 3-8.

LGBTI+; pela declaração, em decorrência dessa situação inconstitucional, de omissão legislativa existente, de responsabilidade do Congresso Nacional; pela cientificação do Congresso Nacional; pela determinação de se interpretar conforme à Constituição Federal de 1988 o que está estabelecido nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para que haja o enquadramento da homofobia e da transfobia, por qualquer meio de manifestação, na tipificação penal editada pela Lei nº 7.716/1989, até que haja a edição de uma legislação autônoma mais específica do Congresso Nacional; e pela declaração de que os efeitos dessa interpretação, conforme à Carta Magna, apenas serão aplicados a partir da data de conclusão do julgamento da ADO nº 26/DF.¹⁰⁸⁵ Seguindo-se, desse modo, o voto do relator da ADO nº 26/DF, o Ministro Celso de Mello¹⁰⁸⁶.

Além de concluir por essa decisão, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal (ADO nº 26/DF), fixou, por maioria, essencialmente, três teses: a primeira, de que as condutas homofóbicas e transfóbicas configuram-se em expressões racistas em sua dimensão social e, por isso mesmo, têm sua tipificação penal ajustada e adequada às definições da Lei nº 7.716/1989 em seus preceitos primários de incriminação, inclusive como circunstância que qualifica o crime de homicídio doloso; a segunda, de que o exercício da liberdade religiosa não é alcançada, restringida ou limitada pela repressão penal a condutas homofóbicas e transfóbicas, contanto que as manifestações em âmbito religioso não consistam em discursos de ódio, que, conforme explicitado pela Corte quanto à comunidade LGBTI+, são discursos que incitam a discriminação, a hostilidade ou a violência contra as pessoas por motivo de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; e a terceira tese, que consiste no entendimento de que o conceito de racismo, em sua dimensão social, vai além de fatores biológicos ou de fenótipo, pois que envolve outros fatores, como no campo histórico e cultural.¹⁰⁸⁷ Conforme o voto do relator da ADO nº 26/DF, o Ministro Celso de Mello¹⁰⁸⁸.

Outrossim, o Ministro Edson Fachin explicitou, em seu voto, que a igualdade exige dos intérpretes da Carta Magna, que seja reconhecido o mesmo caráter ofensivo da discriminação; e o Ministro exemplificou que não pode ser aceito o tratamento discriminatório, seja em face

¹⁰⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 10-11.

¹⁰⁸⁶ **Ibid.** p. 191-192.

¹⁰⁸⁷ **Ibid.** p. 11-12.

¹⁰⁸⁸ **Ibid.** p. 189-190.

dos judeus, ou no caso da discriminação e apologia ao ódio relacionados à expressão da sexualidade. O Ministro Edson Fachin acompanhou o relator, Ministro Celso de Mello, julgando procedente a ação e no sentido do reconhecimento da omissão inconstitucional, além da aplicação da Lei nº 7.716/1989 aos casos de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, até que haja uma legislação mais específica.¹⁰⁸⁹

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, também acompanhou o relator, Ministro Celso de Mello, julgando a ação procedente no sentido de declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional; e de se interpretar conforme à Constituição – dispositivos constitucionais 1º, inc. III; 3º, incisos I e IV; 5º, incisos XLI, XLII e §1º, da Carta Magna – a Lei nº 7.716/1989, para que seus tipos penais sejam aplicáveis à homofobia e à transfobia, até a edição de legislação específica.¹⁰⁹⁰ O Ministro Luís Roberto Barroso votou também no sentido de reconhecer a omissão inconstitucional do Poder Legislativo da União; além da aplicabilidade da Lei nº 7.716/1989 aos atos discriminatórios referentes à orientação sexual e/ou identidade de gênero.¹⁰⁹¹

A Ministra Rosa Weber, ademais, seguiu o voto do relator da ADO nº 26/DF, de modo a reconhecer a mora legislativa inconstitucional, como também a aplicabilidade da Lei nº 7.716/1989, com interpretação conforme à Constituição, aos crimes que possuam motivação homofóbica ou transfóbica.¹⁰⁹² O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do relator, Ministro Celso de Mello, e reconheceu a mora legislativa; e a aplicabilidade da Lei nº 7.716/1989, ou de uma outra lei que possa vir a substituí-la, para os casos de condutas homofóbicas e/ou transfóbicas.¹⁰⁹³ E a Ministra Cármen Lúcia também votou de modo a julgar procedente a ação, na parte em que foi conhecida, declarando-se a omissão legislativa inconstitucional, e a subsunção das práticas homofóbicas e transfóbicas à Lei nº 7.716/1989, até que haja uma lei específica.¹⁰⁹⁴

Além disso, o Ministro Gilmar Mendes adotou, na íntegra, o voto do Ministro Relator da ADO nº 26/DF, e a julgou procedente no sentido da declaração de inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo da União, tendo por base o art. 5º, incisos XLI e XLII da

¹⁰⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 216.

¹⁰⁹⁰ **Ibid.** p. 271.

¹⁰⁹¹ **Ibid.** p. 302.

¹⁰⁹² **Ibid.** p. 401.

¹⁰⁹³ **Ibid.** p. 437.

¹⁰⁹⁴ **Ibid.** p. 496.

Constituição Federal de 1988; para que o Congresso Nacional seja cientificado; e, por fim, que os tipos penais da Lei nº 7.716/1989 sejam interpretados conforme à Carta Magna de 1988, para que condutas homofóbicas e transfóbicas sejam consideradas crimes, inclusive as ofensas de caráter individual e coletivo, como também ameaças, agressões e discriminações que se motivem pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, de âmbito real ou mesmo suposto, da vítima.¹⁰⁹⁵

Explicitado o que foi julgado e estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no caso da ADO nº 26/DF, cumpre ressaltar que esse julgamento foi decidido por maioria, sendo vencidos quanto às determinações do julgado o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Dias Toffoli, que entendiam a ação como parcialmente procedente, além do Ministro Marco Aurélio, que julgou a ação improcedente.¹⁰⁹⁶ Já no que se refere especificamente às teses fixadas por maioria, foi vencido o Ministro Marco Aurélio, que não ratificou as teses que foram propostas.¹⁰⁹⁷

Interessante notar que quando da análise do Inquérito nº 4.694/Distrito Federal, examinado no subtópico anterior, a Primeira Turma da Corte Constitucional rejeitou a denúncia, de acordo com os votos do Ministro Relator, e por maioria; o relator foi o Ministro Marco Aurélio.¹⁰⁹⁸ Apesar da diferença de julgamento entre a Primeira Turma do STF no Inquérito nº 4.694/DF, julgado em setembro de 2018¹⁰⁹⁹; e, por outro lado, o julgamento do Plenário da Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal, julgada em junho de 2019¹¹⁰⁰; no caso do inquérito tratou-se do julgamento realizado por uma Turma do STF, enquanto que na situação ora em análise, da ADO nº 26/DF, trata-se do Plenário da Corte Constitucional.

Pelo fato de o julgamento da ADO nº 26/DF ter seguido o precedente judicial firmado pelo *Habeas Corpus* nº 82424/Rio Grande do Sul, julgado em setembro de 2003 pelo Plenário

¹⁰⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243.** Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 542-543.

¹⁰⁹⁶ **Ibid.** p. 10-11.

¹⁰⁹⁷ **Ibid.** p. 11-12.

¹⁰⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

¹⁰⁹⁹ **Ibid.** p. 1-70.

¹¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243.** Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 1-566.

do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰¹ assevera-se que o entendimento da Corte acerca da prevalência do princípio da igualdade e não discriminação, com respaldo na dignidade da pessoa humana, nos casos de discurso de ódio, termina por ser mantido. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que o julgamento da Primeira Turma da Corte no caso do Inquérito nº 4.694/DF, julgado em setembro de 2018¹¹⁰², representa uma exceção à compreensão da Corte Constitucional brasileira como um todo, na análise de tensões entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação, sob o filtro de análise da dignidade humana, em situações de discurso de ódio.

Desse modo, evidenciada a existência de uma exceção em um precedente judicial de uma Turma do Supremo Tribunal Federal na interpretação da tensão jurídica entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e não discriminação; isso reforça a tensão existente entre esses princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro em casos de discurso de ódio em face de grupos vulneráveis. O reforço, relativamente recente, dessa tensão tem um significado especial no contexto do amadurecimento do Estado brasileiro e da sociedade após a Constituição Federal de 1988; um significado de que as conquistas e avanços jurídicos, sociais e políticos iniciados e concretizados a partir da Carta Magna de 1988¹¹⁰³ não conduzam as instituições do Estado Democrático de Direito a repousarem apaticamente diante de provocações, ameaças de violação ou mesmo violações concretas de direitos humanos. Considerando-se, ademais, a relação intrínseca que há entre a efetividade dos direitos humanos, de um lado, e a manutenção e desenvolvimento da democracia brasileira, de outro lado; ainda mais, após tudo que ocorreu durante a ditadura militar brasileira, conforme explicitado no terceiro capítulo desta tese.

Acerca da natureza dos *topoi*, Theodor Viehweg expõe que a sua funcionalidade está em serem aplicáveis ao debate dos problemas.¹¹⁰⁴ E que ao se ocorrer a alteração das circunstâncias examinadas a própria ordenação dos *topoi* em torno da situação em análise pode

¹¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**: EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

¹¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

¹¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹¹⁰⁴ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 25.

ser ajustada, podendo haver uma modificação de entendimento a depender da mudança das circunstâncias; assim, os *topoi* representam opções de aplicação e guias do próprio pensamento, desvela Theodor Viehweg.¹¹⁰⁵

Trazendo-se o olhar para a tensão jurídica apresentada no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal (ADO nº 26/DF), verifica-se que o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, afirma que o caso envolve valores constitucionais relevantes e que se configura como inadmissível no Estado brasileiro a manutenção da discriminação e violência sofridas por pessoas homoafetivas e transgêneros.¹¹⁰⁶

Apesar disso, o Ministro Marco Aurélio argumenta que, tendo por base a igualdade, conforme o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹¹⁰⁷, não seria cabível reconhecer um direito subjetivo à criminalização de uma conduta de outra pessoa para, posteriormente, configurar-se a falta de norma jurídica regulamentadora do exercício desse direito; e que cabe ao Estado o poder-dever de punição, que esse poder-dever não é dos particulares, conforme o Ministro.¹¹⁰⁸ O Ministro Marco Aurélio complementa seu posicionamento ao defender que não se pode obter em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão o deferimento de demanda que implique na violação da reserva de lei no que se refere à matéria de natureza penal¹¹⁰⁹; e que, além disso, no entendimento do Ministro, também não seria cabível enquadrar-se a homofobia e a transfobia como racismo, com a finalidade de obter a tipificação de uma conduta¹¹¹⁰.

O Ministro Marco Aurélio, em sua argumentação, também cita o julgamento do Inquérito nº 3.590, em que foi o relator, com acórdão publicado em setembro de 2014¹¹¹¹, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu pela não aplicabilidade dos tipos

¹¹⁰⁵ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 25-26.

¹¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 544-545.

¹¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 552.

¹¹⁰⁹ **Ibid.** p. 552.

¹¹¹⁰ **Ibid.** p. 553.

¹¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 3590/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. **Acórdão Eletrônico Dje-177; Divulg 11-09-2014; Public 12-09-2014**. Brasília, 12 set. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em: 31 mar. 2024. p. 1-12.

penais no âmbito da Lei nº 7.716/1989 aos casos de discriminação ou preconceito por motivo de orientação sexual.¹¹¹² Por fim, o Ministro Marco Aurélio decidiu, conforme seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, pela improcedência do pedido, não se reconhecendo a omissão legislativa no que concerne à criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas¹¹¹³.

Quanto ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o referido magistrado decidiu pelo provimento parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, de forma a ser reconhecida a mora legislativa, com a devida cientificação do Poder Legislativo nacional para que exerça seu papel legislativo; ademais, o Ministro, em seu voto, com base no princípio da reserva legal, decidiu por não aplicar uma interpretação extensiva ao tipo penal em exame.¹¹¹⁴

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, sintetizou que apesar de haver divergência de alguns Ministros no que se refere à conclusão dos votos, todos reconheceram o repúdio ao preconceito e à discriminação por motivos de orientação sexual. Explicitou o Ministro Dias Toffoli que o escopo da Corte Constitucional é de efetivar o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988¹¹¹⁵ e que esse dispositivo normativo, conforme o Ministro, faz parte da fundação da sociedade brasileira a partir da promulgação da Carta Magna de 1988. Por fim, o Ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do Ministro Ricardo Lewandowski.¹¹¹⁶

Nota-se que, nesse caso concreto, a tensão jurídica se centraliza na interpretação do direito à igualdade e, inclusive, essa tensão se materializa no voto do Ministro Marco Aurélio, que abre a divergência mais contundente em relação ao voto dos demais Ministros. Nesse sentido, conforme demonstrado, o Ministro Marco Aurélio defende o posicionamento de que, tendo por base o direito à igualdade, com fundamento no art. 5º, *caput*, da Constituição

¹¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 554.

¹¹¹³ **Ibid.** p. 557.

¹¹¹⁴ **Ibid.** p. 514.

¹¹¹⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 558.

Federal¹¹¹⁷, não seria juridicamente cabível um direito subjetivo à criminalização da conduta de outra pessoa para, em seguida, determinar-se a falta de norma jurídica que regule o exercício desse direito; que é do Estado o poder-dever de punição, e que esse poder-dever não é da titularidade dos particulares, conforme o Ministro.¹¹¹⁸

Conforme examinado no capítulo anterior, no subtópico “4.2.2” – acerca do direito à igualdade em sua vertente da não discriminação –, J. J. Gomes Canotilho assevera que a função de não discriminação está entre as funções dos direitos fundamentais e que essa função tem sua base no princípio e nos direitos específicos de igualdade, compreendendo diversos direitos, liberdades e garantias, como o caso dos direitos das minorias, conforme Canotilho.¹¹¹⁹ Além disso, conforme também examinado no capítulo anterior, no subtópico “4.1.3” – acerca do discurso de ódio contra grupos vulneráveis –, o fenômeno do discurso de ódio contra esses grupos, além de não estar protegido pela liberdade de expressão, esse tipo de discurso viola diretamente o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação, podendo, inclusive, incitar e provocar a violação de outros direitos, como o direito à integridade física e o próprio direito à vida.

Adicionalmente, Celso Antônio Bandeira de Mello explicita que para se constatar se há concretização do princípio da igualdade em determinado caso tem de haver uma correspondência lógica entre o fator de distinção e o tratamento jurídico em decorrência disso, como também um exame acerca de se os interesses positivados constitucionalmente são preservados nessa interação, isto é, não basta que haja a correspondência lógica.¹¹²⁰ De acordo com esse autor, e tendo por base o pensamento aristotélico, o conteúdo do princípio da igualdade determina que haja tratamento igual para situações iguais e tratamento desigual para situações desiguais, sendo também averiguados a correspondência lógica do fator distintivo com o tratamento jurídico, e se há conformidade com os valores positivados na Carta Magna.¹¹²¹

Tendo em vista essas considerações – e que o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF abarca a análise de criminalização de condutas

¹¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 552.

¹¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 409-410.

¹¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 22.

¹¹²¹ **Ibid.** p. 10-42.

homofóbicas e transfóbicas, em todas as suas formas e, inclusive, as ofensas, sejam individuais e/ou coletivas, conforme o relatório do Ministro Celso de Mello, relator da ADO nº 26/DF¹¹²² –, constata-se que, a partir da análise tópica do caso e das premissas desenvolvidas ao longo da pesquisa, o direito à igualdade fundamenta a não aceitação jurídica do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, a exemplo da comunidade LGBTI+.

E, por isso mesmo, no caso concreto não há que se fundamentar uma ausência de proteção jurídica de um grupo vulnerável específico, a comunidade LGBTI+, supostamente com base no direito à igualdade. Pelo contrário, o direito à igualdade protege a todos e, especialmente, os grupos vulneráveis. Sob a ótica da tópica jurídica, Theodor Viehweg detecta que a tópica indica um caminho de busca e exame de premissas, enquanto a lógica, por outro lado, acolhe a premissa e a desenvolve¹¹²³.

Cumprе evidenciar que no Acórdão da Corte Constitucional acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF foi citado o *Habeas Corpus* nº 82424/RS – o paradigmático caso Ellwanger –, no sentido de que ao se conferir interpretação conforme à Carta Magna de 1988, tendo em vista o que dispõe os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para que haja o enquadramento de condutas homofóbicas e transfóbicas na tipificação da Lei nº 7.716/89, até que haja uma legislação mais específica editada pelo Poder Legislativo nacional; fundamenta-se, para tanto, de acordo com o Acórdão da Corte, que as condutas homotransfóbicas configuram-se em espécies compreendidas no gênero racismo, na configuração de racismo social que foi reconhecida pela Corte Constitucional brasileira exatamente no julgamento, pelo plenário do STF, do *Habeas Corpus* nº 82424/RS; além de que, tais condutas, conforme a Corte, configuram-se em discriminação e ofensa a direitos e liberdades das pessoas que fazem parte do grupo vulnerável LGBTI+. ¹¹²⁴

Conforme explicitado no capítulo anterior, no paradigmático caso do *Habeas Corpus* nº 82424/RS, julgado em setembro de 2003 pelo plenário do STF, a Corte Constitucional brasileira indeferiu o remédio constitucional e decidiu que a escrita, edição, divulgação e comercialização

¹¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 16.

¹¹²³ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 27.

¹¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 10.

de livros com conteúdo preconceituoso e discriminatório contra o povo judeu se tipifica como crime de racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/1989¹¹²⁵) e, por isso mesmo, não há a aplicabilidade de fiança e de prescrição, de acordo com a Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, inc. XLII¹¹²⁶. Como também a Corte asseverou que o conceito de raça resulta de um processo político-social e que o racismo tem a característica de proliferar a discriminação e o preconceito de caráter segregacionista. E o STF consolidou o posicionamento jurídico de que a liberdade de expressão não é uma garantia absoluta e se sujeita a limites morais (que decorrem em ilicitude penal) e jurídicos, e sendo ressaltada a prevalência do princípio da dignidade humana e do princípio da igualdade no caso concreto; considerando-se que, conforme decidido pela Corte, a liberdade de expressão não pode ser utilizada como justificativa jurídica para a realização de atos ilícitos.¹¹²⁷

5.2.3 A relação do discurso de ódio com os âmbitos político e social: aplicabilidade de uma hermenêutica jurídica inovadora

Neste último tópico examina-se o impacto do discurso de ódio em distintos âmbitos – político e social – e a aplicabilidade de uma hermenêutica jurídica inovadora, tendo em vista o que foi pesquisado e desenvolvido nos capítulos anteriores desta tese, como também nos tópicos anteriores. Desse modo, o discurso de ódio contra grupos vulneráveis, como um fenômeno ilícito e danoso que ocorre na sociedade, relaciona-se com fatores políticos e sociais e, por isso mesmo, por haver essa relação, esse fenômeno pode, inclusive, impactar – de forma negativa – nesses distintos âmbitos.

Theodor Viehweg constata que na construção de um sistema e, em especial um sistema de direito, não há como a tópica ser integralmente excluída, dada a sua relação com o exame jurídico das situações.¹¹²⁸ Theodor Viehweg também reflete que no plano jurídico, quanto ao

¹¹²⁵ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

¹¹²⁶ “Art. 5º [...]”

XLII - a prática do racismo constitui *crime inafiançável e imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;” (Grifos nossos).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

¹¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**; EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022. p. 1-8.

¹¹²⁸ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 74.

aspecto lógico, o que ocorre é uma diversidade de sistemas, sendo preciso uma ferramenta que resolva as colisões entre os sistemas, e essa ferramenta, conforme esse autor, consiste na hermenêutica jurídica, isto é, a interpretação; e que é por meio dessa ferramenta que a tópica ingressa no âmbito jurídico, estando interpretação e tópica jurídica diretamente associadas, considerando-se inclusive as alterações que ocorrem no direito no decorrer do tempo.¹¹²⁹

Numa relação entre o discurso de ódio e aspectos políticos, ressalta-se a invisibilização – ou efeito de tornar invisível – do discurso de ódio contra grupos vulneráveis. Por tornar invisível o discurso de ódio significa o não reconhecimento explícito e objetivo desse tipo de discurso como um ilícito jurídico; e isso acaba tornando comum, em determinados âmbitos, discursos discriminatórios e ofensivos contra os grupos vulneráveis, o que dificulta ainda mais a atuação célere do próprio Estado, como o caso do Poder Legislativo, na elaboração de leis específicas. Um exemplo que pode ser levantado é o caso das condutas homofóbicas e transfóbicas – que abarcam discursos de ódio contra a comunidade LGBTI+ – e que, por tanto tempo, no âmbito da República brasileira, não havia uma determinação jurídica uniforme, ou minimamente específica, para punir, com amparo jurídico, os discursos de ódio contra as pessoas da comunidade LGBTI+.

Ainda não há uma legislação específica quanto à repressão das condutas homofóbicas e transfóbicas que ocorrem em território brasileiro; e foi preciso um precedente judicial do Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes*, – na Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/DF, julgada em junho de 2019, examinada anteriormente – para reconhecer a mora inconstitucional do Poder Legislativo da União para exercer a sua atividade legiferante – ainda em mora, até os dias atuais – e explicitar, entre outros pontos, que o discurso de ódio é inadmissível, conforme o art. 13, §5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹³⁰, além de não ser amparado pela liberdade de expressão na Carta Magna de 1988.¹¹³¹ Conforme Theodor Viehweg, a tópica está à disposição de situações em que, à princípio, não se visualiza

¹¹²⁹ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 75-76.

¹¹³⁰ “ARTIGO 13 Liberdade de Pensamento e de Expressão [...] 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.” (grifos nossos).

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243**. Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022. p. 3-12.

uma solução, mas que essa solução possa ser alcançada a partir do pensamento dirigido ao problema.¹¹³²

É preciso destacar que recentemente – em decisão de agosto de 2023, no âmbito dos Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4733/Distrito Federal¹¹³³ – o Supremo Tribunal Federal decidiu que considerando-se que a injúria racial se configura em uma das formas de manifestação do crime de racismo, logo, atos homofóbicos e transfóbicos podem ser configurados como crime de injúria racial. Os embargos de declaração desse caso foram conhecidos e acolhidos pela Corte Constitucional e complementou o entendimento já consolidado pela Corte no anterior julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF – que foi examinada nesta tese no subtópico 5.2.2 – e do Mandado de Injunção nº 4733/DF.¹¹³⁴

Isto é, apesar de haver um reconhecimento jurídico por meio do Poder Judiciário do caráter ilícito do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, conforme exemplificado a partir do caso da comunidade LGBTI+, há uma demanda desse reconhecimento normativo específico a partir do Poder Legislativo, com destaque no âmbito da União. Essa dificuldade em se reconhecer, no âmbito político, a não aceitação de discursos que violam direitos humanos de grupos em situação de vulnerabilidade denota um obstáculo, ainda a ser superado, para que se alcance uma compreensão social mais densa de que não há proteção jurídica do discurso de ódio contra grupos vulneráveis.

Já numa relação entre discurso de ódio e aspectos sociais, tendo em vista também a ocorrência da invisibilização desse tipo de discurso como um ilícito jurídico, de forma explícita, prevista em legislação específica, para os diversos grupos vulneráveis, a exemplo do caso topicamente considerado da comunidade LGBTI+; da mora do Poder Legislativo em dar celeridade a essas questões; e, adicionalmente, julgamentos pontuais que parecem relativizar a gravidade de discursos com forte teor ofensivo e discriminatório, a exemplo do caso topicamente considerado no Inquérito nº 4.694/DF, julgado pela 1ª Turma do STF, e examinado no subtópico 5.2.1, que apesar de haver uma legislação específica que protege os afrodescendentes de discursos de ódio – a Lei nº 7.716/1989, que prevê em seu artigo 20, *caput*: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião

¹¹³² VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 19-20.

¹¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal. Brasília, DF, 22 de agosto de 2023. **Processo Eletrônico Dje-S/N Divulg 08-09-2023 Public 11-09-2023**. Brasília, 11 set. 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770595336>>. Acesso em: 04 mar. 2024.

¹¹³⁴ **Ibid.**

ou procedência nacional”¹¹³⁵ –, ainda assim, no julgamento do Inquérito nº 4.694/DF a denúncia foi rejeitada, por 3 votos a 2, prevalecendo-se no caso concreto a liberdade de expressão do acusado¹¹³⁶.

Situações e casos como esse terminam direta ou indiretamente repercutindo na sociedade, são divulgados, e geram uma errônea percepção social de que discursos ofensivos e discriminatórios são, de certa forma, tolerados; quando, em realidade, a jurisprudência predominante da Corte Constitucional brasileira não admite discursos de ódio contra grupos vulneráveis, consoante as normas do direito interno, em harmonia com o direito internacional dos direitos humanos, e que não protegem o fenômeno do discurso de ódio.

A faceta social da falta de proteção mais efetiva, dos dois grupos vulneráveis topicamente examinados na realidade brasileira atual, pode ser observada a partir dos dados estatísticos apresentados nas seções “5.2.1” e “5.2.2”. Os dados estatísticos compreendem o período de 2019 até o ano de 2022 e evidenciam como os afrodescendentes e pessoas da comunidade LGBTI+ são vítimas de crimes violentos com uma incidência alarmante, além de encontrarem maiores dificuldades na concretização dos seus direitos e de sua plena cidadania. Constata-se que a banalização do discurso de ódio contra esses grupos vulneráveis não contribui para um ambiente social de conscientização e respeito aos direitos de todas as pessoas.

Sob essa ótica, a aplicabilidade de uma hermenêutica jurídica inovadora no exame, pelo Direito, de casos e situações de discursos de ódio ou supostos discursos de ódio, tem de considerar, de forma consciente, esses distintos âmbitos – político e social – e, de forma tópica, tendo em vista as circunstâncias, particularidades e características específicas do caso concreto juridicamente examinado – do problema –, aplicar as normas constitucionais e as normas internacionais de direitos humanos incorporadas pelo direito brasileiro, além da normatização infraconstitucional pertinente, com fundamento da dignidade da pessoa humana, interpretando-se não apenas as próprias normas jurídicas em si, como também os fatos colocados sob análise.

Estando a dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico-constitucional que tem uma função interpretativa nas colisões entre distintos direitos, dada a posição normativa de proeminência desse princípio no direito internacional dos direitos humanos e no ordenamento

¹¹³⁵ BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019**. Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023. p. 1-70.

jurídico brasileiro, conforme evidenciado no capítulo 2, na seção “2.2.1”, acerca da dignidade humana e os direitos humanos.

A inovação da hermenêutica jurídica tópica no caso concreto tem bases antigas, pois como fundamenta o Theodor Viehweg, a tópica se baseia nos estudos e escritos do próprio Aristóteles¹¹³⁷, ao direcionar a resolução de questões para o problema, na medida em que Theodor Viehweg articula que a Jurisprudência, ou seja, o conhecimento jurídico, tem de ser desenvolvido a partir de um contínuo debate acerca de problemas, inclusive nos aspectos estrutural, conceitual, proposicional e de busca por soluções.¹¹³⁸ E é isso que guiou a investigação do problema de pesquisa levantado, uma análise tópica no âmbito do direito brasileiro, que terminou sendo possível: com um foco especial nos casos concretos topicamente examinados nas seções “5.2.1” e “5.2.2”, na tensão entre dois *topoi* – de um lado, a prevalência do direito à igualdade e não discriminação; e, de outro lado, os casos em que prevalece o direito à liberdade de expressão.

Na tarefa hermenêutica de se identificar a ocorrência ou não do discurso de ódio, esta tese fundamenta normativamente elementos para a regular identificação desse tipo de discurso, conforme explorado no capítulo anterior, no tópico “4.1.1 Conceito e extensão”, em que se apresentou um gráfico conceitual com o escopo de ilustrar os elementos componentes do conceito de discurso de ódio, além da fundamentação normativa desses elementos, conforme visto: a exterioridade que atinge o meio social; o contexto no qual se discursa; a intenção do emissor do discurso; o discurso que viola a dignidade humana; e o caráter negativamente discriminatório do discurso.

Parte do caráter inovador da hermenêutica a partir da tópica jurídica está exatamente na especificidade ou, em outras palavras, na “topicidade” desse modo de exame; pois que ao se considerar – numa análise jurídica – os aspectos político e social, atualmente aplicáveis numa determinada sociedade, a inovação será algo natural, visto que a sociedade, por sua própria natureza, está em constante transformação e mudança, ainda que algumas mudanças possam demorar décadas para se consolidar, elas estão sempre ocorrendo, caminhando numa determinada direção, numa sucessão de fatos e fenômenos que podem gerar, ao final, uma transformação.

¹¹³⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 102-103.

¹¹³⁸ VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr. p. 89.

A exemplo do período militar brasileiro, que conseguiu se firmar por mais de duas décadas no país, com forte influência no ordenamento jurídico nacional; entretanto, ao longo dos últimos anos dessa ditadura, ela foi aos poucos sendo erodida, corroída, até ser finalizada, com o nascente Estado Democrático de Direito brasileiro que, por sua vez, tem como uma das suas características mais marcantes a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹¹³⁹, sob à luz da consolidação da dignidade humana e da busca de efetividade dos direitos humanos no País.

Quando se reflete acerca das contribuições e das limitações das ciências jurídicas para a prevenção e combate ao problema do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, no contexto do ordenamento brasileiro, coloca-se em análise o fato de que o direito, por si só, não resolve muitos dos problemas e dilemas sociais e políticos que podem se relacionar com as ciências jurídicas. Daí a consequente busca pela interdisciplinaridade, tendo o Estado Democrático de Direito um papel essencial nesse processo, considerando-se a relação intrínseca existente entre Estado, sociedade e desenvolvimento, conforme analisado no início deste capítulo; inclusive, para o alcance de um desenvolvimento sustentável, com a manutenção e aperfeiçoamento da democracia e da efetividade dos direitos humanos.

Gilberto Bercovici assevera que existe uma falta de efetividade do direito do Estado no Brasil, devido a um bloqueio do Estado por interesses privados; conforme esse autor, o desenvolvimento da cidadania no Brasil demanda um maior fortalecimento do Estado diante dos interesses privados e uma integração – de caráter igualitário – da população no meio social.¹¹⁴⁰ Quanto a esse caráter igualitário da integração, explicitado por Gilberto Bercovici¹¹⁴¹, pode-se afirmar que esse caráter demanda uma necessária inclusão social das pessoas provenientes de grupos vulneráveis na sociedade brasileira, com direito ao voto, à voz, à efetividade dos seus direitos e, conseqüentemente, à concretização da dignidade humana na sociedade, com a plena cidadania de todos.

Sob essa ótica, o direito representa um fator essencial no âmbito de uma sociedade que se organiza e se estrutura a partir de um Estado Democrático de Direito. É com base no direito que legislações podem promover uma maior efetividade dos direitos humanos consagrados constitucionalmente; e, também por meio do direito, na situação em que se apresente uma falta de amparo normativo regulador, o Poder Judiciário, a partir da provocação dos diversos atores

¹¹³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

¹¹⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 126.

¹¹⁴¹ *Ibid.* p. 126.

sociais, pode vir a ser acionado para – com base na hermenêutica jurídica e tendo por estrutura normativa maior a busca da efetividade dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e da própria Carta Magna – resolver os dilemas e conflitos jurídico-sociais, com a garantia dos direitos de grupos vulneráveis.

As normas e princípios jurídico-constitucionais são instrumentos valiosos na busca da solução de conflitos que não apresentam uma solução pronta para situações limítrofes, ou mesmo não reguladas completamente pela normatização infraconstitucional. E a utilização da tópica jurídica se configura também como um instrumento na busca de soluções, estando a viabilidade da sua aplicação aos casos de discurso de ódio contra grupos vulneráveis especificamente verificada nas seções anteriores, “5.2.1” e “5.2.2”.

Reconhecidas essas contribuições fundamentais das ciências jurídicas, não se pode deixar de observar, numa perspectiva realista, certas limitações. Com os dados estatísticos apresentados quando da análise dos dois grupos vulneráveis topicamente examinados – os afrodescendentes; e as pessoas LGBTI+ –, observou-se que apesar da existência de normas jurídico-constitucionais protetivas desses grupos, ou mesmo de precedente judicial favorável quando da falta de uma base normativa infraconstitucional adequada – no que se refere à comunidade LGBTI+ nesse segundo caso –, estatísticas alarmantes significativamente recentes, no período de 2019 a 2022, demonstram que pessoas componentes desses grupos vulneráveis ainda enfrentam obstáculos e dificuldades adicionais na busca pela não violação dos seus direitos e, conseqüentemente, na concretização plena da sua cidadania.

Isto é, o direito promove proteção jurídica; contudo, não impede que um padrão social de violações de direitos humanos se perpetue ao longo dos anos. As instâncias jurídicas administrativas e judiciais – em se havendo um efetivo acesso à justiça, com assistência jurídica para as pessoas que tiveram seus direitos violados, ou mesmo os familiares dessas pessoas, em caso de morte da vítima – podem vir a consubstanciar uma concreta reparação para as violações. Ainda assim, para se diminuir o número de violações, ou mesmo desconstruir o padrão de violações de direitos humanos dos grupos vulneráveis, faz-se mister que o Estado supere a dimensão apenas jurídica e busque uma maior interdisciplinaridade na resolução de problemas que envolvem a violação de direitos humanos, especialmente os direitos dos grupos vulneráveis na sociedade.

Ressalta-se que o escopo, neste ponto, não é de se discorrer detalhadamente acerca da relação do direito com outras áreas do conhecimento; mas apenas apontar o caminho da busca pela interdisciplinaridade na prevenção e resolução de problemas jurídico-sociais, como o caso do discurso de ódio contra grupos vulneráveis. Busca essa que faz parte do próprio interesse do

Estado Democrático de Direito em se amplificar uma maior efetividade dos direitos humanos e do desenvolvimento na sociedade brasileira. Podem ser exemplificadas algumas áreas, que possuem interseções com as ciências jurídicas e podem fornecer um arcabouço adequado para a prevenção e resolução de problemas, com a finalidade de se reduzir e/ou desconstruir padrões sociais de violações de direitos humanos. De forma exemplificativa, as seguintes áreas e/ou setores do conhecimento podem ser apontadas: as políticas públicas; a história; e a sociologia.

No que concerne às políticas públicas¹¹⁴², reforça-se que essas políticas constituem um mecanismo essencial para que o Estado possa buscar a efetivação dos direitos no país, a partir do direcionamento de recursos e orientações para a implementação de projetos e programas estatais. Incluindo-se, nesse âmbito, políticas públicas de caráter educacional acerca de uma utilização mais consciente e adequada dos meios tecnológicos, da mídia, das redes sociais, de modo a se evitar e diminuir a disseminação de desinformação e discursos de ódio nos meios digitais, conforme acentuado no capítulo anterior, na seção “4.1.4 Tecnologia, direito digital e tensões sobre o sistema democrático”.

Sobre as políticas públicas, Gianpaolo Poggio Smanio assevera que a concretização dessas políticas também acontece no âmbito jurídico e, inclusive, por meio do direito, que regulamenta a atuação do ente estatal; assim, conforme esse autor, as políticas públicas se constituem como um fenômeno da esfera do direito.¹¹⁴³ Gianpaolo Poggio Smanio também afirma que a legitimidade das políticas públicas ocorre a partir da efetivação da cidadania e que esta – como um princípio fundamental consagrado constitucionalmente – abarca a concretização dos direitos fundamentais na República Federativa do Brasil.¹¹⁴⁴

Quanto à interseção existente entre a história e o direito, isso pode ser visualizado até mesmo pela utilização de elementos do método histórico em pesquisas científico-jurídicas. Nesta tese foram utilizados elementos do método histórico no decorrer da investigação – por exemplo, a utilização de documentos jurídico-normativos já revogados para investigar e evidenciar fatos históricos e políticos do passado. Com maior ênfase, especialmente no terceiro capítulo desta tese, que trata da evolução histórico-jurídica do ordenamento brasileiro entre o período ditatorial, pelo qual a sociedade e o Estado brasileiro foram submetidos, até a transição

¹¹⁴² Neste capítulo, no tópico “5.1.1” acerca da relação entre o direito e o desenvolvimento, foram explicitadas as políticas públicas no âmbito do Poder Executivo Federal, especialmente quanto às áreas temáticas de Direitos Humanos e de Desenvolvimento Regional, catalogadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas: Áreas temáticas**. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/areas-tematicas>>. Acesso em: 31 mar. 2024.

¹¹⁴³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

¹¹⁴⁴ **Ibid.** p. 13.

para a democracia. Essa abordagem histórica auxilia, quanto ao objeto de pesquisa investigado, na percepção de modelos equivocados de organização estatal que não favorecem a proteção dos direitos humanos e de um desenvolvimento sustentável, caso do modelo autoritário e ditatorial.

No que se refere à sociologia, faz-se mister destacar que há uma significativa interseção entre a sociologia e o direito, que se reflete diretamente na relação entre as normas jurídicas e os fatos sociais, os fatos que ocorrem na sociedade. Há a possibilidade de investigação de categorias basilares para as duas áreas, como é o caso da categoria da eficácia¹¹⁴⁵. A eficácia das normas jurídicas, como objeto de estudo da sociologia do direito, cumpre papel fundamental na própria investigação da efetividade do direito numa determinada sociedade.

A análise estatística de violações de direitos humanos de grupos vulneráveis nos últimos anos no Brasil – conforme investigou-se nos subtópicos anteriores, “5.2.1 O discurso de ódio em face de afrodescendentes e o exame tópico do Acórdão da 1ª Turma do STF acerca do Inquérito nº 4.694/DF” e “5.2.2 O caso da comunidade LGBTI+ e o exame tópico da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF” – evidencia um padrão de violações de direitos humanos desses grupos na realidade jurídico-social brasileira. Além disso, é demonstrada a proeminência da questão da eficácia das normas jurídicas, da consideração desse aspecto ao se lidar com a aplicabilidade do direito; inclusive ao se deparar com casos concretos topicamente examinados, para se aferir a realidade social na qual os casos serão decididos e, possivelmente, gerar novas repercussões jurídico-sociais a partir da hermenêutica jurídica aplicável aos fatos.

Nesse sentido, conforme destaca Reinhold Zippelius, o direito positivo além de ter um papel conformador do meio social e de suas transformações, também é o direito diretamente influenciado pelos fatos sociais.¹¹⁴⁶ Conforme esse autor, há uma relação duplamente interrelacionada entre o direito e os fatos sociais, um influenciando ao outro; de forma mútua.¹¹⁴⁷

Finalmente, o papel de uma hermenêutica jurídica inovadora aplicada ao objeto de pesquisa nesta tese se demonstra possível, a partir da aplicabilidade da tópica jurídica ao exame do fenômeno do discurso de ódio contra grupos vulneráveis no direito brasileiro, considerando-

¹¹⁴⁵ Hans Kelsen – ao realizar uma resenha e crítica à obra de Eugen Ehrlich, “Fundamentos da Sociologia do Direito” –, apesar de diversas discordâncias conceituais e metodológicas, corrobora o entendimento de que faz parte da sociologia do direito a investigação acerca da eficácia das normas jurídicas.

KELSEN, Hans. Uma fundamentação para a sociologia do direito / A foundation of sociology of law. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 775-816, mar. 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/39506>>. Acesso em: 31 mar. 2024. p. 814-815.

¹¹⁴⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Sociologia do direito e do Estado**: noções fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2016. (IDP: direito comparado). Tradução de: António Franco e António Francisco de Sousa. p. 85-86.

¹¹⁴⁷ **Ibid.** p. 85-86.

se as suas particularidades e recente histórico de transição democrática. O problema de pesquisa acerca de qual modelo jurídico, com sua hermenêutica, seria eficaz para harmonizar os direitos em tensão nos casos de discurso de ódio no Brasil tem sua resposta a partir da aplicabilidade da hermenêutica jurídica tópica, que por se deter especialmente sobre cada problema concreto, termina por conseguir alcançar a inovação de soluções, inclusive com o desenvolvimento de premissas, conceito e elementos aplicáveis, algo característico da tópica jurídica. O desenvolvimento desses fatores se deu no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, alinhado com o direito internacional dos direitos humanos, e é nessa esfera na qual foi viável a articulação da tópica jurídica aplicada ao problema de pesquisa.

Desse modo, a hipótese levantada inicialmente de que o discurso de ódio além de não estar de acordo com o direito brasileiro resulta em impactos negativos para a sociedade e o Estado, inclusive nos âmbitos político e social, se concretiza. Isso porque, conforme examinado nos capítulos 2, 3 e 4, o discurso de ódio contra grupos vulneráveis viola o direito à igualdade e não discriminação e não se alinha com o princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana. Conforme analisado no capítulo 4, a jurisprudência predominante da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, segue esse entendimento de não abarcar o discurso de ódio, especialmente contra grupos vulneráveis, na proteção do direito à liberdade de expressão.

E neste atual capítulo 5 averiguou-se a aplicabilidade de uma hermenêutica jurídica tópica, com caráter inovador, ao possibilitar uma resolução para problemas específicos referentes ao objeto de pesquisa, a partir do desenvolvimento de premissas, de modo a assegurar a proteção dos direitos em tensão em cada caso. Por sua vez, as estatísticas levantadas puderam reforçar o impacto político-social de uma realidade desfavorável à concretização dos direitos humanos de pessoas pertencentes a grupos vulneráveis, em específico os dois grupos investigados, os afrodescendentes e as pessoas LGBTI+ no território brasileiro. Realidade essa que tende a não melhorar com a existência de decisões judiciais que relativizam a ocorrência de discursos de ódio contra pessoas negativamente discriminadas, visto que, de algum modo, não punem discursos negativamente discriminatórios contra grupos vulneráveis; ainda que sejam decisões minoritárias.

Decisões judiciais que relativizam a ocorrência de discursos negativamente discriminatórios contra grupos vulneráveis podem representar um aviso, para a sociedade e o Estado, de que é necessário um especial cuidado para com o Estado Democrático de Direito. Desde que, o não respeito aos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade representa um passo decisivo na não concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e da própria

cidadania, podendo sinalizar riscos para a manutenção do sistema democrático, tendo em consideração, conforme investigado no capítulo 3, o recente histórico de transição democrática da República brasileira.

Logo, apesar de haver uma jurisprudência predominante – sendo que, mesmo nesses casos, são poucos os decididos por unanimidade – da Corte Constitucional brasileira de punição do discurso de ódio contra grupos vulneráveis, a existência de decisões minoritárias que vão contra esse padrão judicial são um risco para a efetivação dos direitos humanos. E as premissas, conceito e elementos desenvolvidos nesta tese, a partir da hermenêutica jurídica tópica, pode oferecer, de forma inovadora, um instrumental jurídico-científico com o escopo de evitar decisões equivocadas, que não reconheçam a ocorrência do discurso de ódio quando de fato ele ocorre; ou mesmo situações limítrofes, em que a interpretação dos fatos e do próprio direito exija uma abordagem minuciosa.

6 CONCLUSÃO

No âmbito do Estado brasileiro, considerando-se a redemocratização promovida a partir da Carta Magna de 1988, imprescindível se faz que os direitos humanos, tendo por fundamento e orientação maior o princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana, sejam plenamente efetivados; com especial cuidado em relação às pessoas que fazem parte de grupos vulneráveis e encontram dificuldades adicionais para a implementação dos seus direitos. A pesquisa demonstrou como pessoas desses grupos podem estar sujeitas a violações dos seus direitos, sendo uma forma de violação a ocorrência de discurso de ódio contra essas pessoas. Assim, o discurso de ódio contra grupos vulneráveis se configura como um modo de violação dos direitos de pessoas que já encontram obstáculos sociais para ter a sua dignidade assegurada e exercer a sua cidadania.

As premissas que foram desenvolvidas na pesquisa se materializaram por meio de cada um dos capítulos. A conclusão da pesquisa pode ser articulada a partir dessa subdivisão metodológica. Acerca dos direitos humanos e a teoria dos princípios e direitos, abordada no segundo capítulo, pode-se concluir que o direito é construído de forma histórica e social, no plano de uma determinada sociedade e em um dado espaço; configurando-se o direito como um instrumento de controle social que busca resolver conflitos, manter a segurança jurídica e garantir a eficácia dos direitos humanos. Esse direito irá se utilizar, para além do monopólio da força, também da motivação, da argumentação e da justificativa jurídicas, com base nas fontes do direito, especialmente as normas jurídicas – que devem estar legitimamente inseridas dentro do ordenamento jurídico, para serem consideradas normas de direito –, para fundamentar suas decisões.

Os direitos humanos – a fim de terem maior possibilidade de concretização numa determinada sociedade – precisam estar positivados e, conseqüentemente, com a força estatal coercitiva dos meios que o ordenamento jurídico interno de cada Estado dispõe. O Estado possui uma função significativa no processo de positivação dos direitos humanos no seu direito interno. Não apenas o Estado, mas também a sociedade tem de estar atenta para as transformações sociais que podem gerar a demanda por reconhecimento de novos direitos humanos. Com efeito, os direitos humanos podem evoluir e novos direitos podem ser demandados de reconhecimento pela sociedade em momentos históricos distintos; em que a sociedade, a história e o direito se relacionam nessa dinâmica de lutas por novos direitos e modificações do sistema jurídico-social. Para além do direito, fatores sociais, políticos,

econômicos, temporais e geográficos podem ser decisivos na efetividade de um determinado ordenamento jurídico, por meio de suas normas.

Conforme abordado, no final do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no contexto da Revolução Francesa, coloca em evidência a liberdade e igualdade entre as pessoas, com influência sobre diversos Estados da comunidade internacional - na época e nos anos seguintes. Na Revolução Francesa há uma grande insatisfação do terceiro estado - burguesia, camponeses e profissionais liberais - devido aos privilégios das camadas sociais mais beneficiadas pelo Antigo Regime absolutista francês: o clero e a nobreza. Enormes mudanças na estrutura jurídica-social são realizadas no âmbito da Revolução Francesa, entretanto, a igualdade jurídica entre as pessoas fica num caráter mais formal, do que propriamente substancial. Nos dois séculos seguintes, primeiro no século XIX com a Constituição francesa de 1848, e depois no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919, nota-se uma ascensão da voz da classe trabalhadora, do proletariado, e isso reverbera no surgimento dos direitos econômicos e sociais nas Constituições da França, do México e da Alemanha.

Após, há o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Organização das Nações Unidas (ONU), como também os pactos internacionais de 1966 que conferem maior força normativa aos direitos consagrados pela Declaração Universal: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Esses documentos normativos internacionais – após o fim da Segunda Guerra Mundial – representaram um significativo avanço jurídico-normativo, em âmbito internacional, na promoção dos direitos humanos. Todavia, para que esse avanço jurídico-normativo tenha um impacto eficaz no direito interno, é preciso que o Estado nacional, por meio de suas instituições, positive os direitos humanos em seu ordenamento jurídico; para que haja uma maior possibilidade de concretização dos direitos. Nessa conjuntura, o Brasil está inserido tanto no sistema global de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas, quanto no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos; logo, cabe às autoridades e instituições brasileiras garantir a eficácia dos direitos humanos e normas internacionais adotados pelo Brasil.

Constatou-se, ademais, que a consciência internacional de todas as atrocidades que ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), e a evidência da demanda de garantia mínima dos direitos humanos em âmbito internacional, com a formalização em declarações e tratados internacionais, configurou-se na mudança de paradigma para a proteção de direitos, tendo por fundamento maior a dignidade humana, com o fim da supracitada guerra.

Verificou-se que essa mudança de paradigma, todavia, foi implementada em diferentes períodos nos diversos Estados da comunidade internacional; tendo como fator comum que todos esses períodos se deram após o fim da Segunda Guerra Mundial. No caso do Brasil, essa mudança somente consubstanciou-se, de forma mais concreta, após o fim da ditadura militar (1964-1985), tendo por marco a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que explicita como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana. Apesar dessa conquista histórica no ordenamento jurídico brasileiro, a realidade social e institucional demonstra que os esforços pela proteção e eficácia dos direitos fundamentais têm de ser contínuos, a fim de que não haja retrocessos.

Examinou-se que a dignidade humana e sua consolidação – após o fim da Segunda Guerra Mundial – significou um avanço político, social, jurídico e cultural para a humanidade, com uma repercussão mais presente nos Estados que positivaram esse princípio como fundamento maior, além da positivação dos direitos humanos em si. Também se desvelou que no âmbito das ciências jurídicas não se pode afirmar que há um direito absoluto em toda e qualquer situação ou circunstância, frente aos demais direitos que fazem parte do sistema jurídico, garantidos pelas normas jurídicas. Até mesmo o direito à vida, um dos mais básicos e essenciais para o ser humano, pode sofrer restrições ou relativizações. Isso demonstra a complexidade das ciências jurídicas e da observância da aplicabilidade de um direito, ressaltando-se o papel da hermenêutica e da argumentação jurídicas na resolução dos casos concretos; com destaque para os operadores do direito e os cientistas sociais aplicados às ciências jurídicas. Ao Estado, através de seus órgãos jurisdicionais, cabe decidir – diante dos fundamentos, argumentos e interpretações das partes em conflito – acerca das colisões ou tensões entre dois ou mais direitos fundamentais.

No plano da questão do discurso de ódio e da utilização da tópica de Theodor Viehweg, considerou-se que a interpretação sempre será necessária; pois que, até mesmo para se constatar que o discurso de ódio em análise foi tão evidente e, como tal caracterizado, que nem enseja uma análise de conflito entre direitos, será preciso minimamente interpretar o caso; e decidir-se, com base em algum parâmetro hermenêutico e com fundamentos jurídicos, se aquela situação de fato realmente foi configurada dessa forma. Concluiu-se que a tópica de Viehweg pode ser uma ferramenta valiosa no campo das colisões ou tensões entre direitos fundamentais – inclusive para se alcançar uma hermenêutica jurídica inovadora –, tendo em vista seu caráter de se orientar a partir do problema, ao buscar soluções possíveis que se harmonizem com o ordenamento jurídico posto, especialmente em casos difíceis. Também se observou que apesar da tópica – no campo do direito – ter sido retomada por Theodor Viehweg em meados do século

XX, outros autores se debruçaram sobre o estudo de Viehweg e puderam, por meio de ponderações e críticas, ampliar e aperfeiçoar a aplicabilidade da tópica no direito; esse processo de aperfeiçoamento não para, continua com os estudos contínuos dos pesquisadores das ciências jurídicas.

É pertinente afirmar que um outro ponto abordado no segundo capítulo foi a relação intrínseca, evidenciada em diversos autores, e com repercussões na era moderna, entre os indivíduos, a família, a sociedade e o Estado. No sentido de que um povo organizado forma uma sociedade, que para ser plena precisa reconhecer a cidadania dos seus membros, com efetivo e concreto exercício. Como se pôde visualizar, a sociedade é formada por pessoas detentoras de personalidade jurídica e dignidade humana, e o Estado consiste numa pessoa jurídica de direito público que apresenta uma face interna – diante do direito interno estatal e a sociedade; e uma face externa – frente à comunidade internacional de nações e demais sujeitos de direito internacional.

Quanto ao poder constituinte – em especial, o poder constituinte originário (inaugural ou inicial e autônomo) – observou-se sua natureza ao mesmo tempo política e jurídica; política, pois que cria toda uma nova normatização que é resultado direto de lutas políticas em interação com as aspirações sociais; e jurídica, na medida em que o novo ordenamento jurídico compreende uma positivação distinta, com normas jurídicas de um novo sistema de regulação das relações sociais e jurídicas. Importante destacar que a titularidade do poder constituinte, ainda mais num Estado Democrático de Direito, é do povo, por meio da sociedade civil. Apesar dessas considerações, constatou-se que existe a possibilidade de numa nova ordem jurídica trazer influências de um ordenamento jurídico anterior – tendo em vista que o povo e o território podem se manter essencialmente os mesmos, como no caso do Brasil, que passou por sucessivas Cartas Magnas, desde a primeira metade do século XIX, até o final do século XX. Cumpre frisar, porém, que não necessariamente precisa haver alteração no texto da atual Constituição brasileira para que mudanças na sua aplicabilidade sejam implementadas – devido ao papel da interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário, em especial a Corte Constitucional do País, com a finalidade de garantir que prevaleça a eficácia constitucional e a harmonia da Carta Maior com as transformações sociais, os princípios, direitos e garantias fundamentais, como também as declarações internacionais e tratados adotados pelo Estado brasileiro, especialmente no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

Os desafios do direito brasileiro para a concretização dos princípios, direitos e garantias fundamentais são bastante significativos, considerando-se que mudanças sucessivas de Cartas Magnas geram rupturas e novos desafios; entretanto, conforme explicitado, a mudança muitas

vezes é inevitável, ainda mais quando o ordenamento jurídico anterior representava, por si só, pela sua estrutura e instituições, uma violação ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o alcance do entendimento de que um ordenamento jurídico com respeito à cidadania e ao Estado Democrático de Direito é apenas o começo, um começo necessário, mas um começo – isso porque a atuação da sociedade e, inclusive, dos operadores do Direito e dos representantes eleitos dos poderes Executivo e Legislativo, são fundamentais para que haja efetividade e concretização dos direitos humanos, com políticas públicas favoráveis e em harmonia com os princípios constitucionais.

No que se refere ao terceiro capítulo – sobre a evolução histórica-jurídica entre a ditadura e a democracia no Brasil – verificou-se que no período que antecedeu o início da ditadura militar no País houve uma interação entre as conjunturas internacional e interna, com implicações para os rumos da política e do direito na República brasileira. Não apenas os setores públicos e militares, mas também setores civis e privados contribuíram para a instauração do golpe militar em 1964, com grande participação e interesse do setor econômico. No período que imediatamente antecedeu a ditadura, o sistema democrático sofria pressões de diferentes ideologias políticas, que buscavam implementar mudanças no âmbito do Estado.

Constatou-se que o fato de o Brasil ter sido submetido a uma ditadura militar autoritária e centralizadora por mais de duas décadas produziu significativo impacto em diferentes esferas – social, política, jurídica, econômica – indo para além do período ditatorial e chegando-se no período da redemocratização, até a atualidade. Cabe às diferentes áreas do conhecimento, inclusive às ciências jurídicas, lidar com esse passado autoritário, de forma que ele não prejudique a nascente democracia. Durante o regime militar ficaram em segundo plano os direitos humanos, que, além de não serem uma prioridade do regime, foram intensamente violados durante o período ditatorial.

Durante a ditadura militar brasileira observou-se um excessivo aumento das atribuições e poderes do Poder Executivo do regime, seguido, por outro lado, de uma significativa diminuição de atribuições e independência do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Essa estrutura institucional desequilibrada e desarmônica foi a essência da ditadura e gerou uma conjuntura político-jurídica que fomentou a violação dos direitos humanos, com a consequente não eficácia desses direitos. Um dos ataques ao Poder Judiciário, por exemplo, foi a alteração do número de ministros da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, com a diluição da composição dos membros da Corte, num período muito curto; numa tentativa do Poder Executivo de influenciar nas decisões da maior Corte do País. Outro sintoma dessa conjuntura foi o aumento das competências especificamente da Justiça Militar, o que também

demonstra a intervenção dos governos militares da época no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Outro ato do regime ditatorial foi no sentido de generalizar a forma indireta de realização das eleições na época, reforçando-se a incompatibilidade completa da ditadura com o Estado Democrático de Direito. A própria Constituição da ditadura, de 1967, apesar de tentar disfarçar em seus termos como uma Carta Magna “promulgada” e que supostamente respeita a democracia e os direitos fundamentais, em realidade teve a natureza de uma Constituição outorgada, autoritária e ditatorial. Essa Constituição, sob essa ótica, não foi resultado de uma discussão livre nos mais distintos âmbitos sociais; caracterizou-se por uma significativa concentração de competências da União; e colocou a parte da declaração de direitos em segundo plano, já quase no final do documento constitucional.

Conforme analisado, de forma subsequente, o Ato Institucional nº 5 e a Emenda Constitucional nº 1/1969 (que sob a perspectiva material, tratava-se de nova Carta Magna; apesar de formalmente ser uma emenda constitucional) impulsionaram a face mais repressiva, autoritária e violenta do regime, de forma nociva à concretização dos direitos fundamentais; e com um poder ditatorial ainda mais exagerado nas mãos do Poder Executivo. Com a Lei nº 5.250, de 1967 (a Lei de Imprensa) e o decreto-lei nº 1.077, de 1970, há um arcabouço jurídico com o intuito de restringir a liberdade de expressão e de informação, favorecendo-se a institucionalização da censura pelo Estado, por meio dos governos militares, que poderiam julgar de forma subjetiva o que supostamente violaria a moral e os bons costumes, de forma a censurar publicações que não agradassem ao governo ditatorial.

Observou-se, já no fim da ditadura, em meados da década de 1980, a realização de algumas aberturas no regime, para que fosse possibilitada a transição para o sistema democrático. A vontade por essa mudança parte da sociedade brasileira, que não apoia a continuidade da ditadura – inclusive setores que no início do regime o apoiaram, já não mais querem a sua manutenção no poder; a vontade por mais liberdade política e garantia de direitos no país se sobressai; mas também o fator econômico, visto que o regime vai perdendo as rédeas de controle sobre a economia nacional.

Os governos militares, entretanto, tiveram certo controle na transição da ditadura para a democracia, e foi por meio do regime militar que foi construída a Lei nº 6.683/1979, a Lei de Anistia brasileira, que invalida punições executadas com base jurídica nos Atos Institucionais da ditadura, além de garantir a concessão de anistia aos perseguidos políticos; por outro lado, os agentes estatais que violaram direitos fundamentais não são punidos por essa lei, seus atos são tolerados, e isso, no longo prazo, dificultou o processo de pacificação e democratização no

Brasil. Tanto que na atualidade, mais de 30 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo de justiça de transição e consequente democratização completa no País, não foi integralmente finalizado.

Analisou-se que a Comissão Nacional da Verdade, no contexto da República Federativa brasileira, consistiu num ente fundamental para o aperfeiçoamento do processo de superação das violações de direitos humanos que ocorreram durante a ditadura, entre 1964 e 1985. Diferentemente da Lei de Anistia brasileira, a Comissão Nacional da Verdade foi totalmente desenvolvida durante o período democrático; e após as atividades e trabalhos desempenhados por essa Comissão, resultou-se num relatório com dados e análises, como também recomendações para o poder público com o intuito de alcançar-se a responsabilidade jurídica dos agentes estatais e autoridades ditatoriais envolvidas nas graves violações de direitos humanos durante a ditadura; além da recomendação, por parte da Comissão, de não aplicabilidade dos dispositivos da Lei de Anistia, ou de outros documentos normativos que possam prejudicar o julgamento dos responsáveis. Verificou-se, entretanto, que orientações e recomendações da Comissão Nacional da Verdade ainda não foram totalmente efetivadas pelo Poder Público; apesar do trabalho da Comissão ter sido fundamental no processo de redemocratização.

Examinou-se que, após o fim da ditadura militar (1964-1985), a Constituição Federal de 1988 consistiu no marco normativo que fundamenta todo um novo ordenamento jurídico no Estado brasileiro, tendo por guia o princípio da dignidade humana, prevista no primeiro artigo da Constituição. Houve, desse modo, uma busca pela superação do passado autoritário, ainda que seja uma tarefa bastante árdua e que não se resolveu apenas com uma nova Constituição. Apesar das normas jurídicas serem essenciais – nesse processo de redemocratização e respeito aos princípios, direitos e garantias fundamentais –, é na aplicabilidade do direito, na prevenção de violações de direitos fundamentais e na regular punição de violações que poderá ser avaliada a efetividade da dignidade humana no País. Outro ponto essencial identificado está na questão das limitações econômicas de parte significativa da população brasileira (em especial os grupos vulneráveis), o que – aliado aos obstáculos institucionais, políticos e sociais do próprio Estado – configurou-se em mais um obstáculo na concretização dos direitos.

Para além de uma nova Constituição, harmoniosa com o espírito democrático, legislações infraconstitucionais, e práticas institucionais e políticas que não correspondem ao Estado Democrático de Direito precisam ser ultrapassados; como o caso da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), que, conforme examinado, muitos anos após o fim da ditadura, teve a sua

não recepção pelo novo ordenamento jurídico decidida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130.

Também se concluiu que a adoção de três significativos marcos normativos internacionais com repercussões diretas no direito interno – o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – com o escopo de maior proteção para os direitos humanos no Brasil; foi um processo que, apesar de internacionalmente ter se iniciado durante a ditadura militar, apenas foi consolidado, finalizado e com a efetiva incorporação ao direito interno brasileiro, anos após o fim da ditadura e iniciado o período de redemocratização. Isso evidenciou a falta de compromisso dos governos militares com a concretização dos direitos humanos, com instrumentos aplicáveis para sua proteção durante o regime ditatorial. Inclusive, apenas durante o período democrático que a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenhou sua função e condenou o Brasil por violações de direitos humanos na ditadura. A viabilidade da participação efetiva do Brasil no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos apenas foi possível após a redemocratização. Observou-se, nesse contexto, uma interrelação entre a democracia e a garantia dos direitos humanos; e que, de início, a forma de transição democrática do Estado brasileiro não favoreceu a concretização dos direitos fundamentais como um todo, por isso mesmo que esse processo de redemocratização, conforme constatado, continua até os dias atuais.

Acerca do quarto capítulo – sobre as implicações para os direitos fundamentais e o caso do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis – verificou-se que o conceito do que consista num discurso de ódio pode variar ao longo do tempo e do espaço e isso ocorre, especialmente, tendo em vista a evolução e adensamento dos direitos humanos e com a progressiva normatização jurídica dos grupos vulneráveis, que são vítimas desse tipo de discurso negativamente discriminatório. Esse movimento pode acabar gerando tensões da liberdade de expressão com o direito à igualdade e não discriminação. Trata-se de uma tensão ou colisão de natureza principiológica, a ser verificada a partir da hermenêutica do direito e dos fatos aplicáveis ao caso concreto.

A supracitada tensão jurídica está diretamente relacionada ao aspecto de se determinar se um discurso, em análise no caso concreto, foi um discurso de ódio ou não. Concluiu-se que o discurso de ódio tem significativo potencial de estimular o preconceito e a discriminação em face de grupos vulneráveis, que abrangem pessoas com dificuldades na efetivação dos seus direitos fundamentais. Entre os grupos vulneráveis – caracterizados por uma maior vulnerabilidade econômica, social ou política – que foram abordados, com sua condição jurídica

explicitada, estão: os afrodescendentes; pessoas da comunidade LGBTI+; pessoas com deficiência; pessoas idosas; crianças e adolescentes; mulheres; povos indígenas; pessoas encarceradas; estrangeiros, migrantes e refugiados; além do enquadramento jurídico da discriminação e preconceito contra os nordestinos no Brasil, com esse preconceito regional associado a uma maior vulnerabilidade econômico-social da região nordeste do País.

Assim, no caso do Brasil, o fato de o Estado ter passado por uma ditadura militar em período relativamente recente – 1964 a 1985 –, que se caracterizou por um contexto de intensa violação de direitos humanos de pessoas de setores diversos da sociedade e com, na época, uma falta de proteção jurídica adequada para grupos vulneráveis, resultou num fomento da natureza significativamente prejudicial do discurso de ódio durante o processo de redemocratização (que ocorre até os dias atuais, conforme explicitado) em face dessas pessoas em situação de maior vulnerabilidade. Deduziu-se que o discurso de ódio contra grupos vulneráveis tem o potencial de prejudicar a própria democracia brasileira e contribuir para retrocessos autoritários no País, como os que aconteceram na segunda metade do século XX, com os governos antidemocráticos, autoritários e militares. Logo, é preciso que o Estado Democrático de Direito fomente a proteção jurídica, social, econômica e política dos grupos vulneráveis; para além da população que não está inserida nesses grupos. Ao final, em se ocorrendo retrocessos autoritários, todos os âmbitos e setores perdem.

Verificou-se que o campo do direito civil brasileiro prevê, em havendo a ocorrência de discursos ilícitos, a possibilidade de indenização nos casos de injúria, difamação ou calúnia; além de outras sanções, de natureza patrimonial, e até na área do direito à comunhão de vida, nos quais graves injúrias (ou calúnias – no caso das doações) podem ensejar a revogação de doações; a deserdação de descendentes; a deserdação de ascendentes; e a não possibilidade da comunhão de vida. E nas situações em que o direito civil, por si só, não resolva o litígio, há a possibilidade de aplicação do direito penal.

Conforme se averiguou, o discurso de ódio pode configurar-se, dependendo das circunstâncias da situação, em distintos crimes: o crime de calúnia; a difamação; e a injúria, previstos pelo Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/1940. Outra possibilidade de penalidade no campo penal está na Lei nº 7.716/1989 que, conforme analisado, trata dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito devido aos mais variados caracteres como os de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; e abarcam o discurso de ódio proferido por meios impressos, publicações, através da comunicação social, da internet, entre outros meios. No campo penal, a Lei nº 7.716/1989 e o Código Penal se complementam na previsão dos crimes referentes a discursos de ódio.

Nesse âmbito, abordou-se que a recente Lei nº 14.532/2023 atualizou a Lei nº 7.716/1989, no sentido de incluir explicitamente as publicações em redes sociais e através da rede mundial de computadores, a internet, como modalidades qualificadas do crime de prática, induzimento ou incitação da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou de procedência nacional. Outras atualizações trazidas pela Lei nº 14.532/2023 para a Lei nº 7.716/1989 foram: a tipificação da injúria racial como crime de racismo; a tipificação do discurso discriminatório no âmbito de atividades esportivas, religiosas, de caráter artístico ou cultural; o aumento de pena em caso de discurso negativamente discriminatório em âmbito ou com objetivo recreativo; aumento de pena no caso de discurso ilícito proferido por servidor público no exercício das suas funções ou sob a alegação de exercê-las; uma orientação hermenêutica para que o magistrado, ao realizar a exegese da Lei nº 7.716/1989, considere como de âmbito discriminatório atos ou tratamento dirigidos à pessoa ou a grupos de caráter minoritário que resultem em constrangimentos ou indevida exposição, e que usualmente não se utilizaria em relação a outros grupos devido à cor, etnia, religião ou procedência; e a garantia de que a vítima dos delitos de racismo tenha, tanto no âmbito cível quanto no criminal, a assistência de advogado ou defensor público.

Quanto ao Código Penal brasileiro, abordou-se que a Lei nº 14.532/2023 procedeu a uma atualização no sentido de manter no Código Penal, no que se refere ao crime de injúria qualificada, apenas os casos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência; e, por outro lado, prever os casos de injúria qualificada por utilização de elementos de raça, de cor, de etnia ou procedência nacional no contexto da Lei nº 7.716/1989. As inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.532/2023 demonstram uma preocupação do Estado brasileiro em regular situações mais específicas de discursos de ódio contra grupos vulneráveis, especialmente aquelas que utilizam elementos de raça, de cor, de etnia ou procedência nacional, e aquelas referentes a variados âmbitos, por exemplo, o religioso, o recreativo, o artístico, entre as demais situações já indicadas.

Explorou-se a relação entre a tecnologia, discursos de ódio em meios digitais e tensões sobre o sistema democrático. Nesse âmbito, constatou-se que a tecnologia, quando utilizada de forma ilícita, pode amplificar significativamente a propagação de discursos de ódio, através da rede mundial de computadores, a internet, com prejuízos ao Estado Democrático de Direito. Esses danos ao sistema democrático puderam ser visualizados a partir de dados estatísticos da organização não-governamental SaferNet Brasil, que evidenciaram um aumento de discursos de ódio contra grupos vulneráveis exatamente nos últimos anos em que houve eleições na República brasileira.

Averiguou-se que a legislação do Brasil tem avançado nessa esfera, com a Lei nº 12.737, de 2012 – nacionalmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann; a Lei nº 12.965, de 2014 – conhecida como marco civil da internet; a Lei nº 13.709, de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD); o Decreto nº 10.932, de 2022 – que incorporou, no País, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância; e o Decreto nº 11.856, de dezembro de 2023 – que instituiu a Política Nacional e o Comitê Nacional de Cibersegurança. Apesar disso, litígios acerca de discursos de ódio em redes sociais, através de meios tecnológicos, continuam a surgir e são um desafio constante para os órgãos estatais brasileiros.

Acerca da liberdade de expressão – assim como a liberdade em geral – verificou-se que sua proteção jurídica é passível de evoluções e retrocessos ao longo da história; dependendo-se da delicada relação entre sociedade, política e direito. Nos casos de discurso de ódio em face de grupos vulneráveis, é imprescindível a cooperação – para a prevenção e não ocorrência desse tipo de discurso – não apenas da sociedade, mas também a atuação do Estado, para que sejam resguardados o direito à não discriminação, o direito à vida, o direito à integridade física e moral, o direito à intimidade e vida privada, a depender do caso concreto. O Estado – não apenas no período ditatorial, mas também durante o período de redemocratização e na situação de Estado Democrático de Direito – tem um significativo controle sobre a vida das pessoas. Nesse sentido, políticas públicas estatais têm o poder de definir diretamente se uma pessoa vai viver ou morrer prematuramente; e sem o direito à vida, não há como os outros direitos serem exercidos pelos cidadãos.

Considerou-se que a hermenêutica e a argumentação jurídicas são fundamentais para a teoria geral do direito e com destaque, no âmbito do direito constitucional, para a teoria dos princípios, direitos e garantias fundamentais; especialmente nos casos de tensões ou conflitos de direitos e princípios fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito. A partir da análise de julgados e precedentes da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal - em especial, o Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, julgado em setembro de 2003; o Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo, julgado em agosto de 2016; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal, julgada em junho de 2019; e a Reclamação nº 38.782/Rio de Janeiro, julgada em novembro de 2020 - examinou-se que a primeira parte da hipótese levantada no início da pesquisa, acerca da não harmonização do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis com o atual direito brasileiro, se confirma na teoria, em interação com o atual ordenamento jurídico brasileiro; e se confirma na prática

forense, tendo em vista os julgados do Supremo Tribunal Federal, com repercussões para a interpretação jurídica em todo o território nacional.

Verificou-se que a tópica de Theodor Viehweg pode ser utilizada e aplicada ao problema de pesquisa explorado, que abrange um âmbito com repercussões jurídico-sociais. Utilizando-se o arcabouço da tópica, as premissas utilizadas – desenvolvidas ao longo dos capítulos da tese – podem ser sintetizadas nas quatro seguintes: a evolução histórica das declarações de direitos e a mudança paradigmática no direito com o fim da segunda guerra mundial, colocando-se a dignidade humana no centro desse novo paradigma; a colisão ou tensão entre direitos e princípios fundamentais, algo inerente ao Estado Democrático de Direito; o panorama do direito brasileiro, no qual há resquícios jurídico-sociais de período ditatorial relativamente recente; e a determinação do conceito e extensão de elementos e categorias basilares para a pesquisa – como o discurso de ódio; os grupos vulneráveis; a extensão de direitos e princípios concernentes ao objeto de pesquisa; a interrelação entre argumentação e hermenêutica jurídicas; e a jurisprudência aplicável do Supremo Tribunal Federal.

Adicionalmente, alguns tópicos que forneceram substrato à pesquisa são: o entendimento de que o direito brasileiro precisa fornecer respostas jurídicas adequadas aos problemas com implicações jurídico-sociais; o caráter essencial da concretização dos direitos humanos, com respostas que atinjam não apenas o plano formal, mas também o material, com resoluções efetivas aos casos concretos; e o caráter imprescindível da atuação do Estado – com a cooperação dos diversos setores da sociedade – para que se diminua o distanciamento entre o conteúdo dos direitos humanos e a realidade social, de forma que não haja abalos permanentes para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Examinou-se que a utilização da tópica com base em Theodor Viehweg – e com fundamentos em Aristóteles – quanto ao problema de pesquisa explicitado na tese, com sua hipótese, objetivos, referencial e método, pode configurar-se numa hermenêutica jurídica inovadora.

Por fim, no que concerne ao quinto capítulo, constatou-se a associação entre o alcance do desenvolvimento e o fomento de um meio social sem discriminação negativa e preconceitos contra grupos vulneráveis, em que a busca pela concretização dos direitos humanos de todas as pessoas se reveste de uma carência social no âmbito do Estado brasileiro. A Carta Magna de 1988 estrutura uma base jurídica essencial para a efetivação dos direitos humanos e da cidadania no Brasil, mas que isso precisa ser concretizado a partir do aprimoramento das políticas públicas estatais, considerando-se que ainda há estatísticas alarmantes de período recente – de 2019 ao ano de 2022 – quanto à violação de direitos dos dois grupos vulneráveis examinados topicamente no capítulo 5, as pessoas negras e pessoas da comunidade LGBTI+.

O direito configurou-se na investigação do objeto de pesquisa como um instrumento de normatização e de prevenção de conflitos, como também para a resolução de litígios já ocorridos com o exame do embate dos princípios em tensão jurídica, contribuindo assim no processo de pacificação social e, inclusive, para um dos objetivos de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas, para a Agenda 2030 no Brasil e no mundo, que é o escopo de se alcançar a paz, a justiça e instituições eficazes. Nesse sentido, a observância do direito internacional dos direitos humanos é parte essencial do alcance da pacificação social a partir do âmbito jurídico.

Verificou-se que da análise de decisões provenientes especificamente do Supremo Tribunal Federal, conforme recorte metodológico aplicado, são observados recentes casos julgados acerca de discurso de ódio contra dois grupos vulneráveis, os afrodescendentes e a comunidade LGBTI+. Foi feito o exame de duas situações em específico a partir da tópica jurídica, respectivamente: o Acórdão da 1ª Turma do STF acerca do Inquérito nº 4.694/DF; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF.

No Acórdão da 1ª Turma do STF acerca do Inquérito nº 4.694/DF revelou-se duas posições jurídicas opostas, distintos *topoi*, ao se interpretar a aplicabilidade do direito aos fatos – uma que indica a ocorrência de discurso de ódio contra afrodescendentes e outra que não reconhece a indicação de ocorrência de discurso de ódio contra esse grupo vulnerável. No estudo desse caso o ponto central foi na identificação acerca de se houve a ocorrência, ou indícios da ocorrência, de discurso de ódio, tendo em vista que caso esse tipo de discurso se verifique tem de haver a prevalência do direito à igualdade e não discriminação, por força do ordenamento jurídico brasileiro, alinhado com o teor do princípio da dignidade da pessoa humana e com o direito internacional dos direitos humanos; considerando-se que o discurso de ódio não possui proteção jurídica do direito à liberdade de expressão, sendo assim superada, no caso concreto, a tensão entre os distintos direitos.

Na aplicabilidade da tópica jurídica ao caso, e tendo por base uma das premissas pesquisadas e desenvolvidas na tese, que consiste no conceito de discurso de ódio, foi realizada uma abordagem dos elementos desse conceito aplicáveis na situação: a exterioridade que atinge o meio social; o contexto no qual se discursa; a intenção do emissor do discurso; o discurso que viola a dignidade humana; e o caráter negativamente discriminatório do discurso. A tópica estava presente na construção conceitual da categoria “discurso de ódio” e na aplicação dessa categoria na interpretação dos fatos e do direito concernentes ao caso do Acórdão da 1ª Turma do STF acerca do Inquérito nº 4.694/DF.

Numa análise conceitual dos elementos: no que concerne ao elemento da exterioridade do discurso que atinge o meio social, constatou-se a sua ocorrência, dada a ampla divulgação do discurso ofensivamente discriminatório; quanto ao contexto, foram observados caracteres negativamente discriminatórios contra diversos grupos, inclusive para além dos quilombolas, como os indígenas, os refugiados, as mulheres e a comunidade LGBTI+; no que se refere ao elemento da intenção do emissor do discurso, como não admitido pelo acusado o dolo do discurso de ódio, a conclusão ficou com os dois últimos elementos conceituais, que a partir de uma perspectiva normativa possuem um maior peso; outrossim, no exame acerca de se o discurso violou o princípio da dignidade humana e se apresentou um caráter negativamente discriminatório, esses dois elementos puderam ser constatados a partir da averiguação da presença de termos ofensivos dentro de um contexto discursivo negativamente discriminatório, conforme visto na seção “5.2.1”. Portanto, examinou-se que ocorreu a configuração de um discurso de ódio contra afrodescendentes, a partir da perspectiva tópica apresentada na pesquisa.

Apesar disso, a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal rejeitou a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal no caso do Inquérito nº 4.694/DF, não reconhecendo a ocorrência de discurso de ódio contra afrodescendentes e membros de comunidades quilombolas de modo juridicamente relevante para dar prosseguimento à relação processual-penal, numa votação complexa e não unânime, por 3 votos a 2. Essa decisão representou uma exceção à jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal em casos de discursos de ódio contra grupos vulneráveis.

Numa perspectiva realista e descritiva, o caso do Inquérito nº 4.694/DF configurou-se numa evidência de que há um ambiente para compreensões jurídicas completamente opostas na análise de situações que envolvam discursos de ódio contra grupos vulneráveis no contexto do Estado brasileiro. Concluiu-se que a decisão final no Inquérito nº 4.694/DF não chegou a mudar a jurisprudência predominante consolidada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do paradigmático caso *Ellwanger*, o *Habeas Corpus* nº 82424/RS, até porque no caso tópico analisado foi apenas uma Turma da Corte que decidiu; diferentemente do caso *Ellwanger*, decidido pelo Tribunal Pleno. Porém, essa exceção de precedente judicial representou um sinal de alerta para como a Corte decidirá no que concerne a casos análogos no futuro.

Desse modo, evidenciou-se a permanência, no mesmo ordenamento jurídico, de precedentes judiciais que apresentam dois *topoi* opostos no que se refere ao fenômeno do discurso de ódio, incluindo o próprio conceito do que constitui a categoria “discurso de ódio” de forma juridicamente relevante.

Já no caso topicamente examinado na seção “5.2.2”, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, referente às pessoas da comunidade LGBTI+, as circunstâncias do caso demandaram um exame particularizado. Nessa situação, a tensão jurídica se centralizou na interpretação do direito à igualdade: de um lado, o *topos* de que o direito à igualdade não pode justificar um suposto direito subjetivo à criminalização da conduta de outra pessoa para amparar uma falta de norma jurídica regulamentadora; de outro lado, o *topos* de que o direito à igualdade fundamenta a condenação jurídica de condutas homofóbicas e transfóbicas, inclusive as consubstanciadas em discurso de ódio contra a comunidade LGBTI+.

Com fundamento nas premissas desenvolvidas no decorrer da pesquisa e na aplicabilidade do direito à igualdade e não discriminação no âmbito de situações de discurso de ódio contra grupos vulneráveis, identificou-se que na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF deve prevalecer o *topos* de proteção da comunidade LGBTI+ em face de condutas homofóbicas e transfóbicas, inclusive as de discurso de ódio, com fundamento nesse direito fundamental e em harmonia com o princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana. Considerando-se, ademais, que o direito à igualdade e não discriminação protege a todas as pessoas e, especialmente, os grupos vulneráveis.

Averiguou-se que esse entendimento foi o que prevaleceu no julgamento dessa ação, reforçando-se a jurisprudência consolidada a partir do *Habeas Corpus* nº 82424/RS – o paradigmático caso Ellwanger. Assim, as condutas homofóbicas e transfóbicas ficaram configuradas como espécies situadas no gênero racismo, na perspectiva de racismo social, reconhecido de forma inaugural a partir do caso Ellwanger em relação ao povo judeu, e aplicada também na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, no que se refere às pessoas da comunidade LGBTI+.

No que concerne ao impacto do discurso de ódio contra grupos vulneráveis nos âmbitos político e social detectou-se o caráter negativo e danoso desse impacto para os grupos vulneráveis e para a sociedade, visto que o próprio Estado Democrático de Direito brasileiro resta atingido quando da não regular concretização dos direitos humanos.

Na identificação da relação existente entre discurso de ódio e aspectos políticos foi ressaltada a invisibilização desse tipo de discurso no sentido de não haver em determinadas instâncias estatais o reconhecimento explícito desse fenômeno como um ilícito jurídico. A exemplo das condutas homofóbicas e transfóbicas, que incluem discursos de ódio contra pessoas da comunidade LGBTI+, e que por um período significativo no Estado brasileiro não houve um entendimento jurídico harmônico para punir discursos de ódio contra esse grupo vulnerável; e quando esse entendimento chegou, conforme visto na análise tópica do caso

pertinente, foi por via judicial, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, já examinada. Até a atualidade ainda não há legislação específica para a repressão de condutas homotransfóbicas no Brasil. Ou seja, há uma mora do Poder Legislativo nacional até os dias atuais acerca disso.

Se no âmbito do Poder Judiciário há uma jurisprudência predominante contra a aceitação jurídica do discurso de ódio em face de grupos vulneráveis – apesar da existência de precedentes judiciais minoritários que não seguem esse entendimento –, no âmbito do Poder Legislativo da União, diretamente ligado à política nacional, permanece a omissão quanto ao discurso de ódio contra determinados grupos vulneráveis, como a comunidade LGBTI+. Essa dificuldade de reconhecimento, no âmbito político, acerca da não aceitação da licitude de determinados discursos, que violam direitos humanos, ainda constitui um obstáculo a ser superado para se alcançar um entendimento político-social mais apurado no sentido de que não há proteção jurídica do discurso de ódio contra grupos vulneráveis.

Quanto à relação entre discurso de ódio e aspectos sociais, constatou-se determinadas conjunturas que repercutem na sociedade e podem gerar uma percepção social equivocada de que discursos de ódio contra grupos vulneráveis seriam tolerados: tendo em vista a invisibilização, em determinados âmbitos, desse discurso como um ilícito jurídico de modo explícito, com previsão em legislação específica, como o caso da comunidade LGBTI+, que ainda não tem regulação nesse aspecto; considerando-se a mora do Poder Legislativo da União em regularizar essa situação de omissão inconstitucional; e visto que há, no direito brasileiro, a ocorrência de julgamentos pontuais que tendem a relativizar a gravidade de discursos ofensivos e negativamente discriminatórios contra grupos vulneráveis, como examinado topicamente no caso do Inquérito nº 4.694/DF, julgado pela 1ª Turma do STF, analisado na seção “5.2.1”, no qual prevaleceu o direito à liberdade de expressão do acusado. Entretanto, conforme averiguado, essa percepção social, que pode ser gerada, é equivocada na medida em que a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal não admite discursos de ódio contra grupos vulneráveis, com fundamento no quadro normativo existente no direito brasileiro, em harmonia com o direito internacional dos direitos humanos.

Observou-se que o aspecto social da falta de proteção suficiente dos dois grupos vulneráveis examinados, os afrodescendentes e a comunidade LGBTI+, refletiu-se nos dados estatísticos investigados, dentro do período de 2019 até o ano de 2022 no Brasil, que demonstraram como as pessoas negras e as pessoas da comunidade LGBTI+ são vítimas de crimes violentos com uma alarmante incidência, e encontram maiores obstáculos na efetivação dos seus direitos e de sua plena cidadania. Concluiu-se que a banalização do discurso de ódio

contra esses grupos vulneráveis não é favorável para o alcance de um ambiente social de respeito aos direitos de todas as pessoas, além do fator educacional, da conscientização.

A aplicabilidade da tópica jurídica ao exame do discurso de ódio contra grupos vulneráveis no direito brasileiro, com suas particularidades e histórico de transição democrática, apresentou-se como uma hermenêutica jurídica inovadora possível na resolução do problema de pesquisa. A tópica jurídica é evidenciada como uma possibilidade de modelo jurídico capaz de harmonizar os direitos em tensão nas situações de discurso de ódio contra grupos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro, alinhado com o direito internacional dos direitos humanos, por ter a particularidade de abordar cada caso específico, com inovação de soluções a partir das premissas, conceito e elementos desenvolvidos na pesquisa.

Foi concretizada a hipótese inicialmente levantada de que o discurso de ódio contra grupos vulneráveis além de não estar de acordo com o direito brasileiro, alinhado com o direito internacional dos direitos humanos, resulta em impactos negativos para a sociedade e o Estado, abarcando-se os âmbitos político e social. De acordo com o exame realizado, no segundo, terceiro e quarto capítulos, esse tipo de discurso negativamente discriminatório viola o direito à igualdade e não discriminação e não se adequa com o princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana. Enquanto, no quinto capítulo, verificou-se a possibilidade de aplicação da hermenêutica jurídica tópica, de modo inovador, tendo em vista que possibilitou a resolução de casos referentes ao objeto de pesquisa a partir das premissas articuladas, assegurando-se os direitos em tensão em cada situação, em que as estatísticas investigadas reforçaram o quadro político-social desfavorável aos grupos vulneráveis apresentados.

Conforme constatado no quinto capítulo, apesar da atual existência de uma jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal de não proteção jurídica do discurso de ódio contra grupos vulneráveis e pessoas desses grupos, o registro de decisões que vão contra esse padrão jurisdicional indicam um risco para a concretização dos direitos humanos nesses casos, como para o próprio Estado Democrático de Direito, considerando-se o histórico de transição democrática brasileira. Nesse sentido, as premissas e o conceito de discurso de ódio com seus respectivos elementos desenvolvidos nesta pesquisa, a partir da aplicabilidade da hermenêutica jurídica tópica, possibilita um instrumental jurídico-científico que auxilia na prevenção da ocorrência de decisões judiciais equivocadas, que não identifiquem o discurso de ódio quando de fato ele ocorre; ou até em situações limítrofes, em que a investigação e interpretação dos fatos e a hermenêutica do direito aplicáveis demandem uma abordagem precisa.

7 REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D.. As dimensões da justiça de transição no Brasil, a eficácia da lei de anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: PRONER, Carol; ABRÃO, Paulo (org.). **Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça**: perspectivas comparadas Brasil-Espanha. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. Tradução de: Henrique Burigo.

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38. Tradução de: Rogério Luiz Nery da Silva.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Jandaíra, 2020. (Feminismos Plurais/ coordenação de Djamila Ribeiro).

AMADO, Juan Antonio García. **Teorías de la tópic jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Annual Report 2019**. London: Amnesty International Ltd, 2019. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/amr01/1353/2020/en/>. Acesso em: 31 ago. 2023.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2020/21**: o estado de direitos humanos no mundo. Londres: Amnesty International Ltd, 2021. Tradução de: Anistia Internacional Brasil. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/3202/2021/en/>>. Acesso em: 31 maio 2023.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2021/22**: o estado dos direitos humanos no mundo. Londres: Amnesty International Ltd, 2022. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/4870/2022/en/>>. Acesso em: 31 maio 2023.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Anistia Internacional – Informe 2022/23**: o estado dos direitos humanos no mundo. Londres: Amnesty International Ltd, 2023. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/5670/2023/en/>>. Acesso em: 01 jun. 2023.

ARAÚJO, Douglas da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Perspectivas sobre políticas públicas de inclusão digital e fomento às cidades inteligentes. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12465>>. Acesso em: 15 jul. 2023. doi: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12465>.

ARAÚJO, Jailton Macena de; MEDEIROS, Robson Antão de. Pós-gênero e direitos humanos: aspectos bioéticos do processo de redesignação sexual em adolescentes transexuais. In: MEDEIROS, Robson Antão de (org.). **Biotecnologia, bioética e direitos humanos**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. p. 93-120.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. Tradução de: Maria Cristina Guimarães Cupertino.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. Tradução de: Danilo Marcondes de Souza Filho.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELAVUSAU, Uladzislau. **Freedom of Speech**: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies. New York: Routledge, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc.: Cláudio De Cicco.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de: Celso Lafer.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1995. Tradução de: Alfredo Fait.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho.

BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Barueri, SP: Manole, 2009. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani; organização: Pietro Polito; prefácio à edição brasileira: Celso Lafer; Revisão Técnica: Frederico Diehl e Valdemar Braghetto Junqueira.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório / Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1).

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas:** Áreas temáticas. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/areas-tematicas>>. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas:** Direitos Humanos. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/area-tematica/3/direitos-humanos>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Catálogo de políticas públicas:** Desenvolvimento Regional. Disponível em: <<https://catalogo.ipea.gov.br/area-tematica/5/desenvolvimento-regional>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 1569850 / RN. Recorrente: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 24 de abril de 2018. **Dje 11/06/2018.** Brasília, 11 jun. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503026950&dt_publicacao=11/06/2018>. Acesso em: 21 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Processo Eletrônico Dje-243.** Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. ADI nº 4.815/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2015. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/Distrito Federal.** Brasília, 01 fev. 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 3590/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. **Acórdão Eletrônico Dje-177; Divulg 11-09-2014; Public 12-09-2014.** Brasília, 12 set. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito nº 4694/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. **Acórdão Eletrônico Dje-167; Divulg 31-07-2019; Public 01-08-2019.** Brasília, 01 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão. Inquérito nº 4.874/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 07 de abril de 2024. **Decisão Monocrática no Inquérito 4.874/DF.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365901151&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal. Brasília, DF, 22 de agosto de 2023. **Processo Eletrônico Dje-S/N Divulg 08-09-2023 Public 11-09-2023**. Brasília, 11 set. 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770595336>>. Acesso em: 04 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Dj 19-03-2004 Pp-00024**: EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 04 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4888. PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DO SENADO FEDERAL - CPI DA PANDEMIA. JAIR MESSIAS BOLSONARO. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2021. **Processo Eletrônico Dje-246 Divulg 14/12/2021 Public 15/12/2021**. Brasília, 15 dez. 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1262358/false>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 38782, Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 de novembro de 2020. **Processo Eletrônico Dje-034**. Brasília, 24 fev. 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>>. Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de agosto de 2016. **Processo Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito. Dje-114**. Brasília, 31 maio 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. **Súmula Vinculante 25**. Brasília, 12 fev. 2010. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58Completoconteudo.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Acórdão. ADPF 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. **Dje-198 Divulg 13-10-2011 Public 14-10-2011 Ement Vol-02607-01 Pp-00001**. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de abril de 2012. **Acórdão Eletrônico Dje-205 Divulg 17-10-2014 Public 20-10-2014 Rtg Vol-00230-01 Pp-00009**. Brasília, 20 out. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 130. Relator: Min. Carlos Britto. **ADPF nº 130/DF - Distrito Federal**. DF, 06 nov. 2009. p. 1-334. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/ SP - São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. **RE nº 466.343-1/ SP - São Paulo**. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1106-1330. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação**: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

BRITO, Felipe Peixoto de. A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação: obras de arte e o problema do discurso de ódio. **Trilhas Filosóficas**, Caicó, v. 16, n. 1, p. 167-179, 29 set. 2023. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. <http://dx.doi.org/10.25244/tf.v16i1.5394>.

BRITO, Felipe Peixoto de. Constituição e cidadania no Estado brasileiro: a transição da ditadura militar até o período democrático após a Constituição de 1988. In: SIQUEIRA, Adriana Castelo Branco de; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa (org.). **Direitos humanos e desenvolvimento**: diálogos contemporâneos. Teresina: EDUFPI, 2023. p. 98-116.

BRITO, Felipe Peixoto de; GURGEL, Yara Maria Pereira. Ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada: análise da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/Distrito Federal sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2017, São Luís/MA. Direitos e garantias fundamentais. Florianópolis: CONPEDI, 2017. v. III. p. 91-108.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio**: uma política do performativo. São Paulo: Unesp, 2021. Tradução de: Roberta Fabbri Viscardi.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e direitos humanos**: tutela dos grupos vulneráveis. São Paulo: Almedina, 2022.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS & ASSESSMENT (Cambridge) (ed.). **Cambridge Dictionary**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/hate-speech>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

CAMPENHOUDT, Luc Van; QUIVY, Raymond; MARQUET, Jacques. **Manuel de recherche en sciences sociales**. 4. ed. Paris: Dunod, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Introdução e tradução de: A. Menezes Cordeiro.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 1, n. 15, p. 1-7, jun. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARDOZO, Benjamin N.. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Tradução de: Silvana Vieira; Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: Atlas, 2015. Organização, estudo introdutório e tradução de: Emerson Garcia.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. Tradução de: Álvaro Cabral.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Tradução de: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 15. p. 345-364.

CURTIUS, Ernst Robert. **Literatura Européia e Idade Média Latina**. São Paulo: Hucitec: Edusp, 1996. Tradução de: Teodoro Cabral e Paulo Rónai.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade**: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Almedina, 2021.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tradução de: Luzia Araújo.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito). Tradução de: Jefferson Luiz Camargo.

FALLA, Carlos Garza. Discurso de odio y redes sociales: algunas elucubraciones. In: CAMPOS, Mario *et al.* **Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales**. México: Colección Matices, 2015.

FEITOSA, Enoque. Direito como argumentação: uma perspectiva descritiva. **Revista Diálogos Possíveis**, Salvador, v. 21, n. 1, p. 72-84, jun. 2022. Disponível em: <https://revista.grupofaveni.com.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/170>. Acesso em: 12 abr. 2024.

FEITOSA, Enoque. Notas para um diálogo entre tópica e retórica enquanto modelos descritivos. In: ROESLER, Claudia; REIS, Isaac; SANTOS, Celso R. L. dos (org.). **Tópica e discurso**: reflexões sobre o direito como prática social. Curitiba: Alteridade Editora, 2022. p. 43-61.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970 / Michel Foucault. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. (Leituras filosóficas). Tradução de: Laura Fraga de Almeida Sampaio.

FREITAS, Lorena. Acerca da tópica como técnica do pensamento orientada para o problema: um ensaio metodológico. **Trilhas Filosóficas**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 195-213, 2023. DOI: 10.25244/tf.v16i1.5602. Disponível em: <https://periodicos.apps.uern.br/index.php/RTF/article/view/5602>. Acesso em: 29 abr. 2024.

FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos Direitos Humanos. In: Lorena Freitas; Enoque Feitosa. (Org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. 1ed. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2012, v. Único, p. 226-240.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.L.], v. 34, n. 66, p. 327-355, 23 jul. 2013. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/28064>>. Acesso em: 11 maio 2023.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Tradução de: Paulo César de Souza.

GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga *et al* (org.). **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020**: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021.

GÓMEZ, José Maria. Globalização dos direitos humanos, legado das ditaduras militares no Cone Sul latino-americano e justiça transicional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S.L.], v. 1, n. 33, p. 85-130, dez. 2008. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. <http://dx.doi.org/10.17808/des.33.240>.

GREEN, James N.; QUINALHA, Renan. Contribuição sobre o tema ditadura e homossexualidades para o relatório final da comissão nacional da verdade e parceiras. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (org.). **Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade**. São Carlos: EdUFSCar, 2015. p. 301-320.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais**. 2018. 218 f. Tese (Pós-Doutorado) - Curso de Pós-Doutoramento em Direito e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

HART, H. L. A.. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Tradução de: A. Ribeiro Mendes.

HOBBSAWM, Eric J.. **Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Tradução de: Marcos Santarrita; revisão técnica: Maria Célia Paoli.

HUME, David. **Ensaaios políticos**. São Paulo: Edições 70, 2021. Organização e preparação do texto: Jaimir Conte, Marília Côrtes de Ferraz; tradução, introdução e notas: João Paulo Monteiro.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. Tradução de: Serafim da Silva Fontes. Prefácio e Revisão Técnica da Tradução de: João Paulo Monteiro.

INTERAMERICANA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia nº 219. San José de 2010. **Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Costa Rica, 24 nov. 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13-30.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. Tradução de: Paulo Quintela.

KAUFMAN, Gustavo Ariel. Expresiones de odio en el espacio virtual común de la humanidad. In: CAMPOS, Mario *et al.* **Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales**. México: Colección Matices, 2015. p. 121-129.

KELSEN, Hans. La concepción del Estado y la psicología social: con referencia especial a la teoría del grupo, de Freud. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, 1(19), México, v. 19, p. 233-267, jan. 1974. Número especial. Estudios en memoria de Hans Kelsen. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1049/13516>>. Acesso em: 24 jan. 2024.

KELSEN, Hans. Uma fundamentação para a sociologia do direito / A foundation of sociology of law. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 775-816, mar. 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/39506>>. Acesso em: 31 mar. 2024.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de: Luís Carlos Borges.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: João Baptista Machado.

KOPNIN, Pavel V. **Fundamentos Lógicos da Ciência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972. Tradução de: Paulo Asevedo.

LÊNIN, V. I.. **O Estado e a Revolução**: o que ensina o marxismo sobre o estado e o papel do proletariado na revolução. São Paulo: Hucitec, 1987. Tradução de: Aristides Lobo. Apresentação de: Florestan Fernandes.

LINDGREN-ALVES, José Augusto. **A década das conferências: 1990-1999**. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2018. (Coleção relações internacionais).

LOSURDO, Domenico. **Hegel, Marx e a tradição liberal**. Liberdade, igualdade, Estado. São Paulo: UNESP, 1998. Tradução de: Carlos Alberto Fernando Nicola Dastoli; Revisão técnica de: Marco Aurélio Nogueira.

LUCCAS, Victor Nóbrega; GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto. A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de Ódio no Brasil: a matriz de variáveis. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega (coord.). **Discurso de Ódio**: desafios jurídicos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 83-130.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel: 1843 / Karl Marx**. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013. Tradução de: Rubens Enderle e Leonardo de Deus.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Livro Primeiro. O processo de produção do capital. Volume I. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988. Tradução de: Reginaldo Sant'Anna.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Monica Bonetti. Limites à Liberdade de Expressão do Pensamento no Direito Brasileiro e o Discurso do Ódio. In: MEZZAROBBA, Orides; ROVIRA, Enoch Alberti (org.). **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. p. 189-217.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. Tradução e prefácio: Alberto da Rocha Barros; apresentação: Celso Lafer.

MILOVIC, Miroslav. **Comunidade da diferença**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

MILOVIC, Miroslav. **Política e metafísica**. São Paulo: Max Limonad, 2017.

MIRANDA, Jorge. Para uma Teoria dos Sujeitos de Direito Internacional. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 539-565.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo II - Constituição. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 5. p. 111-144.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

NETTO, José Paulo. **Pequena história da ditadura brasileira**: (1964-1985). São Paulo: Cortez, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: volume I - Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.

OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil**: Dossiê 2021. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2022.

OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil**: Dossiê 2022. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023.

OLIVEIRA NETO, Vicente Elísio de. **Deficiência e direitos das pessoas com deficiência**: tópica jurídica e o convívio antinômico entre os pontos de vista biomédico e biopsicossocial. Curitiba: Juruá, 2022. Prefácio de: Enoque Feitosa.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (org.). **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Relatorio-2019.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Chefe da Organização Mundial da Saúde declara o fim da COVID-19 como uma emergência de saúde global**. 2023. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/230307-chefe-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-sa%C3%BAde-declara-o-fim-da-covid-19-como-uma-emerg%C3%Aancia-de-sa%C3%BAde>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Prefácio de Henry Steiner; apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Estruturas Intocadas: Racismo e Ditadura no Rio de Janeiro. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 1054-1079, jun. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/33900>.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**: 1º volume. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. (Coleção Espírito do nosso tempo). Tradução de: Milton Amado.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito**: o uso da liberdade de expressão como forma de violência. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/20702>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia Social**. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. Tradução e notas de Edson Bini.

SAFERNET BRASIL (Brasil). **Crimes de ódio têm crescimento de até 650% no primeiro semestre de 2022**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/crimes-de-odio-tem-crescimento-de-ate-650-no-primeiro-semester-de-2022#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

SAFERNET BRASIL (Brasil). **Safernet aponta que discurso de ódio cresceu nas duas últimas eleições**. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/safernet-aponta-que-discurso-de-odio-cresceu-nas-duas-ultimas-eleicoes#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

SAKAMOTO, Leonardo. **O que aprendi sendo xingado na internet**. São Paulo: LeYa, 2016.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945 p.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/515193>>. Acesso em: 04 jul. 2023.

SELLARS, Andrew F. **Defining Hate Speech (December 8, 2016)**. Berkman Klein Center Research Publication N. 2016-20. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2882244>. Acesso em: 30 jun. 2023.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de: Ricardo Doninelli Mendes.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 445-467, jul. 2011. ISSN 2317-6172. p. 447. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23964/22729>>. Acesso em: 06 out. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SIMPSON, Robert Mark. **Dignity, Harm, and Hate Speech**. 2013. Law and Philosophy 32 (6):701-728. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/SIMDHA>>. Acesso em: 21 out. 2022. SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. A defesa dos direitos fundamentais como direitos humanos e as tensões na forma jurídica. **Cadernos de Direito Actual**, v. 5, p. 85-93, 2017.

SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. **O discurso jurídico como justificação**: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação. 2008. 231 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

TORELLY, Marcelo D.. O Direito e os Legados do Autoritarismo no Cone Sul: Respostas nacionais à norma global de responsabilidade individual. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra (Org.). **Ditaduras Militares, Estado de Exceção e Resistência Democrática na América Latina**. João Pessoa: CCTA, 2016.

TOSI, Giuseppe; SILVA, Jair Pessoa de Albuquerque e. A justiça de transição no Brasil e o processo de democratização. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo D.; ABRÃO, Paulo (org.). **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. **Decisão de 4 de novembro de 2009 - 1 BvR 2150/08**. 2009. Disponível em: <https://www.bverfg.de/e/rs20091104_1bvr215008.html>. Acesso em: 12 dez. 2023.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado | DOI: 10.12818/p.0304-2340.2018v73p97. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.L.], n. 73, p. 97-140, 20 dez. 2018. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2018v73p97>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 1999, n. 36, p. 27-76, 27 fev. 2014. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/79>. Acesso em: 19 set. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró.

TSESIS, Alexander. **Dignity and Speech**: The Regulation of Hate Speech in a Democracy (May 1, 2009). Wake Forest Law Review, Vol. 44, 2009. p. 497. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1402908>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. A proteção de minorias no âmbito da Organização dos Estados Americanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença**: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 3. p. 57-80.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. (Colección Estudios Alemanes). Traducción: Jorge M. Seña. Revisión: E. Garzón Valdés y Ruth Zimmerling.

VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in law. Frankfurt Am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993. Translated with a foreword by W. Cole Durham, Jr.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Introdução, notas e bibliografia: René Pomeau; Tradução: Paulo Neves.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

YONG, Caleb. **Does Freedom of Speech Include Hate Speech?** 2011. Res Publica 17 (4):385-403. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/YONDFO>>. Acesso em: 21 out. 2022.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Sociologia do direito e do Estado**: noções fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2016. (IDP: direito comparado). Tradução de: António Franco e António Francisco de Sousa.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94. Colaboração de: Emilio Santoro; Tradução de: Carlo Alberto Dastoli.

QUADRO NORMATIVO

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966**. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-03-66.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966**. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2023.

BRASIL. Constituição do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 09 mai. 2023.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Decreto nº 11.856, de 26 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11856.htm>. Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 08 mar. 2024.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.** Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970.** Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1077.htm>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 09 mai. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 08 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013.** Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm>. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14155.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14197.htm>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14688.htm>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.** Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.** Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 02 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.** Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981)**. Disponível em: <<https://achpr.au.int/index.php/pt/charter/carta-africana-dos-direitos-humanos-e-dos-povos>>. Acesso em: 19 mar. 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European Convention on Human Rights (1950)**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

PROCLAMAÇÃO de Teerã: Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de Maio de 1968. Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de Maio de 1968. 1968. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/geral/ProcTeera.htm>. Acesso em: 26 set. 2022.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949**. Berlin, jun. 2022. Tradutor: Assis Mendonça. Revisor jurídico: Urbano Carvelli. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2023.

UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 17 mar. 2024.