

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE DO CASO ELLWANGER

JUDICIAL DISCRETION AND THE LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION: AN ANALYSIS OF THE ELLWANGER CASE

Gabriela Ribas Chimelli¹

RESUMO: A discricionariedade judicial ganha nova perspectiva após a construção do Estado Democrático de Direito, assim o objetivo central do presente estudo é averiguar a atuação do Supremo Tribunal Federal no HC nº 82424/RS (caso Ellwanger), sob a perspectiva da liberdade de expressão e do discurso de ódio. Propõe-se para tanto a análise do tema a partir da Crítica Hermenêutica do Direito apresentada por Lênio Luiz Streck na qual investiga a atuação judicial e as teorias que o intérprete do direito deverá se pautar para se evadir da discricionariedade judicial. Sob essa ótica, examina inicialmente a construção da neutralidade do juiz que ao decorrer do tempo passa a ser avaliada sob a perspectiva de uma abertura do espaço interpretativo ocasionada frente ao caso concreto. Nesse cenário, os princípios constitucionais obtêm uma nova roupagem pela qual poderá incorrer em interpretação equivocadas devido à ausência de definições específicas pelo legislador, assim se estudará a sua construção e como suas características podem ser utilizados para blindar a atuação jurisdicional por meio da intersubjetividade coletiva. Posteriormente, irá se analisar os fatos postos em sua forma concreta, passando pela análise da liberdade de expressão e o que caracteriza o discurso de ódio, será averiguado qual a prática de interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal e a aplicação do direito realizada, dentro da qual será observado o exercício da ponderação utilizado pelos ministros analisando se o método utilizado abre espaço para a discricionariedade judicial e se a interpretação dos dispositivos constitucionais incorre na aplicação equivocada dos princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade. Pós-positivismo. Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT: Judicial discretion gains a new perspective after the construction of the Democratic State of Law, so the main objective of the present study is to investigate the performance of the Federal Supreme Court in HC nº 82424/RS (Ellwanger case), from the perspective of freedom of expression and hate speech. It is proposed, therefore, the analysis of the theme from the Hermeneutic Critique of Law presented by Lênio Luiz Streck in which it investigates the judicial performance and the theories that the interpreter of the law should be guided to evade judicial discretion. It initially examines the construction of the judge's neutrality which starts to be evaluated from the perspective of an opening of the interpretive space caused by the concrete case. In this scenario, the constitutional principles get a new guise by which they may incur in misinterpretation due to the absence of specific definitions by the legislator, their construction will be studied and how their characteristics can be used to shield the jurisdictional action through its collective intersubjectivity. Subsequently, the facts put in their concrete form will be analyzed, going through the analysis of freedom of expression and the hate speech, it will be investigated what is the interpretation practice used by the Federal Supreme Court and the application of the right carried out, within the which the exercise of weighting used by the ministers, analyzing whether the method used opens space for judicial discretion and whether the interpretation of constitutional provisions incurs in the misapplication of the principles.

KEYWORDS: Discretion. Post-positivism. Hermeneutic Critique of Law

INTRODUÇÃO

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos construídos sob a égide dos direitos fundamentais levam a construção do Direito sob a estruturação de princípios e a atividade jurisdicional frente a conceitos que não se encontram pontualmente definidos incorre na discussão acerca da discricionariedade. O intérprete do direito impelido a se afastar de fundamentos que configurem um ato de vontade subjetiva precisa buscar parâmetros que se distanciem de argumentos que configurem a decisão como um ato de vontade.

Nesse cenário, Lenio Luiz Streck, pauta seus estudos a partir das críticas e contribuições de Ronald Dworkin em seus debates com Herbert Hart, fundamentando sob a tese interpretativa do romance em cadeia, busca evadir-se do neoconstitucionalismo brasileiro. Este, muitas vezes se pautando sob aproximação do direito e da moral para justificar as decisões judiciais, leva a Crítica Hermenêutica do Direito apresentada pelo professor Lênio Luiz Streck posicionar-se sob a construção de que há uma ausência de uma teoria da decisão no ordenamento jurídico brasileiro frente aos casos difíceis.

Assim, os princípios constitucionais por trazerem uma carga valorativa a norma, passam a ter a função orientativa da atividade jurisdicional. Sendo transformados em uma norma que transcende a lei e possuindo um aspecto aberto utilizado pelo legislador como forma de exprimir um valor coletivo da sociedade na norma, apresenta-se na discussão, quando há o embate entre princípios, a interpretação das normas que muitas vezes levam a liberalidade judicial interpretativa.

Destarte os denominados casos difíceis, que postam em cada lado um direito fundamental, tendem a acentuar a discricionariedade judicial, o caso Ellwanger é demonstrado como um exemplo da ausência de uma teoria da decisão quanto a interpretação e aplicação do direito. Situado a liberdade de expressão através do discurso de ódio e do lado oposto a dignidade da pessoa humana sob o fundamento de sua violação, os ministros necessitam averiguar se o discurso de ódio encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Outrossim, a partir da pesquisa de levantamento bibliográfico, documental e estudo de caso, será analisado sob a luz da Crítica Hermenêutica do Direito, os argumentos utilizados pelos ministros no HC nº 82424/RS. Assim, averiguando as técnicas de ponderação utilizadas, será analisado se há atuações sob argumentos subjetivos que revelam uma discricionariedade judicial dentro da qual, ao invés de maximizar os direitos fundamentais, leva a sua interpretação equivocada que se distanciam do ordenamento jurídico.

1 A DISCRICIONARIDADE JUDICIAL E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

O século XIX, influenciado pela corrente filosófica do positivismo passou a condicionar como fonte de conhecimento válido o estudo por meio do método científico e influenciado pela ordenação que se elevava entre as ciências exatas e sociais, o Direito inicia a construção do positivismo jurídico. Afastando o conhecimento jurídico de valores morais, o direito, passa a corresponder a um estudo de fatos sociais que o jurista deverá analisar de forma objetiva.

Nessa linearidade, surge o positivismo exegese, induzindo o Direito a se afastar de fundamentações metafísicas, vincula como fonte primordial a lei que se encontra posta nos códigos e sendo essa capaz de abarcar toda a realidade para qualquer situação existente o Direito teria capacidade de solucionar a controvérsia. Portanto, ao juiz competiria tão somente declarar a lei que se encontra posta por meio da subsunção enquadrando os fatos as leis, porém, ainda possui como característica a discricionariedade na figura do legislador ao realizar a positivação do direito:²

A partir daí, cumpre apenas uma obediência e aplicação quase irrestritas, uma vez que dura Lex sed Lex. Logo, entendemos que desde sua origem o positivismo jurídico tem como elemento característico a discricionariedade, ainda que em seus primórdios ela fosse vista como um problema na seara judicial.

Dessa forma idealiza a construção de um juiz neutro, as subjetividades deveriam ser relacionadas apenas ao texto legal, porém, devido a ascensão da jurisdição constitucional há um deslocamento da discricionariedade, antes cabível apenas ao legislativo, passa também a se tornar um papel desempenhado pelo judiciário. Isto porque, segundo Lenio Luiz Streck, há dois motivos da incidência da discricionariedade judicial por ser uma forma de solução e por ser indissociável a atuação jurisdicional.³

O primeiro, trata do realismo jurídico que encontra seus fundamentos na Escola de Direito livre,

² STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 227. 2016.

³ STRECK, 2016, p.228.

se afastando do formalismo jurídico, entende que as leis positivadas engessam a realidade, portanto, compete ao juiz encontrar aquilo que seria justo. O segundo, encontra seus motivos na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (1997), se ao jurista cabe tão somente elencar as significações possíveis, não seria possível eleger a correta. Isto porque, o ato judicial por corresponder uma decisão, não é possível afirmar categoricamente que o processo cognitivo realizado não corresponderá um ato de sua própria vontade. Ademais, a interpretação, possibilita várias decisões que poderão ser igualmente corretas, o que leva assim o reconhecimento da indissociabilidade da discricionariedade judicial⁴, conforme pensamento construído por Lenio Luiz Streck:

Penso que ao menos duas respostas podem ser dadas, quais sejam: a) sendo a decisão um ato de vontade e não um ato de conhecimento, não haveria como prever ou afirmar o que outra pessoa, dentro ou fora de um marco normativo, poderia decidir conforme sua volição; b) sendo o positivismo um paradigma relativista, não seria adequado um conceito como o de uma interpretação correta, sobretudo, num espaço de pluralidade de interpretações, que possibilitariam várias decisões igualmente corretas.⁵

No mesmo esteio, Hart (1994), em seu Conceito de Direito, compreende que os casos que são enquadrados como difíceis, na qual não há um critério público de verificação para sua correção, torna-se impossível desassociar a discricionariedade judicial da resolução do caso, porém, apesar de não existir respaldo conclusivo legal, ainda é imprescindível se pautar através da tradição jurídica.⁶ Portanto, a discricionariedade judicial para Hart:

dentro da zona de penumbra, em que não haveria critérios de públicos de verificação de sua correção, seria inescapável a discricionariedade judicial. Esta deveria ser usada com parcimônia e seria um preço a ser pago democraticamente, como modo de resolver esses casos específicos. Seria um juízo discricional limitado aos hard cases e sem se esquecer de toda uma tradição jurídica que, apesar de não conclusiva, lhe serviria como um direcionamento, uma fonte⁷

Destarte, há então com o decorrer do tempo um afastamento da teoria inicialmente construída pela escola Exegese que buscava um juiz completamente neutro, as correntes posteriores tornam um fato a discricionariedade do juiz, que ao proferir a solução para determinado caso concreto irá possuir um espaço interpretativo na qual irá transitar para solucionar as lacunas existentes que se relacionam a interpretação do texto legal⁸. Portanto, a discricionariedade judicial, incide na criação de uma regulação do direito que até então não possuía fundamento legal, permitindo uma interpretação constitucional nas quais a lei é omissa, autoriza indiretamente a arbitrariedade judicial ao aplicar a lei de forma que a Constituição não prevê⁹.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck, traz a crítica de Ronald Dworkin, ao positivismo discricional de Hart. Para Dworkin, existem três sentidos da discricionariedade, o limitado na qual a escolha é determinada por duas ou mais opções e o sentido forte e fraco, que surge da diferença do controle sobre a decisão.

4 STRECK, 2016, p.229.

5 STRECK, 2016, p.229.

6 STRECK, 2016, p.229.

7 STRECK, 2016, p.229.

8 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p.68.

9 STRECK, 2018, p.72.

Portanto, no sentido forte, inexistente um padrão estabelecido podendo ser criticado a decisão tomada, mas não censurado por se encontrar respaldado pela ideia do poder discricionário.¹⁰

Destarte, é a partir do sentido forte da discricionariedade que Dworkin constrói sua crítica ao Hart, este que fundamenta que ao inexistir uma regra pré-estabelecida ao juiz recairá o poder da discricionariedade, é afastado por Dworkin que busca uma objetividade. Por defender que a resolução do caso concreto encontre respaldo jurídico e legal dentro do ordenamento jurídico previamente estabelecido, a solução para todo e qualquer caso seja ele fácil ou difícil, deverá se pautar buscando impedir a discricionariedade judicial¹¹.

Nesse cenário, o ordenamento jurídico existente, é estabelecido por meio de um acordo político além da composição das regras, definem princípios norteadores que por sua vez vedariam a discricionariedade. Logo, mesmo diante da inexistência de regras, a solução partiria dos princípios construídos através do acordo político, ou seja, mesmo frente a existência de diversas soluções, a solução recairia sobre a mais correta. Para Dworkin, a prática jurídica corresponde a uma interpretação de fatos conflitantes apresentado pelas partes em litígio, porém, não orienta a interpretação de um juízo próprio de valor das normas jurídicas ou a vontade do legislador extraída da lei, mas sim por meio da aproximação do Direito e da Literatura, na qual compara a construção da melhor solução pelo juiz através do denominado romance em cadeia, conforme explicita Streck:

Nesse contexto deve ser compreendida a tese da resposta correta. Assim, a questão não é a existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito como sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, uma vez que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada.¹²

Destarte, a aproximação metodológica leva a construção de uma escrita coletiva, impondo aquele que irá dar continuidade o dever de coerência, portanto, quanto mais a história se desenvolve maior se torna a vinculação com a história narrada, posto que o intérprete necessita reconstituir o passado. Nesse esteio, o juiz, irá sempre estar vinculado aos precedentes sendo que ao decorrer do tempo o vínculo, assim como no romance em cadeia, aumenta.¹³

Ocorre que a discricionariedade no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, encontra um amplo cenário para a subjetividade exercida pelo jurista. O cenário da interpretação quando revestido de um ínfimo espaço para a decisão, passa a se revestir dos princípios a um ponto no qual a Constituição encontra-se em segundo plano frente a subjetividade aplicada no caso concreto, conforme crítica dos estudos de Streck:

[...] o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse “espaço” se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como “axiomas com força de lei” ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional.¹⁴

10 STRECK, 2018, p.72.

11 STRECK, 2016, p.233.

12 STRECK, 2016, p.234.

13 STRECK, 2016, p.235.

14 STRECK, 2017, p.75

Destarte, tem-se que no Brasil, a discricionariedade corresponde a uma busca pela superação do Direito formal iniciado na escola exegese e a incitação de um protagonismo judicial, que conforme afirma Kelsen, corresponde a uma fatalidade para o direito. Segundo Streck, até mesmo a teoria construída por Hart se desvirtua como meio de balanceamento entre princípios que compete ao julgador resolver.

Nesse cenário, a afirmação de que ao intérprete sempre competirá dar sentido ao texto, não corresponde a livre capacidade de atribuir uma interpretação que seja realizada de forma equidistante do texto com a norma. Isto porque, a discussão que envolve a arbitrariedade e a discricionariedade, encontra-se dentro de um plano abstrato, ambas possuem o mesmo problema que é a ausência do controle acerca do conteúdo da norma.¹⁵

Dessa forma as teorias contemporâneas juspositivistas pontuam como uma das características do sistema jurídico a atividade jurisdicional limitada pelo próprio direito, sendo ao final aberto o espaço para a discricionariedade, na qual se diferenciam quanto a esta em duas correntes: a exclusiva e a inclusiva. A primeira, analisa o sistema do Direito através de normas abertas e a partir das lacunas existentes no ordenamento jurídico abre-se espaço para a discricionariedade, enquanto a segunda fundamenta que o Direito ao utilizar fundamentos morais, torna inevitável a discricionariedade judicial.¹⁶

Outrossim, nas duas correntes denota-se que a questão da discricionariedade irá se pautar acerca dos limites semânticos existentes na interpretação das normas, podendo se dar tanto pelas lacunas quanto pela existência de regras morais, afastam o intérprete da realidade factual. Ao tratarem a linguagem como um mecanismo entre um terceiro, o sujeito e o objeto, acabam por negar sua real função de acessibilidade aos fatos jurídicos que na realidade deveria corresponder a uma experiência compartilhada e intersubjetiva:

Ao contrário, é condição de possibilidade, de acesso ao mundo, o que se dá numa experiência compartilhada/intersubjetiva. Assim, ao fim e ao cabo, reconhecer a discricionariedade é negar a tradição, a história institucional/efetual, que possibilitam a compreensão dos sentidos jurídicos.¹⁷

Nesse cenário, a discussão a respeito da discricionariedade, incorrerá na discussão entre Direito e Moral, que diferentemente do que era preconizado por Kelsen na qual inexistia relação entre a ciência e elementos morais, no ordenamento jurídico brasileiro, os neoconstitucionalistas argumentativistas afirmam que o Direito incorpora elementos morais, porém, inexistia a preocupação que os positivistas inclusivos trazem acerca do tema.¹⁸

Portanto, o poder discricionário irá corresponder a um consentimento ao juiz para que atue como um legislador e diferentemente daquilo preconizado por boa parte da doutrina brasileira, direito e discricionariedade não deveriam possuir uma interação entre si. Da perspectiva democrática, as decisões ao se pautarem em critérios que não encontram respaldo jurídico, acabam por se distanciar das teorias contemporâneas.¹⁹

15 STRECK, 2017, p.75.

16 STRECK, 2017, p.77.

17 STRECK, 2017, p.79.

18 STRECK, 2017, p.80

19 STRECK, 2017, p. 80.

1.1 A INTEPRETAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Os princípios constitucionais, ganham nova perspectiva após os regimes totalitários que eclodiram durante a Segunda Guerra Mundial. Tal acontecimento histórico justificou uma exclusão jurídica dos indivíduos, com base na afirmação de que questões correspondentes aos direitos humanos competiam ao âmbito interno territorial, legitimou o extermínio de grupos étnicos e sociais sob o manto da legalidade.

Outrossim devido a violação em massa dos direitos humanos, ficou evidente a perspectiva de que o primeiro direito necessário é o de ter direitos, para tanto se fez imprescindível uma construção universal por meio de uma política internacional dos direitos humanos orientada em conter as arbitrariedades do poder estatal²⁰.

Dessa forma os princípios constitucionais decorrentes do pós-guerra e dos fatos associados a supressão de direitos pelo poder do Estado, instauram uma nova perspectiva acerca de sua carga significativa. Diretamente ligados a um valor político na construção de uma nova perspectiva da sociedade incorporados à Constituição, passa a orientar as instituições governamentais pelo respeito e limitação de suas ações frente as garantias e direitos fundamentais, englobando assim em seu conteúdo um elemento pragmático.²¹

Só há sentido se olharmos para eles na perspectiva da de uma descontinuidade com relação às possibilidades significativas anteriores. Eles institucionalizam o mundo prático, destroem os dualismos presentes nas tradições anteriores e instauram um novo modo para se pensar o significado do termo princípio.²²

Assim, urge a necessidade de reestruturar o Direito, se antes as questões erigidas pelo positivismo correspondiam a legitimidade e o Direito, o cenário se transmuta para a discussão entre fundamento e a validade, ou seja, aquilo que corresponde o Direito como Direito. Tal transferência de perspectiva, leva a construção dos princípios como transcendentais a lei devido a concepção acerca dos direitos fundamentais e dos princípios. Portanto, as questões teóricas jurídicas passam demandar a prática normativa interpretativa e consequentemente a atividade jurisdicional assume um novo papel na discussão.²³

Dessa forma em um sistema fechado, como ocorre com ordenamento jurídico brasileiro que é erigido a partir da codificação, os princípios irão possuir a característica axiomático-dedutivistas, dentro da qual irão orientar a interpretação do direito a partir de proposições e conceitos, como método de garantir ao máximo o próprio direito e buscar formas de autocorreção.²⁴ Portanto, quando o magistrado se situa diante do caso concreto, a discussão passa a se debruçar quanto a necessidade da existência de uma justificação judicial e a comparação dos critérios valorativos alheios ao direito que passam a surgir como elemento da norma jurídica.²⁵

Ocorre que em que pese a carga orientativa dos princípios constitucionais, não é possível vincular

20 LAFER, Celso. A Declaração Universal dos Direitos Humanos: sua relevância para a afirmação da tolerância e do pluralismo. **Revista OABRJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 75, jul.-dez. 2008. p. 81.

21 STRECK, 2018, p.358.

22 STRECK, 2018, p.358.

23 STRECK, 2018, p.360.

24 STRECK, 2018, p.279.

25 STRECK, 2018, p.360.

seu conceito a uma liberalidade da criação jurisdicional. As fundamentações das decisões só se configuram como adequadas quando estão de acordo com a Constituição, porém devido a omissão do legislador quanto a uma definição prévia e clara, os princípios constitucionais possuem espaço para interpretação. Não sendo possível definir seu sentido de forma clara por corresponderem a um processo de construção histórica e cultural, determinam-se como uma experiência jurídica que é compartilhada a partir de um contexto em comum.²⁶

Nesse sentido, Streck afirma que, recepcionar os princípios como mera recepção ao texto constitucional ou como axiomas da justiça pelo qual poderiam fundamentar qualquer decisão, demonstra “tanto uma ausência de um caráter deontológico quanto uma prescindibilidade de fundamentação”. Diante desse ponto, a Crítica Hermenêutica do Direito, constrói a percepção acerca dos princípios a partir da teoria da descontinuidade²⁷.

Outrossim, os princípios por exprimirem uma experiência jurídica, levam o mundo real ao direito na qual o magistrado possuirá o dever de decidir da forma mais adequada, isto porque, segundo a teoria de Dworkin, a própria normatividade do princípio limita a discricionariedade judicial. Seu conteúdo por surgir da moralidade e experiência política da comunidade, determina a formação da sociedade, na qual não torna possível construí-lo a partir de um sentido nulo, consequentemente, a interpretação é vinculada ao sentido que a comunidade o reconheceu.²⁸

É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. Por isso, os princípios são deontológicos. Atuam no código lícito-ilícito. Assim, não podem ser usados como grau zero de sentido, eles direcionam a decisão judicial para o sentido mais coerente com o todo de nossas práticas jurídicas num espaço democrático.²⁹

O caráter da transcendência no direito, também permeia os princípios, vedando a construção das razões teorizadas daquilo que sustenta a regra, não é possível pensar em princípios de forma desassociada de sua aplicação. Isto porque, devido a construção pautada no constitucionalismo contemporâneo, os princípios materializam as regras que são instituídas por eles mesmos, logo uma regra, devido a antecedência de sentido, sempre deverá ser interpretada a partir do princípio que a forma.³⁰

Tal construção, leva a consequência de que, o princípio só se concretiza por meio de uma regra e uma regra sempre possuirá um princípio por detrás de seu sentido, levando assim ao seu caráter transcendente que se pauta na construção de sua historicidade. Assim, por levar o Direito aos fatos históricos e reais, os princípios, funcionam como limitadores da discricionariedade judicial por orientarem o intérprete ao sentido comum emanado pela sociedade, já as regras, possuindo um caráter abstrato de idealização ao serem interpretadas a partir dos princípios se retiram de um plano generalizado na qual vincula novamente a atividade jurisdicional que deverá ser pautada em justificativas³¹, conforme afirma Streck:

26 STRECK, 2018, p.362.

27 STRECK, 2018, p.362.

28 STRECK, 2018, p.365.

29 STRECK, 2018, p.364.

30 STRECK, 2018, p.364.

31 STRECK, 2018, p.366.

As regras, devido a sua generalidade e abstração, procuram antecipar as ocorrências fáticas num plano ideal que carece, por óbvio, de historicidade. Ao serem interpretadas a luz dos princípios há um reingresso da facticidade e de uma dimensão justificativa. Os princípios não são ornamentos e nem conceitos vazios que apontam para a direção que aprouver ao intérprete. Diferentemente, sua normatividade direciona sentidos que espelham a comunidade a que pertencem³².

Portanto, denota-se que, os princípios correspondem uma expressão normativa de valores que a sociedade exprime no texto legal, não sendo possível a interpretação desassociada, direcionam o intérprete ao sentido das regras, na qual a partir de um contexto intersubjetivo, demonstra a relação democrática do Direito.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

Seguindo os demais ordenamentos jurídicos e a comunidade internacional, a Constituição Federal de 1988 tutela uma série de direitos para proteger a livre manifestação. Ela concretiza, inicialmente, em seu Art. 5.º, IV, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Por meio dessa tutela ocorre a consolidação da livre expressão, que se relaciona diretamente com as demais formas de manifestação previstas, conforme dispõe Ingo Sarlet:

Tal dispositivo, que, é possível arriscar, faz as vezes, no caso brasileiro, de uma espécie de cláusula geral, foi complementado e guarda relação direta com uma série de outros dispositivos da Constituição, os quais, no seu conjunto, formam o arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações³³.

Portanto, a liberdade de expressão é consagrada abrangendo suas demais formas, como a liberdade de crença (Art. 5.º, IV) e a livre manifestação intelectual (Art.5.º, IX), independentemente de censura (Art. 220). Conforme assinala André Ramos Tavares, “em síntese, depreende-se que a liberdade de expressão é um direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições”.³⁴

No que diz respeito ao conteúdo desse princípio, relaciona-se a conter o poder do Estado, por meio da obrigatoriedade de esta instituição adotar uma conduta indiferente às ideias que surgem na sociedade e a posição de abstração do estabelecimento de juízos de valores, tem-se a finalidade de impedir a censura e a interferência dentro da liberdade do cidadão por meio do poder estatal, correspondendo assim a uma atitude defensiva do Estado.³⁵

Dessa forma, a abstenção pressupõe a tutela da liberdade moral dos indivíduos, que interligada ao fundamento da dignidade da pessoa humana busca a proteção da autodeterminação de cada um em definir seu bem-viver. Além disso, guarda relação direta com as condições da democracia e o pluralismo político, conforme Sarlet:

32 STRECK, 2018, p.366.

33 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 227.

34 TAVARES, André, R. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 209.

35 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP). p. 269.

Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontram um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social³⁶.

À vista disso, a liberdade de expressão surge como primordial ao Estado Democrático de Direito. Sarlet a define como um gênero – devido à ausência de uniformidade na terminologia constitucional³⁷ – e afirma que suas especificidades acarretam quatro formas previstas no direito constitucional:

Para uma compreensão geral das liberdades em espécie que podem ser reconduzidas à liberdade de expressão (gênero), e considerando as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa.”³⁸.

Nesse cenário, a Constituição Federal abrange diversas liberdades para concretizar a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. A liberdade de expressão deve então ser compreendida em sua forma mais extensa: opiniões, convicções e até mesmo proposições a respeito de fatos devem receber a mais ampla proteção.³⁹

Desse modo, consagrar a liberdade de expressão demonstra o reconhecimento de uma sociedade complexa, formada por grupos heterogêneos, que se adequam de acordo com as próprias concepções morais, sendo livres de qualquer coação por parte do Estado. Porém, por se caracterizar como um princípio, seu conteúdo corresponde a um valor finalístico carregado de imprecisão, não sendo possível uma descrição pontual do que corresponda a seu significado, a conduta a ser seguida ou a seus limites⁴⁰.

Ocorre que a expressão do pensamento, por ser algo inerente ao ser humano, é utilizada como forma de proferir infinitudes de convicções, todavia, incorre em debates acerca de seus limites quando a liberdade é utilizada para proferir discursos de ódio. Por sua vez, segundo Samantha Myer-Pflug, “Ele consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”⁴¹.

Dessa forma inicialmente o discurso de ódio ou *hate speech*⁴² trata da capacidade em instigar a violência contra grupos menos favorecidos. No mesmo sentido, complementa-se o conceito, a partir da definição de Daniel Sarmento que vai além e afirma tratar-se de “manifestações de ódio, desprezo ou

36 SARLET, 2021, p. 227.

37 SARLET, 2021, p. 227.

38 SARLET, 2021, p. 227.

39 SARLET, 2021, p. 227.

40 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2019. 508.

41 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009. p.97

42 Termo difundido nos Estados Unidos

intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”.

Nesse cenário, o discurso de ódio se caracteriza por ser uma forma de subjugar determinado grupo por meio da discriminação, dentro da qual diminui a participação das vítimas na formação da sociedade e expressa a vontade de eliminar algum direito dessa minoria. Assim, não poderá se confundir com o racismo e a discriminação individual, o discurso de ódio possui pretensões políticas que ultrapassam a vítima⁴³. Conforme, Meyer-Pflug:

Ele procura disseminar uma cultura do medo e do terror, buscando atingir indivíduos, ou que coadunem com essa ideia, ou que se sintam ameaçados. A aspereza do conteúdo do discurso do ódio aduz a uma impossibilidade de manifestação de defesa por parte das vítimas, que se veem coagidas a não participarem na formação da vontade estatal.⁴⁴

Dessa forma o discurso de ódio possui a capacidade de alterar as circunstâncias da própria sociedade. Nesse cenário de subjugação, aqueles que são submetidos a essas manifestações buscam a tutela jurisdicional para dirimir a respeito dos limites da liberdade de expressão e devido a sua carga principiológica, a discricionariedade judicial poderá incidir nas resoluções dos casos concretos.

3 O STF E O *HABEAS CORPUS* N.º 82.424-2

O escritor Siegfried Ellwanger, denunciado pelo crime de racismo contra os judeus foi condenado perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Diante da análise de livros de sua autoria ou por ele publicados, dentre eles *Holocausto: judeu ou alemão? – nos bastidores da mentira do século, O judeu internacional, Hitler: culpado ou inocente?*, considerou-se que seu conteúdo era de cunho discriminatório e racista e buscava a subjugação do povo judeu. Assim, o Superior Tribunal de Justiça adequou a conduta da publicação de tais livros ao tipo descrito no Art. 20 da Lei 7.716/89, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, que descreve como proibido “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Nesse cenário impetrou no Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* 82.424⁴⁵, alegando a prescrição da pretensão punitiva, fundamentado no fato de que os judeus não constituem uma raça e por isso não era possível enquadrar o crime conforme previsto pela Constituição Federal em seu Art. 5.º, XLII, que define como imprescritíveis os crimes de racismo⁴⁶. Portanto, pelo simples fato de os judeus não constituírem uma raça a pretensão da punibilidade deveria ser extinta devido a sua prescrição.

Os ministros, ao se debruçarem sobre esse caso, iniciaram uma análise acerca do conceito de racismo e dos limites que este impõe à liberdade de expressão. Inicialmente, o Ministro Moreira Alves realizou uma interpretação estrita acerca do termo *racismo*, fundamentando-se no fato de que judeus não

43 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CARCARÁ, Thiago Anastácio. **DISCURSO DO ÓDIO E DEMOCRACIA: PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS NA BUSCA PELA TOLERÂNCIA**. REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS. Centro Universitário Unifafibe. 2017. p.13

44 MEYER-PFLUG, 2017, p.13

45 BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 82.424-2. Tribunal Pleno. Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 26 nov. 2021.

46 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2021.

compõem uma raça e por esse motivo o crime não poderia ser qualificado como de discriminação racial, incidindo sobre o crime a prescrição, o que acarretou o deferimento, por sua parte, do *habeas corpus* impetrado⁴⁷.

Em contrapartida, o Ministro Maurício Corrêa, denegando a ordem, afirmou que o termo *racismo* deve ser interpretado da forma mais ampla possível, citando a Convenção Internacional da ONU de 1965, assinada e retificada pelo Governo Brasileiro por meio do Decreto 658.110/68. De acordo com a perspectiva do professor Celso Lafer, tal Convenção, em decorrência dos movimentos nazistas e do *apartheid* na África do Sul, orienta-se pela estipulação de normas que sejam contrárias às discriminações raciais⁴⁸.

Ademais, o cenário internacional se pauta no mesmo sentido e a própria Constituição veda a discriminação. Assim, não existe no conteúdo que engloba a liberdade de expressão um direito que corresponda a manifestações de cunho racista, portanto, não poderá o direito fundamental ser utilizado como defesa para a prática de atos ilícitos⁴⁹.

Penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5.º, incisos VI e IX; e artigo 220). Como sabido tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5.º, §2.º, primeira parte).⁵⁰

Portanto, da análise da preponderância, é primordial que prevaleça o direito coletivo da sociedade, afinal as obras em questão, além de desrespeitarem o princípio da dignidade da pessoa humana, constituem um risco iminente à boa convivência das pessoas no país, denegando-se o recurso impetrado.⁵¹

Na mesma linha argumentativa, o Ministro Celso de Mello afirma que a dignidade da pessoa humana, prevista no Art. 1.º, III da Constituição Federal, fundamenta e torna legítima a ordem jurídica normativa instituída no país. Ela tem como fundamento o que foi proposto na 3.ª Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, que representou um marco para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Percepções após os regimes nazifascistas revelaram a necessidade de formar uma base jurídica e ética que salvaguardasse a liberdade em todas as suas dimensões, inclusive o direito de proteção acerca do temor por sua vida. Os Estados, buscando coibir os horrores ocasionados pelos sistemas totalitários, por meio da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, passaram então a reconhecer todos como livres e iguais, garantindo “prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal”.⁵²

Dessa forma, tendo como base a consciência universal do valor da dignidade da pessoa humana, não é possível que a liberdade de expressão prevaleça no caso em questão, uma vez que o conteúdo dos citados

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Habeas Corpus n.º 82.424-2**. Paciente: Siegfried Ellwanger Impetrante: Werner Cantalício João Becker, Relator: Min. Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003, Rio Grande Do Sul, Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 26 nov. 2021. p. 544.

48 BRASIL, 2003, p. 575.

49 BRASIL, 2003, p. 584.

50 BRASIL, 2003, p. 584.

51 BRASIL, 2003, p. 585.

52 BRASIL, 2003, p. 617-618.

livros corresponde a uma forma de discriminação ao povo judeu, o que, conseqüentemente, ultrapassa os limites da razoabilidade científica e histórica. Orientando-se pela intolerância, tais manifestações ferem a dignidade da pessoa humana, estando assim revestidas de ilicitude e não sendo merecedoras da proteção constitucional⁵³.

Destarte, devido ao fato de o conteúdo versar sob a injusta marginalização de grupos por meio da discriminação, ele ultrapassa o limite imposto pela ordem constitucional, uma vez que a dignidade da pessoa humana configura uma limitação à liberdade de expressão. Portanto, torna-se legítimo ao Estado concretizar a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, denegando assim o recurso impetrado, sob o fundamento final de que⁵⁴

Não posso aceitar a tese exposta na impetração, pois admiti-la significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade.⁵⁵

Na sequência, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a discriminação racial corresponde a um conceito pseudocientífico que, conforme Norberto Bobbio, se caracteriza por ser um meio no qual se exerce um juízo de valor do qual decorre a construção acerca da legitimação da subjugação de uma raça sob a outra. Assim, por meio dessa relação de supressão de um grupo sob o outro é que se poderá construir o conceito da discriminação, sendo esse a forma pela qual o regime nazista se pautou para a fundamentação de sua doutrina⁵⁶. Portanto, manifestações antissemitas são contempladas pelo conceito de racismo, porém, devido a seu conteúdo ser aberto, ao colocar à frente da liberdade de expressão a análise do caso precisará ser realizada por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade⁵⁷.

Outrossim, seguindo a mesma orientação dos demais ministros que denegaram o recurso, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes fundamenta que o poder constituinte, ao erigir como princípio a liberdade de informação, não a confere de maneira absoluta. O fato de o direito de resposta e da necessidade de manifestações de informação precisarem observar o Art. 5.º X da Constituição Federal, por exemplo, configura formas de limitação à liberdade de informação previstas na própria Constituição⁵⁸.

Além disso, o texto constitucional foi erigido sob um contexto pluralista, contemplando valores além da liberdade de expressão. Por esse motivo, esta não poderá ser compreendida de forma isolada no ordenamento jurídico, posto que a igualdade e a dignidade da pessoa humana são direitos que deverão ser observados pelo sujeito ao usufruir da livre manifestação. Desse modo, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e se torna legítima a condenação pelo Estado:⁵⁹

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no

53 BRASIL, 2003, p. 628.

54 BRASIL, 2003, p. 633.

55 BRASIL, 2003, p. 633.

56 BRASIL, 2003, p. 646.

57 BRASIL, 2003, p. 655.

58 BRASIL, 2003, p. 657.

59 BRASIL, 2003, p. 657.

sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (Art. 1.º, III, CF), do pluralismo político (Art. 1.º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais. (Art. 5.º, XLII)⁶⁰

Nesse cenário, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes analisa a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirma inicialmente que os fundamentos utilizados se encontravam devidamente adequados ao fim almejado pela sociedade. O Estado, por se pautar no fundamento da dignidade da pessoa humana, almeja a defesa da tolerância e do pluralismo, não sendo passíveis de proteção manifestações que sejam discriminatórias, e sua proibição corresponde a um aspecto necessário buscado pela própria constituição⁶¹.

Dessa forma, pela proibição da discriminação conferida pelo próprio legislador constituinte, que busca a preservação da dignidade da pessoa humana, não são permitidas manifestações que firam tal direito, sendo a decisão portanto proporcional, o que levou a denegar o recurso interposto⁶².

Do lado oposto, além do Ministro Moreira Alves, o Ministro Carlos Britto também se posicionou a favor do provimento do *Habeas Corpus*. Em sua discussão, para averiguar se ocorreu a extrapolação do direito da liberdade de expressão por meio da discriminação do povo judeu, realizou a análise dos livros publicados por Siegfried Ellwanger.

De acordo com Ministro Carlos Britto, o conteúdo das obras em questão corresponde a uma análise objetiva dos fatos históricos, em busca de uma revisão da história na qual se tece uma ideologia que se posiciona acerca da Segunda Guerra Mundial⁶³. Assim, o ministro afirma que não existem nos livros práticas discriminatórias que instiguem o racismo, mas sim uma elevação dos judeus, devido a sua perspectiva na sociedade, como capacitados “à conquista do mundo”. Portanto, por não se entender como discriminação, mas como uma posição política, concedeu a ordem⁶⁴.

Do mesmo lado, o Ministro Marco Aurélio de Farias Mello afirmou que o debate a respeito dos mais diferentes temas agrega para a concretização do princípio democrático, sendo a liberdade de expressão fundamental para tanto⁶⁵:

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário.⁶⁶

Além disso, para ser democrático o Estado precisa tolerar as diversas ideias que se propagam na sociedade e o fato de as pessoas não serem obrigadas a pensar da mesma maneira, o que deve se procurar é o melhor desenvolvimento da intelectualidade⁶⁷. Ao citar John Stuart Mill, o Ministro Marco Aurélio de Farias Mello afirma que a proteção da intelectualidade humana também se faz pela proteção de ideias

60 BRASIL, 2003, p. 669.

61 BRASIL, 2003, p. 669.

62 BRASIL, 2003, p. 670.

63 BRASIL, 2003, p. 841.

64 BRASIL, 2003, p. 850.

65 BRASIL, 2003, p. 872.

66 BRASIL, 2003, p. 875.

67 BRASIL, 2003, p. 880.

discordantes, e somente pelo debate de ideias se constrói o pensamento:

Garantir a expressão das ideias dominantes das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente.⁶⁸

Portanto, a única forma de limitar a liberdade de expressão depende de como o pensamento é difundido; havendo incitação de crimes contra determinado grupo, poderá ser realizada a restrição da manifestação. Porém, a discussão acerca da liberdade de expressão frente à dignidade da pessoa humana não pode se dar de forma abstrata, sendo necessária a análise do conteúdo da manifestação para sua restrição⁶⁹.

Dessa forma, o referido ministro não identificou nas obras analisadas qualquer manifestação que pudesse induzir preconceito odioso no leitor e argumentou que a ideologia nelas proposta não constituía crime, expondo as obras apenas versões acerca de fatos históricos, o que, portanto não era suficiente para incitar uma revolução no contexto nacional, principalmente ao analisar um país que nunca cultivou sentimento de repulsa aos judeus⁷⁰. Portanto,

O fato de alguém escrever um livro e outros concordarem com as ideias ali expostas não quer dizer que isso irá causar uma revolução nacional. Mesmo porque, infelizmente, o brasileiro médio não tem sequer hábito de ler, tal fato, por si só, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser objeto de reprimenda direta e radical do Poder Público, sendo esta possível somente quando a divulgação da ideia ocorra de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade.⁷¹

Destarte, a tese defendida pelo Ministro Marco Aurélio de Farias Mello e pelos demais que foram contrários à condenação não triunfou. Denegando a ordem em decisão unânime, criou-se uma nova concepção quanto ao conceito de racismo, e diante disso seu conteúdo passou a corresponder a um processo de dominação política e social. Desse modo, pelo fato de o regime nazista ter promovido o holocausto dos judeus, o Direito passou a concebê-los enquanto raça, possibilitando serem considerados vítimas do crime de racismo.

Dos votos colacionados é evidente que os ministros submeteram o caso concreto a um exercício de ponderação, analisando de um lado o direito à liberdade de expressão do paciente e de outro o direito à igualdade e dignidade do povo judeu, orientaram a resolução do julgamento através do princípio da proporcionalidade para a resolução do embate entre direitos fundamentais⁷².

Nesse esteio, Streck, afirma que a decisão apesar de correta, encontra-se permeada de formas equivocadas do exercício da jurisdição, iniciando a análise do voto do Ministro Moreira Alves, afirma que sua conclusão decorre de argumentos políticos, isto porque, a interpretação do racismo construída por ele englobaria tão somente os negros, razão pela qual resta impregnada pela discricionariedade. Em contrapartida, o voto divergente e vencedor do Ministro Maurício Correia, encontra coerência, ao

68 BRASIL, 2003, p. 882.

69 BRASIL, 2003, p. 886.

70 BRASIL, 2003, p. 887.

71 BRASIL, 2003, p. 888.

72 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "hate speech". In: Cristiano Chaves. (Org.). Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. , p. 39-96

afirmar que o critério do racismo não pode ser analisado somente a partir do aspecto de raça, assertiva a fundamentação em não limitar a proteção baseado na semelhança física. Ademais, ainda engloba que a própria Constituição Federal detém como orientação erradicar toda e qualquer forma de discriminação.⁷³

Destarte, para Streck, em que pese tenha sido suscitado se as obras em questão poderiam encontrar respaldo na liberdade de expressão, não era cabível a ponderação acerca dos direitos previstos, isto porque, o racismo não encontra respaldo na livre manifestação do pensamento, bem como a própria ordenação do sistema democrático não torna plausível a proteção ao discurso de ódio, posto ser um risco a própria democracia.⁷⁴

Outrossim, explana que a ponderação de princípios, levou a conclusão equivocada do Ministro Carlos Ayres Britto e o Ministro Marco Aurélio, aquele por fundamentar na ausência de tipicidade enquanto este na liberdade de expressão demonstra os riscos da aplicação da teoria alexyana. Isto porque, a ponderação acaba por afastar a tradição como forma de orientar a decisão, ou seja, deixa espaço para a discricionariedade judicial, levando a criação de direitos que sequer existem.⁷⁵

Destarte, a legislação de forma evidente repudia o racismo, a edição de obras com conteúdo racista é vedada pela Lei nº 9.457/97, que inclusive trata com mais rigor por corresponder a forma qualificada do crime de racismo, por consequentemente ser uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e a ordem constitucional erigida.⁷⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do ordenamento jurídico brasileiro pautado em princípios constitucionais em conjunto a ausência de uma teoria da decisão relaciona a atividade jurisdicional a discricionariedade. Os argumentos sob perspectivas subjetivas se distanciam das normas constituídas e resultam na aplicação de critérios de ponderação que se afastam da maximização dos direitos fundamentais.

Outrossim no caso Ellwanger os ministros apesar de decidirem da forma mais correta, fundamentam ser necessário o exercício da ponderação para averiguar se os livros publicados possuem a tutela da liberdade de expressão. Porém, a Crítica Hermenêutica do Direito por meio dos pressupostos de que a interpretação deverá ser orientada a partir do sentido que as normas emanam através de seu contexto histórico resta claro que o discurso de ódio não se encontra tutelado pela liberdade de expressão.

Dessa forma, tem-se que a fundamentação dos ministros como Carlos Ayres Britto e o Ministro Marco Aurélio, ao se valerem do exercício da ponderação utilizam o método de forma discricionária. Interpretando o sentido da liberdade de expressão distante do sentido normativo que a Constituição Federal elegeu e se afastando das normas infraconstitucionais que determinam como ilícito a discriminação, demonstra a subjetividade jurisdicional e a ausência de uma teoria da decisão na solução do caso concreto.

73 Streck, Lenio L. **Verdade e consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.661.

74 STRECK, 2017, p.662.

75 STRECK, 2017, p.663.

76 STRECK, 2017b, p.663.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Habeas corpus n.º 82.424-2**. Paciente: Siegfried Ellwanger Impetrante: Werner Cantalício João Becker, Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 26 nov. 2021. s./p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Habeas corpus n.º 82.424-2**. Paciente: Siegfried Ellwanger Impetrante: Werner Cantalício João Becker, Relator: Min. Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003, Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 26 nov. 2021. p. 544.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 146.303**. Recorrente: Tupirani da Hora Lores, Recorrido: Ministério Público Federal, Relator: Min. Edson Fachin, 6 de maio de 2018, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768145300/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-146303-rj-rio-de-janeiro-4000296-6920171000000>. Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 146.303**. Recorrente: Tupirani da Hora Lores, Recorrido: Ministério Público Federal, Relator: Min. Dias Toffoli, 3 de março de 2018, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768145300/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-146303-rj-rio-de-janeiro-4000296-6920171000000>. Acesso em: 26 nov. 2021.

LAFER, Celso. A Declaração Universal dos Direitos Humanos: sua relevância para a afirmação da tolerância e do pluralismo. **Revista OABRJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, jul.-dez. 2008, p. 75.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discurso Do Ódio E Democracia: Participação Das Minorias Na Busca Pela Tolerância. *Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas*. Centro Universitário Unifafibe. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito**

Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 221-245. 2016

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

TAVARES, André, R. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 209.