



VI Congresso de Pesquisa e Extensão da FSG
IV Salão de Extensão

<http://ojs.fsg.br/index.php/pesquisaextensao>

ISSN 2318-8014



**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA COLISÃO NA ESFERA JURÍDICA:
LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO COM BASE NO
DIREITO BRASILEIRO E NORTE AMERICANO**

Eduarda Cardoso Francischetti^a, Fábio Beltrami^{a*}

a) FSG Centro Universitário

Informações de Submissão	Resumo
<p>* Autor correspondente (Orientador) Fábio Beltrami, endereço: Rua Os Dezoito do Forte, 2366 - Caxias do Sul - RS - CEP: 95020-472.</p>	<p>O atual estudo visa como ponto de fala apresentar o conceito dos Direitos Fundamentais Constitucionais, presentes em todas as Constituições dos países democráticos, como também, o possível fato da Colisão de Direitos Fundamentais. Traz como principal destaque a Liberdade de expressão e o Discurso de Ódio em uma observação o exemplo maior do Caso Ellwanger, indagando o Habeas Corpus de número 82424, o qual foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Para a conclusão será analisado o aspecto da Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio fundamentando sob a luz do direito brasileiro havendo em contrapartida uma análise sob a luz do direito americano, com base maior em sua constituição vigente e seu sistema jurídico conhecido como Common Law.</p>
<p>Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Colisão de Direitos Fundamentais; Liberdade de expressão; Discurso de Ódio; Common Law.</p>	

1 INTRODUÇÃO.

No contexto histórico da convivência humana em sociedade democrática, exigiu-se a criação de uma ordem que fosse aplicável a todos e que todos se submetessem a tal ordem, assim surgiram regras gerais que de modo coercitivo orientam o comportamento dos homens e ao mesmo tempo as regras de organização dessa sociedade, bem como as instituições que dela fazem parte, nesse conjunto de regras, se faz necessária à concretização de instituições que proveem ao homem uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, através de garantias e direito não somente reconhecidas formalmente via Poder Constituinte, mas também devidamente efetivadas.

Tendo como conjunto de garantias jurídicas regidas pela Constituição, temos os Direitos Fundamentais aos quais segundo José Afonso da Silva existe uma dificuldade em definir lhes um conceito sintético e preciso:

A Ampliação e transformação dos Direitos Fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de empregarem várias expressões para designá-los, tais como: Direitos Naturais, Direitos Humanos, Direitos do Homem, Direitos Individuais, Direitos Públicos Subjetivos, Liberdades Fundamentais, Liberdades Públicas e Direitos Fundamentais do Homem.¹

Diante da definição citada como *Direitos Humanos* é de extrema importância ressaltar que, apesar de ser uma das possíveis definições para os Direitos Fundamentais Constitucionais, seria errôneo afirmar que ambos possuem o mesmo significado e mesma origem, sabendo que os Direitos Humanos “não possuem uma devida natureza jurídica de tratado internacional”² e sim uma natureza em prima face ética, tais Direitos “vem exercendo[...]um importante papel jurídico e político na³ “difusão da proteção dos direitos humanos por todo o mundo”⁴, outrossim os Direitos Fundamentais exigem um reconhecimento político e com tal reconhecimento a “eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais à esses direitos e o seu dever de guardar lhes estrita observância.”⁵

No âmbito de eficácia imediata, devemos reconhecer que os direitos por si não possuem autonomia suficiente para concretizar-se, assim necessitando de garantias para que possam formalizar o estabelecimento deles. O reconhecimento político e a eficácia imediata, fazem com que constitucionalmente garanta-se de realização de quaisquer direitos fundamentais constitucionais, portanto a garantia das garantias é a própria eficácia; sendo assim, em suma “os direitos declaram-se e as garantias estabelecem-se”.⁶

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 2011, 35ª ed. p.175.

² QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Resumo jurídico de direitos humanos*. 2006, vol.22 p.46.

³ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Resumo jurídico de direitos humanos*. 2006, vol.22 p.46.

⁴ C.F. José Oswaldo Pereira Vieira e Oscar Vilhena Vieira, Op. Cit. p.9.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudo de direito constitucional*. 2004, 3ª ed. p.1

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2012, 28ª ed. p.32

2 O DIREITO BRASILEIRO

2.1 A Constituição

“Lei fundamental de um Estado ou País, que contém normas sobre a formação dos poderes públicos, direitos e deveres dos cidadãos.”⁷ Em tese, a palavra *constituição* é, por vezes, empregada de forma a qual lhe são atribuídos diversos significados, como em:

Constituição do universo, constituição dos corpos sólidos[...]
constituição psicológica explosiva, constituição robusta [...]
constituição de uma assembleia, constituição de uma comissão [...]
constituição de dote, de renda, de uma sociedade anônima [...]
constituição da propriedade.⁸

Na presente concepção apresentada temos a ideia de modo de ser de algo, portanto, podemos dizer que a constituição é simplesmente o modo de ser do estado, sendo assim, é considerada sua lei de organização fundamental. Nesse contexto, teríamos adotado uma noção de constituição estatal, expressando somente uma ideia parcial de seu conceito, sendo que não é meramente uma estrutura normativa jurídica, como também uma aglomeração de valores.

Pode-se tomar o sentido de constituição, sendo ela puramente jurídica, política ou também sociológica. Em seu sentido sociológico, Ferdinand Lassalle exprime a ideia de que a constituição escrita, é somente “uma folha de papel” e sendo a constituição real e efetiva “a soma dos fatores reais do poder que regem este país”⁹. Outrossim, em seu sentido político, Carl Schmitt designa-lhe como “decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política”¹⁰,havendo assim uma distinção entre constituição e leis constitucionais, estrutura e órgãos do estado, direitos individuais e a vida democrática referem-se a decisão política fundamental, sendo assim a constituição em si e os demais inscritos do texto do documento constitucional que não contenham matéria de decisão política fundamental seriam as leis constitucionais, já em seu âmbito jurídico a tal corrente liderada por Hans Kelsen caracteriza a constituição como norma pura, *puro dever-ser*. Kelsen toma a

⁷ DIAS, Chizuê Koyama. *Dicionário do advogado: termos e expressões latinas de uso forense*. 2000, 1ªed. p.84

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 2011, 35ª ed. p.37

⁹ LASSALLE, Ferdinand. *O Que é uma constituição*. 2006, 3ª ed. p. 35

¹⁰ SCHIMIT, Carl. *Teoria da constituição*. Madrid, 2003.

palavra constituição em dois sentidos; em prima face o sentido *lógico-jurídico* tendo sua função em servir de fundamento *lógico transcendental*, já o *jurídico-positivo* é a norma suprema, sendo o conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional em seu mais alto grau.¹¹

Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam em um todo unitário. ”¹²[...] “ A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas; como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais; como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que manda no povo. ”¹³

Em suma de toda concepção referenciada anteriormente pelos autores temos que, a constituição não é somente uma norma pura, mas também, é portadora de conexão com a realidade social, tal que lhe fornece conteúdo fático e axiológico.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais são matéria essencial para a vivência humana em sociedade se dar de forma igualitária sendo digna e livre. Historicamente tem sua função diretamente ligada a limitação do poder dos governantes e de seus agentes resguardando os direitos dos seres humanos isoladamente considerados.

Pode-se remontar a sua existência primordialmente na Idade Média, mais especificamente no ano de 1215, onde a *Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (*Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês*), ou mais conhecida como *Magna Carta*. Esse documento é o marco inicial dos Direitos Fundamentais, este reconhecia os direitos dos barões ingleses e limitava o poder absoluto do Rei João, ou seja, a vontade do Rei, pela primeira vez seria obrigada a respeitar primeiramente à Lei.

3.1 Características dos Direitos Fundamentais

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, vol.1/1,2,7 e ss. e vol. 2/12,19.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 2011, 35ª ed. p. 39.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 2011, 35ª ed. p. 39.

a) *Historicidade*: Essa característica entra em cena ignorando a concepção jus-naturalista, não são inerentes de uma ordem superior, “são produtos da evolução histórica. Surgem das contradições existentes no seio de uma determinada sociedade.”¹⁴

b) *Inalienabilidade*: Por terem caráter de fundamentais, esses direitos não são transferíveis e são inegociáveis.

c) *Imprescritibilidade*: O ser humano pode não fazer uso de algum direito fundamental, todavia, não deixam de ser exigíveis por esse motivo.

d) *Irrenunciabilidade*: Pode ocorrer a má utilização de algum ou alguns direitos fundamentais, entretanto, não se pode renunciar à possibilidade de exercê-los, nenhum ser humano pode abrir mão de possuir direitos fundamentais.

e) *Universalidade*: Não se pode excluir uma parte específica de uma sociedade do absoluto respeito à sua condição de ser humano, os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano e todos devem ser respeitados de forma universal.

f) *Limitabilidade*: Havendo o livre uso destes direitos, comumente ocorre a sua colisão, nesses casos, ressalta-se que eles **não são absolutos**, e nesses casos, podem ser limitados.

3.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Pode-se apontar a existência de três “gerações” de direitos fundamentais. Comumente separa-se em gerações, pois em diferentes períodos históricos surgiram novos direitos, ainda assim, todos são tratados com igual importância e não possuem contradições entre eles. As três gerações ou dimensões de Direitos Fundamentais são: a) direitos individuais; b) direitos sociais; c) direitos de fraternidade.

Correspondendo aos direitos de liberdade, se faz existente a primeira geração, a qual abrange direitos individuais e políticos positivados na constituição com cunho individualista.

São limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. Significam uma

¹⁴ PINHO, Rodrigo César Rabello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 2011, ed.11ª p.97

prestação negativa, um **não fazer** do Estado, em prol do cidadão.¹⁵ A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas leis restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais. [...] A concretização desses direitos exige, não raras vezes a edição de atos legislativos, de modo que eventual inercia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar.¹⁶

Deixando de ser considerado um mero súdito do estado, o indivíduo passa a ser classificado como cidadão, criando uma resistência frente ao arbítrio estatal.

Em correspondência da segunda geração, temos os direitos sociais e econômicos, que em complementação ao não fazer da primeira geração constitui-se em uma ação positiva do estado em relação ao cidadão.

São direitos de conteúdo econômico e social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. [...] um **fazer** do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica. Esses direitos nasceram em razão de lutas de uma nova classe social, os trabalhadores. Surgiram em um segundo momento do capitalismo, com o aprofundamento das relações entre capital e trabalho.¹⁷

Usando de exemplo para a execução dessa geração, temos a previdência social, aposentadoria, salário mínimo, entre outros benefícios vindos da parte do Estado.

Na terceira geração, temos o direito de fraternidade ou solidariedade, que se liga a ideia de alteridade, com a presença do estado protegendo além dos interesses individuais e sociais, mas também passando a proteger outras modalidades como a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente, patrimônios comuns da humanidade, entre outros, direitos os quais são de interesse de “uma sociedade em massa, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização.”¹⁸ Reconhecidos pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art.81, inciso I, os interesses e direitos difusos

¹⁵ PINHO, Rodrigo César Rabello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 2011, ed.11ª p.98

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudo de direito constitucional*. 1999, 2ª ed. p.44

¹⁷ PINHO, Rodrigo César Rabello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 2011, ed.11ª p.98

¹⁸ PINHO, Rodrigo César Rabello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 2011, ed.11ª p.98

são: “Transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”¹⁹

4 A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RESOLUÇÃO

Dentre todos esses aspectos de Direitos Fundamentais do ser humano, seria imprescindível se não houvesse um embate entre um direito fundamental de uma pessoa com o direito fundamental de outra pessoa. Esse “efeito” é chamado de Colisão de Direitos fundamentais, a qual pode ser dividida em duas hipóteses: **a)** Colisão Autêntica: Quando o exercício de um Direito fundamental por parte de uma pessoa ofende o exercício de um Direito fundamental de outra pessoa (*a qual possui um sentido escrito*), ou então, **b)** Colisão Imprópria: Tem lugar quando o exercício de um Direito fundamental coincide com Bens Constitucionalmente Tutelados (*a qual possui sentido amplo*).

Desde sempre, o uso da definição entre Colisão de Direitos Fundamentais Autêntica é a mais utilizada, pois para um ser humano viver em sociedade de forma plena e sadia é necessário que o uso de seus D.F sejam dispostos da mesma forma, então ao momento em que se nota o embate entre um direito fundamental e outro em exercício é necessário que se faça de forma judicial uma resolução entre eles.

5 O CASO ELLWANGER

No ano de 1988, Siegrfried Ellwanger Castan, lança o livro *Holocausto: Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*. Nesse livro, Ellwanger pretendia apresentar uma outra visão do Holocausto, trazendo à tona a versão Alemã dele, queria que após a leitura de ambos os lados da história, o leitor poderia então formar uma opinião definitiva sobre o assunto.

Por ser um *negacionista*²⁰ do holocausto, afirmando que não há provas definitivas que possam afirmar que ele aconteceu, Ellwanger foi muito criticado e até

¹⁹Código de Defesa do Consumidor, art. 81, I. Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 04 jun. 2017.

²⁰No caso específico do Holocausto, a escola revisionista, também chamada de *negacionista*, alega que não há provas de que ele realmente aconteceu, ou ainda que não aconteceu nas proporções que se costuma divulgar. De acordo com os revisionistas, dentre os quais Ellwanger, os fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, foram narrados, após seu término, de forma favorável aos judeus e desfavorável aos vencidos, os alemães. O Holocausto, segundo a visão do autor, seria apenas um mito criado pelos próprios judeus.

taxado de antissemita. Sendo assim, iremos analisar o pedido de Habeas Corpus (HC 82424) e mais precisamente, dois votos, o primeiro do Ministro Marco Aurélio e o segundo do Ministro Gilmar Mendes.

5.1 Voto do Ministro Marco Aurélio

Na visão de Marco Aurélio, em seu livro, Ellwanger, além de ter feito uma revisão histórica, da Segunda Guerra Mundial, apenas pontuou o seu ponto de vista do acontecimento, fez meramente uma análise da relação entre os judeus e os alemães naquele período histórico. Defendeu também que o livro não instiga nem incita o racismo de forma nenhuma, Marco Aurélio acabou por defender primordialmente a liberdade de expressão e assim, em seu voto concedia o Habeas Corpus.

5.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Gilmar Mendes elaborou seu voto em total contrário do Ministro Marco Aurélio, pontuou que “o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo“. Assim baseou seu voto na premissa de que não se deve pôr a liberdade de expressão a frente de valores como a dignidade humana em uma sociedade plural como a nossa. Desta forma acabou por negar o Habeas Corpus.

5.3 Decisão do Supremo Tribunal Federal

“O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas-corpus, vencidos os Senhores Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Senhor Ministro Carlos Britto, que a concedia, *ex-officio*, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. [...]. Plenário, 17.09.2003”

O trecho foi retirado do Extrato de Ata do HC 82424-2, na qual se retrata a decisão do Supremo Tribunal Federal negando o Habeas Corpus à Siegfried Ellwanger. O caso teve duração de nove meses e ao final, a maioria dos ministros tomou conhecimento de que racismo engloba sim a discriminação contra judeus.

Habeas Corpus 82424-2 (Caso “Ellwanger”). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs/inteiro-teor-100486503?ref=juris-tabs>> Acesso em: 10 jun. 2017.

5.4 Reflexão sobre a decisão

Nos encontramos face a face com uma decisão de 2003, temos que ignorar todos os fatos que nos cercam atualmente e nos posicionarmos no contexto histórico em que essa decisão foi tomada. Assim temos que perquirir a verdade desinteressadamente apenas para nos indagarmos se foi ou não a decisão certa.

Nesse contexto, podemos fazer uma reflexão quanto ao artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal: “IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica, independente de censura ou licença.”

Não estaria Siegfried constitucionalmente protegido? Se pensarmos dessa forma, aplicamos ao autor um certo “absolutismo”, damos a ele plena liberdade para retratar o que quiser e como quiser em seu livro, pensando assim, o STF não teria porque não conceder o *Habeas Corpus*. Com isso, seu crime de racismo, ao discriminar os judeus, simplesmente passaria impune.

O Artigo 220 da Constituição Federal protege os meios em que a manifestação de pensamento é distribuída para o público, complementando o inciso IX do Artigo 5º. Estaria então o Estado, censurando Siegfried?

Não se deve encarar esse caso como uma censura do Estado, deve-se olhar para ele como uma injúria, um crime de racismo e ainda apoiado pela lei 8081/90 que estende o crime de racismo não somente por raça e cor, mas também por etnia, religião ou procedência nacional.

Neste âmbito constitucional, devemos prestar bastante atenção no trecho em que o Ministro Maurício Correia exalta o Artigo 5º, Inciso IV e IX e também o Artigo 220 da Constituição Federal pontuando sobre a liberdade de expressão e seus limites.

[...] penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e o pensamento (CF, artigo 5º, Incisos IV 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 5º, § 2º, primeira parte)

“Ato discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, caput, in fine). A aparente

colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação ao racismo”, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas [...].²¹

Consegue-se observar que o Ministro Maurício Corrêa nos expõe que a solução da colisão de Direitos Fundamentais que nos é exposta no caso *Ellwanger*, já é resolvida pela própria Constituição Federal. Mais à frente relata que deve se fazer a ponderação de qual direito irá prevalecer, e assim conseguimos fazer uma alusão ao voto do Ministro Gilmar Mendes que diz que o Direito de Liberdade de Expressão não deve pôr-se à frente de um valor como a dignidade humana.

Assim podemos claramente dizer que a negação ao pedido de *Habeas Corpus* pelo STF, não somente tem suporte fático por parte da ética, como também, é reforçado pelo texto constitucional.

6 O DIREITO NORTE AMERICANO

6.1 A Common Law

Ao deparar-se com o sistema do direito americano, encontra-se em primeira face um direito formalmente e materialmente diferente do direito positivo brasileiro, que é baseado em costumes retirados do povo que constituiu e ainda constitui o Estado americano, esta forma de direito é conhecido como Common Law ou também Direito Consuetudinário.

O mais puro direito feito do povo para o povo em que a forma de manutenção da justiça se adapta, transforma, modifica-se de acordo com a real situação e necessidades que a sociedade demanda através das mudanças sociais e políticas através dos tempos.

Mais a fundo, não pode-se deixar enganar que um direito de costumes deixaria de ter necessidade de haver uma própria lei escrita, ao passo que pode-se ver que existe sim uma lei escrita e uma constituição, porém, ao se analisar, é nítido que, diferente de dos códigos brasileiros, que se estendem em enormes livros e milhares de palavras, a common law acaba por “encolher” esses códigos, deixando somente as diretrizes

²¹Habeas Corpus 82424-2 (Caso “Ellwanger”). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs/inteiro-teor-100486503?ref=juris-tabs>> Acesso em: 10 jun. 2017.

principais para que os operadores do direito se baseiam. Arrisca-se dizer que na common law tem-se uma visão mais realista sobre as necessidades da sociedade.

6.2 A Constituição Norte Americana

Ao dissertar-se sobre o direito norte americano devemos primeiro adentrar nas normas que ditam a forma que o Estado americano mantém o bem-estar social do seu povo, portanto devemos olhar para a sua constituição e de onde ela surgiu.

Após isso, no ano de 1787, foi escrita a Constituição Federal americana, em 1788 foi ratificada e desde o ano de 1979 está em efeito sobre o país, primeiramente somente garantia ao Senado a responsabilidade de criar o Poder executivo e o Judicial, guiava como o presidente deveria agir e que o poder maior era do Senado, somente são concedidas algumas permissões ao presidente.

Como a constituição somente previa o funcionamento do Estado, no ano de 1791, respondendo a apelos de vários Estados, foi escrita por James Madison a *Bill of Rights* (Carta de Direitos), que dá toda a proteção constitucional para as liberdades individuais como a de liberdade de expressão (Primeira Emenda), o direito de portar armas (Segunda Emenda).

Até o dia de hoje foram adicionadas a constituição somente 27 Emendas sendo delas a mais recente no ano de 1992, tais emendas servem para a adequação social da constituição pois desde sua criação, a sociedade avança e modificou-se, portanto, a regra suprema que guia o país deve se adequar também.

A Constituição Federal Norte Americana é a mais clara exemplificação de um governo que serve o seu povo, não o contrário, suas 3 primeiras palavras ecoam até hoje como a concretização da soberania do povo; *We the people* (nós, o povo), o mais claro governo do povo para o povo.

6.3 A 1ª Emenda e a Liberdade de Expressão

Possuindo como base a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, se consegue observar que em contrapartida à síntese do tema liberdade de expressão cotejado na Constituição da República Federativa do Brasil a qual se tem um âmbito de proteção à liberdade de expressão respectivamente menor, encontrando

limites ao chegar no discurso de ódio diretamente ou indiretamente declarado, a constituição americana define somente que não considerar-se-á legislação alguma que de qualquer forma limite o livre exercício da palavra, embasando-se no conteúdo material do discurso, sendo ele discursado, dissertado, em tese manifestado.

Entretanto, ao passo que a liberdade de expressão em prima face aparente não ter restrições formais, ao final da primeira emenda, onde lê-se “[...] o direito do povo de se reunir pacificamente[...]”²² vê-se que antepõe-se o limite subjetivo de que o discurso de ódio ao transmutar-se de pensamento ou discurso pacificamente manifestado para ações as quais sejam violentamente executadas, esse nível da manifestação pode e ainda deve ser oprimido parcial ou totalmente, pois afronta a liberdade individual do próximo.

Isso tão somente nos mostra como a sociedade americana ao defender amplamente a liberdade de expressão em sua constituição arcou com o pensamento de que até mesmo um discurso de ódio é uma manifestação válida pois nenhum órgão governamental pode ter o poder de se entropir na vida de uma pessoa ao ponto de ditar o que é e o que não é válido para expor para a sociedade em forma de quaisquer que sejam as formas de manifestação.

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.²³

Este caráter individualista é uma característica tão única dos Estadunidenses, pois suas liberdades individuais quase que põem-se acima das liberdades que garantem o bem estar social da sociedade, seguindo a lógica de que se o indivíduo nasce livre, tem total direito de se expressar como bem entender, claro, havendo os limites antes apresentados e alguns são deveras peculiares como por exemplo, por um lado, o discurso de ódio é protegido pela Primeira Emenda, entretanto, qualquer discurso que

²²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados unidos da América. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de setembro 1787. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2017.

²³ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados unidos da América. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de setembro 1787. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2017.

seja direcionado diretamente para uma pessoa, e que possa talvez estar instigando alguma forma de violência física que afete não somente as pessoas envolvidas já não possui proteção constitucional.

De certo modo, ao mesmo tempo que os Franceses tiveram o Iluminismo, que culminou principalmente em um tipo de iluminismo da razão e os britânicos com um iluminismo que focou-se na questão da razão temos os Estadunidenses que, ao forjarem o que pode ser considerado o primeiro documento constitucional Norte Americano “*Fundamental Orders of Connecticut*” (Ordens Fundamentais de Connecticut), começaram um terceiro iluminismo que podemos chamar de Iluminismo da Política da Liberdade, em que se culmina principalmente na liberdade política, individual e na formulação e concepção de instituições governamentais fortes, pois como já apontou Alexis Tocqueville, para se ter uma democracia ter sua liberdade efetiva, deve-se ter suas instituições fortes.

A liberdade efetiva tem um poder muito maior do que imaginamos, pois ela realmente realiza a soberania do povo em primeira mão.

Na América, o princípio da soberania do povo não é oculto ou estéril, como em certas nações; ele é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e chega sem obstáculos às últimas conseqüências.²⁴

Tem-se por concluído que a primeira emenda dispõe muito mais conteúdo fático por trás de sua matéria, ao garantir que o Estado não limitará a liberdade individual de cada cidadão, ela também acaba por efetivar a mais importante regra que garante plenitude ao Estado democrático social único que é a nação Norte Americana, a soberania popular efetiva e devidamente garantida não somente material como formalmente.

6.4 O Discurso de Ódio em conteúdo Jurisprudencial

Ao se analisar em detalhes a primeira emenda, seria indispensável a análise de casos concretos para um melhor entendimento do conteúdo fático de tal fundamentação, sendo assim se dispor-se-á uma observação maior em três casos reais, sendo eles: a) *R.A.V. v. City of St. Paul*; b) *Brandenburg v. Ohio*; c) *Snyder v. Phelps*:

6.4.1 R.A.V. v. CITY OF ST. PAUL

²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. 2005, 2ª Ed. P 65.

Neste caso tem-se como exemplo algo não muito trivial no dia a dia da sociedade ímpar, em que podemos observar que até mesmo a forma de liberdade de expressão mais extrema tem exceções e pode se cobrir muitas vezes sob o manto constitucional americano. Adolescentes com destemor momentâneo decidiram queimar uma cruz no quintal de uma família negra como forma de afrontamento aos integrantes da família, assim, despertando raiva e descontrole nos mesmos.

Vários adolescentes alegadamente queimaram uma cruz no gramado de uma família negra. A polícia acusou um dos adolescentes sob uma ordenança criminal do país que proíbe a exibição de um símbolo que "provoca raiva, alarme ou ressentimento em outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero". O tribunal julgou esta acusação. O tribunal supremo do Estado reverteu. R.A.V. apelou para o Supremo Tribunal dos EUA.²⁵

Pode-se analisar que sendo adolescentes, com idades as quais a forma de pensar não se enfoca para um rumo, digamos, do correto, e sim da adrenalina de fazer o que se é desafiado, explicitamente um ato o qual foi ocorrido um desafio de executar a ação para despertar raiva e desequilíbrio emocional na família de raça negra. Tem-se disposto em face que a corte americana, diferentemente do sistema brasileiro punitivo, não fez jus a idade dos envolvidos em um todo, levando em consideração o fato de serem pessoas “menores de idade”, assim pelo código civil brasileiro relativamente incapazes e pelo código penal inimputáveis pelo crime cometido, mas sim levaram em consideração a sua suprema constituição, a sua inviolável primeira emenda que os torna inimputáveis pois a liberdade de expressão é o marco para a convivência do cidadão norte americano e não outros fatores ressaltados na execução do caso. Sendo essa a decisão tomada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América e assim levando o caso jurisprudencial para arquivo.

6.4.2 *Brandenburg v. Ohio*

Dentre vários casos que envolvem o discurso de ódio é comum que haja a inconstitucionalidade na procedência dos fatos ocorridos, tendo isso como síntese se explana o próximo caso, que materialmente se sustenta com a fundamentação de uma lei ordinária estadual americana a qual retém os fatos de que o discurso ditado pelo cidadão americano seria inconstitucional segundo a sua legislação vigente no estado de Ohio.

²⁵R.A.V. v. CITY OF ST. PAUL. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1991/90-7675>>. Acesso em: 04 out. 2017. (tradução livre)

Branderburg, um líder da Ku Klux Klan, fez um discurso em um comício da Klan e foi condenado por uma lei de sindicalismo criminal de Ohio. A lei tornou ilegal a defesa do "crime, sabotagem, violência ou métodos ilegais de terrorismo como meio de realização de reformas industriais ou políticas", bem como reunir-se "com qualquer sociedade, grupo ou conjunto de pessoas formadas para ensinar ou defender as doutrinas do sindicalismo criminal".²⁶

Neste caso, temos uma lei estadual que não permitiria ao cidadão que esteja fazendo o discurso, de devidamente discursar sobre o assunto de seu interesse, assim sendo, a questão que está em conta é que a lei proibiu o discurso tomando um certo, juízo de valor sobre o discurso, sem tomar conhecimento sobre o conteúdo fático deste. Assim sendo, existem somente dois tipos de discursos que poderiam ser reprimidos e considerados inconstitucionais, sendo eles um que estaria instigando a prática iminente de uma ação que posso violar alguma lei ou o discurso que talvez (indiretamente) poderia resultar em uma ação que violasse alguma lei.

Levando estes dois pontos em conta, a Suprema Corte decidiu que a lei de sindicalismo criminal estaria reprimindo a liberdade de expressão do cidadão pois ela proibia o ensinamento de certas doutrinas sem ao menos levar em conta se tais ensinamentos levariam de fato a alguma ação criminal, assim sendo a lei foi considerada inconstitucional.

6.4.3 Snyder v. Phelps

Para uma abrangência maior, é trazido um caso relacionado, em partes, com religião, algo muito comum em todo o mundo. Levando afrontas ao funeral de um soldado patriota americano, seguidores da igreja batista ditaram ódio contra ele, usando cartazes de manifestação declarada de ódio contra soldados em um geral e "FAGS" (gays) explicitamente.

A família do falecido Marine Lance Cpl. Matthew Snyder apresentou uma ação judicial contra membros da Igreja Batista de Westboro que invadiram seu funeral. A família acusou a igreja e seus fundadores de difamação, invasão de privacidade e a inflição intencional de sofrimento emocional por exibir sinais que diziam: "Graças a Deus por soldados mortos" e "tropas Fag"²⁷ no funeral de Snyder. O juiz do distrito dos Estados Unidos Richard Bennett concedeu à família US \$ 5 milhões em danos, mas o Tribunal de Apelação dos Estados Unidos para o Quarto Circuito considerou que o acórdão violava as proteções

²⁶BRANDENBURG v. OHIO. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1968/492>> Acesso em: 05 de out. 2017. (tradução livre).

²⁷Fag: Termo utilizado como forma de ofensa a homossexuais.

da Primeira Emenda sobre a expressão religiosa. O discurso dos membros da igreja é protegido, "apesar da natureza desagradável e repugnante das palavras."²⁸

Para refletirmos sobre este caso em especial, devemos nos livrar de quaisquer juízos morais sobre quem praticou os atos de manifestação de ódio em funeral. Assim sendo, foi desta forma que a Suprema Corte decidiu este caso, ao se desprenderem destes juízos, acabaram por decidir que até mesmo estes movimentos de manifestação direta são protegidos pela Primeira Emenda devido ao contrato subentendido que antes abordamos, pois o comprometimento nacional ao adotar a Primeira Emenda e essa proteção tão grande a liberdade de expressão é o causador direto deste tipo de conflito, apesar de, quando voltamos a realidade e nos recusamos de acreditar que um grupo seria capaz de tal manifestação de ódio, a liberdade efetiva norte americana os garante esse direito.

7 METODOLOGIA

No estudo acima desempenhado, foram realizadas pesquisas bibliográficas como método predominante de fundamentação, sendo elas doutrinárias, documentais e jurisprudenciais, uma vez que através destas foram feitas constatações, afirmações e análises sob a luz de cada tema abordado. A contextualização da Colisão de Direitos Fundamentais foi abordada e analisada através de um caso real para trazer conteúdo fático ao estudo, gerando assim um estudo feito com base em escritores bem conceituados e reconhecidos no ramo do direito e da filosofia, mas principalmente usando especificações no âmbito do Direito Constitucional. Para um melhor entendimento na dissertação geral, se teve como linguagem principal escolhida, uma linguagem formal, para um bom entendimento de qualquer leitor que se interesse pelo tema, não somente por operadores do direito.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao abordarmos o tema dos Direitos Fundamentais e também a sua possível Colisão, quase que instantaneamente conseguimos remeter ao contexto histórico no qual nos encontramos. É constante o fato de nos depararmos com situações cotidianas a qual envolvem a Colisão de Direitos Fundamentais de qualquer pessoa, e muitas vezes, se

²⁸SNYDER v. PHELPS. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2010/09-751>> Acesso em: 17 de out. 2017. (tradução livre).

quer, chega para as pessoas à informação de que é possível um contato direto com o Poder Judiciário Brasileiro, para uma resolução do tal conflito, ou até mesmo o fato de muitas pessoas consideradas pela Constituição Federal de 1988, cidadãos, não saberem da existência de tais direitos, de tais garantias, e por consequência da falta de informação, como já citado, não ter o acesso necessário para uma convivência justa e prudente em sociedade, sabendo o que pode e o que tem direito.

Dentre essas principais colisões e conflitos entre direitos uns dos outros dentro de casos reais, nos tempos atuais o direito da Liberdade de Expressão é um dos mais comentados pela sociedade em um geral, principalmente quando ela afronta algo que gera grandes conflitos e revoluções em todo o mundo desde muitos anos atrás. O discurso de ódio em um todo se faz presente no dia a dia de quase todos nos últimos anos, pois o povo, não tão somente brasileiro, mas o povo humano tem uma grande dificuldade em aceitar a opção de escolha do próximo, de aceitar que o outro é diferente ou que o outro simplesmente escolheu ser diferente.

No Brasil, como disposto acima, temos a Liberdade de Expressão protegida até o ponto que ela afronta a liberdade do próximo, e mesmo assim não são diminuídos os casos de tragédia ou conflitos em relação a isso, em contrapartida nos Estados Unidos da América a Liberdade de Expressão faz totalmente protegida, independente do discurso ofensivo ou declarado de ódio, e mesmo assim, muitas vezes toma o mesmo rumo dos casos brasileiros. Chegamos a uma conclusão de que, o que realmente falta para o povo humano, não é mais denominações do que se deve ou o que não se deve fazer, mas sim uma educação que diga e mostre que independente da escolha do próximo o que se deve ocorrer é uma relação de respeito, não tolerância em analogia a isso, mas sim a síntese do termo respeito.

9 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 jun. 2017.

BRANDENBURG v. OHIO. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1968/492>> Acesso em: 05 de out. 2017.

DIAS, Chizué Koyama. **Dicionário do advogado: termos e expressões latinas de uso forense**. São Paulo: JH Mizuno, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados unidos da América. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de setembro 1787**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2017.

Habeas Corpus 82424-2 (Caso “Ellwanger”). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporus-hc-82424-rs/inteiro-teor-100486503?ref=juris-tabs>> Acesso em: 10 jun. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudo de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

O caso Ellwanger. Disponível em: <<https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>> Acesso em: 06 jun. 2017.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Resumo jurídico de direitos humanos**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2006.

R.A.V. v. CITY OF ST. PAUL. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1991/90-7675>>. Acesso em: 04 out. 2017.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid: 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SNYDER v. PHELPS. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2010/09-751>>
Acesso em: 17 de out. 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes.
2005.