



Natália Ramos Nabuco de Araujo

# O direito à liberdade de expressão diante do discurso do ódio: um futuro de censura ou de discurso livre?

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas - Menção em Direito Constitucional

Dezembro / 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Natália Ramos Nabuco de Araujo

**O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DIANTE DO DISCURSO DO ÓDIO:  
UM FUTURO DE CENSURA OU DE DISCURSO LIVRE?**

**THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AGAINST THE HATE SPEECH: A  
FUTURE OF CENSORSHIP OR FREE SPEECH?**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional.*

*Orientador: Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado*

Coimbra  
2016

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Dr. Jónatas Machado por compartilhar sua sabedoria, pelos ensinamentos dedicados à mim e por sua generosidade em me orientar nesta investigação

Ao Professor Dr. Fábio Leite, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, pela coorientação nesta investigação, incentivo à pesquisa do tema e por me incluir no grupo de pesquisa sobre liberdade de expressão, essencial para o desenvolvimento deste estudo

Aos demais Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pela excelência na didática e aos demais funcionários da Universidade, pelo carinho e paciência

Aos meus colegas de classe, pela amizade e companherismo e pelo compartilhamento de ideias e conhecimentos

À memória da minha tia Therezinha que, como professora, sempre incentivou a educação e foi a minha inspiração para trilhar o mesmo caminho e minha força durante todo este trajeto

À minha madrinha, Hilda, pelo incentivo nos meus estudos, sendo de suma importância no processo da minha educação

Ao meu irmão, Felipe, por nunca deixar eu desistir e por sempre compartilhar suas experiências e aventuras encorajadoras

À minha mãe, Anna, por investir na minha educação, pelo carinho, por estar sempre ao meu lado, mesmo com a distância física, e, principalmente, por sempre acreditar em mim. Seu apoio foi fundamental para este trabalho.

Ao meu pai, Nabuco, pelo incentivo nesta caminhada

Ao Miguel, pelo companherismo, apoio e paciência

À minha grande amiga, Laila, pela acolhida, por partilhar momentos memoráveis comigo e por se tornar mais que uma amiga, mas ser a minha família por longos meses

Às minhas amigas, Maryanne e Keylla, por tornar todo esse trajeto mais leve, alegre e terem tornado minha experiência em outro país, ímpar e inesquecível

Ao meu fiel amigo Rafael Firpo, pela amizade, por estar sempre disposto a ajudar todos e ser um anfitrião sem igual

À Deus, por me dar força e proteção nesta jornada

À cidade de Coimbra e aos portugueses, por acolherem tão bem os estudantes brasileiros

## **RESUMO**

A presente investigação pretende analisar a relação entre o direito à liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais diante do discurso do ódio, e os reflexos na atual sociedade democrática, que marcada por disparidades econômicas, sociais e políticas, sofrem com os efeitos da discriminação, do ódio e da violência. Para tanto, abordam-se os contornos teóricos gerais e específicos e as lógicas argumentativas de casos concretos em diferentes sistemas jurídicos, que eventualmente permitam o discurso do ódio ou restrinjam o direito fundamental à liberdade de expressão. Desta feita, pretende-se enfrentar a questão não se limitando somente à proibição de discursos ou à restrição de direitos, baseados em regulações estatais ou técnicas de ponderação, mas trazer uma reflexão sobre a necessidade de aprimorar o desenvolvimento da tolerância e das liberdades comunicativas para além de uma atuação política educativa mais eficaz, de forma que gradualmente se formem sociedades mais tolerantes, capazes de reconhecer o multiculturalismo, o pluralismo e o respeito mútuo às diferenças.

Palavras chaves: liberdade de expressão - discurso do ódio - tolerância

## **ABSTRACT**

This research intends to analyze the relationship between the right to freedom of expression and other fundamental rights against the hate speech, and the reflexion of this in the current democratic society, which is marked by economic, social and political disparities, suffer from the effects of discrimination, hatred and violence. For that, approaches the general and specific theoretical contours and the argumentative logics of concrete cases in different legal systems, which eventually allow the hate speech or restrict the fundamental right to freedom of expression. Thus, we intend to confront the issue, not only the prohibition of speeches or restriction of rights, based on state regulations or adequacy techniques, but also to reflect on the need to improve the development of tolerance and communicative liberties, beyond of a more effective educational policy, so that more tolerant societies are gradually formed, able of recognizing multiculturalism, pluralism and mutual respect for differences.

Keywords: freedom of expression - hate speech - tolerance

## **LISTA DE SIGLA E ABREVIATURAS**

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

STF – Supremo Tribunal Federal

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos do Homem

USSC – Suprema Corte dos Estados Unidos

## Índice

1. INTRODUÇÃO .....	7
2. A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E O PERCURSO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	10
2.1 Da liberdade negativa à liberdade positiva.....	10
3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO NA ATUAL SOCIEDADE DEMOCRÁTICA	20
3.1 Liberdade de expressão: Conceito, alcance e objetivos .....	20
3.1.1. Estrutura Conceitual .....	20
3.1.2 Finalidades .....	27
3.2 Discurso do ódio: Conceito, efeitos e limites.....	34
3.2.1 Estrutura conceitual .....	34
3.2.2 Da liberdade à tolerância.....	39
4. CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DISCURSO DO ÓDIO E A RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	44
4.1 O discurso do ódio e a liberdade de expressão nas Cortes de Direitos Humanos e nos demais países democráticos: os standards normativos fixados e os padrões argumentativos adotados.....	45
4.1.1 O sistema americano.....	46
4.1.1.1 Os Estados Unidos contra o resto do mundo: síntese sobre o desenvolvimento das jurisprudências envolvendo liberdade de expressão e o discurso do ódio.....	50
4.1.1.2 A atual solução para o discurso do ódio no sistema americano.....	59
4.1.2 O sistema europeu .....	60
4.1.3 O sistema interamericano e brasileiro.....	79
4.2 O discurso do ódio como argumento possível a limitação da liberdade de expressão ...	91
4.2.1 A dialética da proteção do direito à dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade diante do discurso do ódio .....	94
4.2.2 Proposta de compatibilização entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio .....	97
5. CONCLUSÃO.....	104
6. BIBLIOGRAFIA.....	108
7. JURISPRUDÊNCIAS .....	115

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, percorre-se o caminho das raízes históricas e o processo evolutivo do direito fundamental à liberdade de expressão, que desfrutou de uma ampla proteção, sobretudo, após os processos de democratização e constitucionalização, que marcaram diversas nações e foram de suma importância para consolidar uma simetria social e garantir uma esfera pública livre, aberta e plural.

Sedimentada a base desta concepção moderna, se inicia um processo de explanações sobre os efeitos deste direito no atual contexto democrático, que marcado por uma pluralidade de valores e bens jurídicos e de disparidades sociais e econômicas, traduz no risco da liberdade de um indivíduo ameaçar a esfera da liberdade e os direitos de outrem.

Prossegue-se com a temática a partir de manifestações que tenham intenção de insultar, assediar, intimidar ou instigar à violência, ao ódio ou à discriminação, ou seja, a partir da análise do tratamento concedido ao discurso do ódio, notadamente, sobre a viabilidade de limitar o exercício do direito à liberdade de expressão quando venha a colidir com demais direitos fundamentais.

Tema de ampla complexidade, principalmente, pelas variáveis conceituações e interpretações, a presente investigação tem a pretensão de abordar reflexões sobre a relação do discurso do ódio e do direito à liberdade de expressão, avaliando seus efeitos e a possibilidade de restrições neste cenário.

Com efeito, busca-se, com uma avaliação minuciosa, atingir o desenvolvimento jurídico que se adquire nos diferentes sistemas jurídicos, respeitadas suas características individuais, para no final, examinar os reflexos dos limites à liberdade de expressão relacionadas à proteção ou não das manifestações de ódio e intolerância, e, assim, ser capaz de sugerir uma proposta de compatibilização.

Para tanto, percorre-se um caminho que se inicia com a avaliação do sistema jurídico americano que defende veemente a proteção das mais diversas ideias, incluindo àquelas que desprezamos e odiamos, para promoção de um debate livre de censura, assumindo, portanto, uma maior proteção ao discurso do ódio do que a maioria dos ordenamentos jurídicos.



Na sequência, em posição contraposta, restará demonstrado o sistema legal de demais Estados modernos, como o sistema europeu e interamericano, que em que pese defenderem o pluralismo, a tolerância e a abertura de espírito, recriminam, ainda que com diferentes graus de tolerância, a disseminação de ideias hostis que visem estigmatizar ou desvalorizar o outro, pois manifestações de intolerância violam princípios como da dignidade da pessoa humana e da igualdade e, portanto, a liberdade de expressão deve ser limitada.

Diante destes panoramas será avaliado o alcance das soluções e das lógicas argumentativas dadas por cada sistema, esta avaliação das doutrinas e jurisprudências de ordenamentos jurídicos diversos revestem-se de relevo prático para fundamentar a discussão central do trabalho, embora o tema ainda provoque debates enfáticos ao redor do mundo.

Sem embargo, o cerne do estudo defende que há que se ter cautela no percurso deste caminho, sob o risco de eventuais restrições se alargarem para outros tipos de discurso, para além das dificuldades de se justificar de forma concisa os casos de discurso do ódio. Logo, busca-se, com uma apreciação cautelosa, a possibilidade de se auferir uma harmonização entre ambos institutos de modo que não se permita a liberdade desmedida de discursos, tampouco se provoque um futuro de censura, após a árdua conquista do atual direito à liberdade de expressão.

Nesse sentido, Coleman<sup>1</sup> aduz alguns questionamentos para serem avaliados neste cenário: O que, pode ser feita de leis que proíbem a mera enunciação de certas palavras? O que devemos fazer de uma lei quando o seu verdadeiro objetivo é proibir "ideias perigosas"? Por que não expandir essas leis para eliminar qualquer discurso que o Estado considere ruim para a sociedade? Onde vamos parar com a legitimação da proibição de certas palavras "perigosas" ou "nocivas"? Existe alguma restrição que não seja com base no critério ou o capricho do Estado? Nós realmente temos confiança de que certos líderes popularmente eleitos ou juizes não eleitos têm a sabedoria necessária e disciplina para governar o nosso discurso? Mas há realmente alguma prerrogativa em ter a proteção da liberdade de expressão se houver apenas liberdade para expressar as ideias e opiniões politicamente corretos mais populares ou atuais? A liberdade de expressão não sugere, em um mínimo, que as pessoas podem expressar idéias que são ofensivas, desafiadoras e preocupantes para alguns? Com certeza, a liberdade para ofender pode

---

<sup>1</sup> COLEMAN, Paul B. *Censored. How Hate Speech Laws are threatening freedom of speech*. Viena: Kairos Publications. 2012.

propagar idéias estúpidas, irracionais e prejudiciais. No entanto, a liberdade de falar livremente é o único meio disponível para lutar contra a tirania, ou fascismo ou comunismo, ou para derrubar o dogma tolo, mas amplamente aceito. Sem a genuína liberdade de expressão, incluindo a liberdade de causar desconforto ou mesmo ofensa, somos verdadeiramente livres?

Pois bem, não são questões com respostas categóricas, até mesmo pelas diversas concepções envolvendo a liberdade de expressão. Por todo exposto, para além de obter respostas precisas, se pretende, ao final, conseguir tecer críticas e apresentar conclusões sobre a adequação do tratamento atualmente oferecido pelos ordenamentos jurídicos modernos.

Para tanto, prossegue-se esta investigação a partir da sugestão de uma posição sob uma diferente perspectiva, em que uma coisa é adotar uma solução superficial, em que eventual colisão entre a liberdade de expressão e demais direitos fundamentais, diante do discurso do ódio é resolvida através da proibição de um determinado discurso ou da restrição de um direito. Outra questão é localizar a raiz do problema e investir em soluções e medidas que não sufoquem demasiadamente nem o direito à liberdade de expressão nem os demais direitos fundamentais.

Vale dizer que não se pretende aqui adotar uma posição liberal radical, tampouco ir totalmente contra uma ou outra doutrina, mas demonstrar que cada uma delas possui suas vantagens e desvantagens e pouco se preocupam em tratar a origem do problema.

A simples restrição ou proibição, a partir de regulações ou processos de ponderação, ainda que não sejam incompatíveis com o Sistema democrático, pois afastam os abusos do exercício deste direito quando venham a colidir com demais direitos fundamentais, não afastam integralmente sua estigma, pois escondem as mazelas que circundam a sociedade, dificultando a localização do problema e a adoção de medidas eficazes para afastar a discriminação, aumentar a tolerância, promover o pluralismo e o respeito. É preciso ir além para combater o discurso do ódio e garantir a igualdade material e o reconhecimento de que todos são iguais em direitos e respeito.

Assim, a perspectiva sugerida no presente estudo adota uma atitude mais tolerante no combate ao discurso do ódio, de modo que se adotem medidas que fomentem a promoção das liberdades comunicativas e os mais diversos grupos tenham acesso à discussão, e, gradualmente, se conquiste o respeito as diferenças, a tolerância, a igual dignidade e garantindo, simultaneamente, uma opinião pública livre e consciente.

## 2. A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E O PERCURSO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

### 2.1 Da liberdade negativa à liberdade positiva

O percurso histórico acerca da liberdade de expressão prescinde ao advento da democracia, que se insere na trajetória das sociedades, Estados e Nações e constitui um instituto em constante evolução.

Historicamente, a percepção da soberania popular convergia com estruturas de hierarquia, cuja legitimidade do exercício de todos os poderes era concentrada em um rei ou monarca, designados a partir de concepções teológicas ou filosóficas.

Tal ideologia, contudo, que privilegiava os interesses das classes mais nobres em detrimento das menos favorecidas provocou a base populista. A partir de então, com a evolução das instituições políticas ocidentais, verifica-se a transformação desta percepção, mormente, fundado sob três movimentos político-sociais, que determinaram as diretrizes na organização do Estado democrático de direito: a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa<sup>2</sup>.

Toda esta trajetória foi fundamental para influenciar no desenvolvimento dos direitos humanos modernos, transpor para o plano prático os direitos do homem e do cidadão, garantir a supremacia da vontade do povo, estabelecer padrões de avaliação da legitimidade dos atos do Estado<sup>3</sup> e limitar o poder do Estado em caso de cerceamento dos direitos e garantias dos indivíduos.

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Ed. Saraiva: São Paulo. 2009, pp. 10-23

<sup>3</sup> POOLE, Hilary. DEVINE, Carol. HANSEN, Carol Rae. WILDE, Ralph. *Direitos humanos: Referências essenciais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007, p. 45.

A Revolução Francesa<sup>4</sup>, foi de grande relevância neste contexto, pois alavancou novos ideais democráticos e consolidou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>5</sup>, que universalizou a liberdade e a igualdade de direitos e deveres, sem quaisquer limitações que não àquelas previstas em Lei e que representassem a vontade do povo<sup>6</sup>.

A Declaração reiterou e expandiu as liberdades defendidas pela Declaração americana e representou um marco para o progresso dos direitos e liberdades do homem na Europa Continental.

A partir do fim da Revolução francesa em 1789, com a revolta social da burguesia, que derrubou o Estado Monárquico absolutista, e se transformou da classe dominada para classe dominante, ao estabelecer o primeiro regime jurídico-político da sociedade que concretizou novas relações políticas, econômicas e sociais, restou estabelecido o Estado Liberal.

Os defensores do Estado liberal<sup>7</sup> assentavam na ideia dos direitos fundamentais do homem e da participação política dos indivíduos, apoiados na autonomia e na representatividade.

A modernidade liberal busca nova racionalidade, apta a justificar a restrição do grande poder estatal, com intuito de manter segura a liberdade individual, concedendo-lhe “função preponderante” e “fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo”<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, Carr afirma, ao citar Tocqueville, Acton e Hegel: “A Revolução francesa, disse Tocqueville, foi inspirada pela ‘convicção de que o que se procurava era substituir o complexo de costumes tradicionais que regiam a ordem social na época por simples regras elementares derivadas do exercício da razão humana e do direito natural’. ‘Nunca até então’ escreveu Acton numa de suas anotações manuscritas, ‘os homens haviam procurado liberdade sabendo o que procuravam’. Para Acton, como para Hegel, liberdade e razão nunca estiveram separadas. E a Revolução francesa estava ligada a Revolução Americana”. CARR, Edward Hallet. *O que é história*. 8, ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2002, p. 140

<sup>5</sup> "deveu-se a que os autores da Declaração tiveram consciência de proclamar direitos individuais, válidos para todos os homens de todos os tempos e de todos os países. Com efeito, reconhecendo e declarando, conforme o artigo da Declaração de Direitos, que os homens nascem e continuam livres e iguais". DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 74

<sup>6</sup> Art. 5º. “A Lei não tem o direito de proibir senão os atos prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é proibido pela Lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena”

<sup>7</sup> Insurge-se Norberto Bobbio sobre o tema, ao afirmar que: “Não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo seu lado ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política, que é como se viu, a soberania popular”. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000, p 42.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40

Ao transgredir da teoria à prática, portanto, a burguesia, que a partir de uma ação revolucionária alcançara o poder político escoltado ao poder econômico, já conquistado, conservou a separação dos domínios político, econômico e social.

No dizeres de Dirley, no plano econômico<sup>9</sup>, o Estado Liberal defendia a virtude da livre-concorrência, da não intervenção do Estado, enfim, o *laissez-faire*<sup>10</sup>, que enseja a expansão do capitalismo. O plano político encarece os direitos naturais do homem, tolera o Estado como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a separação de poderes de Montesquieu. No plano social, o Estado atuava com funções restritas, com uma mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas<sup>11</sup>.

A partir de tais ideais, restou consolidada a ideia de Estado de direito<sup>12</sup> e a figura da constituição<sup>13</sup>, ou seja, a submissão do Estado à lei, cuja responsabilidade é transferida do Poder Executivo para o Poder legislativo, a partir da vontade geral.

Assim, o Estado liberal institui os “direitos de primeira geração”, que engloba, atualmente, os chamados direitos individuais e direitos políticos, que exigem do Estado uma atuação negativa em face dos oprimidos, ao compreender, principalmente, a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência. Também pertencem à primeira dimensão, liberdades de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da

---

<sup>9</sup> DALARI, Dalmo de Abreu. Op cit., p. 98.

<sup>10</sup> “Laissez faire individualism eschewed public involvement in private matters, which were seen as falling outside the legitimate limits of state concern” CAROLAN, Eoin. *The new separation of power: a theory of modern state*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 56

<sup>11</sup> DALARI, Dalmo de Abreu. Op cit., p. 100

<sup>12</sup> Nos dizeres de Norberto Bobbio, “na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite, que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha com princípios invioláveis” BOBBIO, Norberto. *Liberalismo ...* Op.cit., pp. 18-19.

<sup>13</sup> Para Gomes Canotilho “o constitucionalismo exprime também uma ideologia: ‘o liberalismo é constitucionalismo; é governo das leis e não dos homens’ (Mc Ilwain). A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina. 6.º Edição, 1993, p. 64. Nas palavras de Tavares, “As Constituições liberais surgem com o triunfo da ideologia burguesa, com os ideais do liberalismo. Carl Schmitt fala da Constituição do Estado burguês de Direito, objetivando a proteção da liberdade burguesa em face do Poder estatal. Trata-se das Constituições marcadas pela divisão de poderes com a declaração expressa da ampla liberdade do cidadão e, consequentemente, dos limites da atuação estatal”. TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito Constitucional*. 10.º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 98

profissão, a livre disposição sobre a propriedade etc. Já as liberdades políticas referem-se à participação do indivíduo no processo do poder político. As mais importantes são as liberdades de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de controlar os atos estatais e, por fim, o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições<sup>14</sup>.

É inevitável reconhecer, portanto, que o Estado liberal, de início, alavancou o progresso econômico, afirmou a essência da liberdade humana, fundou a autonomia religiosa, a livre expressão de pensamentos, desenvolveu a substituição do poder pessoal pelo poder legal, dentre outros benefícios.

Por outro lado, Bobbio, Matteuci e Pasquino<sup>15</sup>, assentam na ideia de que à medida que a liberdade coincide com o poder, a liberdade traduz em uma desigualdade, pois quem tem mais poder é mais livre, e de forma contraditória o homem essencialmente livre é um déspota.

Nesse contexto, Carlos Ari Sundfeld salienta que a igualdade garantida no Estado liberal era meramente formal, de forma que se buscava a submissão de todos perante a lei e, por conseguinte, rechaçava eventuais discriminações. Ou seja, o alicerce do liberalismo era que todas as classes sociais teriam tratamento unânime a partir de leis gerais e abstratas, aplicável de forma indiscriminada a todos os grupos sociais, sem estabelecer prerrogativas a determinada classe ou grupo.

Logo, depreende-se que a igualdade meramente formal, encobre, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais<sup>16</sup>, pois não reconhece no plano normativo a necessidade de estabelecer prerrogativas exclusiva para determinada classe, ou seja, tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Nesse cenário, diante de uma visível exclusão social de grupos minoritários da sociedade, o exercício das liberdades em geral, sobretudo da liberdade de expressão, exercidas de forma irrestrita, sustentaria plenamente a proteção do discurso do ódio discriminatório.

A liberdade concedida aos indivíduos, sucedeu, portanto, ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem para o privilégio dos economicamente

---

<sup>14</sup> . TAVARES, Andre Ramos. *Ibid.*, p. 502

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nirola. PASQUINO, Giafranco. *Dicionário de Política*. 5ª Edição. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 691

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, p.61

mais fortes. Desse modo, devido a restrita atuação do Estado para proteção das classes mais desprovidas, gerou-se uma forte injustiça social, que resultou na predominância dos valores econômicos e os homens sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o crescimento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da sociedade<sup>17</sup>.

Com efeito, a partir da estrutura absenteísta do Estado liberal, que não atendia às exigências sociais, surgiram novas reivindicações aos problemas sociais, decorrentes, sobretudo, das pressões da industrialização em marcha, do impacto do crescimento demográfico e do agravamento das disparidades no interior da sociedade, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social<sup>18</sup>.

As liberdades meramente formais aliadas a proclamação dos direitos civis e políticos, foram insuficientes para a classe que possuía tão somente a venda da sua força de trabalho pudesse sobreviver. Com a ascensão do capitalismo, decorrente do Estado liberal, onerou-se a condição social desta classe, que era submetida a circunstâncias degradantes de trabalho.

Com a eclosão da Revolução Russa, que conduziu a classe de trabalhadores a resistirem à exploração, a burguesia, visando evitar a expansão do proletariado do ocidente europeu e conter eventual avanço revolucionário, adotou medidas sociais corretivas.

Insurge-se, portanto, o Estado Social, com a afirmação de um paradigma de uma atuação estatal na economia, promoção de uma justiça redistributiva, necessária para mitigar as hostilidades sociais e a garantia da igualdade material<sup>19</sup>.

Com efeito, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço, ao exigir do Estado condutas positivas<sup>20</sup>. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer novos direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo, notadamente, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia. Ou seja, o objetivo era a

---

<sup>17</sup> DALARI, Dalmo de Abreu. Op cit., p. 98

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 206

<sup>19</sup> A igualdade material parte do princípio de tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, de forma que todos os indivíduos possam desenvolver as oportunidades que lhe assegura, abstratamente, a igualdade formal.

<sup>20</sup> “As a result, public power can no longer be regarded as a neutral guarantee of social order. It is perceived rather as an instrument of social reform. Improving the position of individual citizens - which was formerly seen as a purely personal matter of self-arrangement - has instead become the paradigmatic focus of government action” CAROLAN, Eoin. Op cit.. p. 56 - 57

implementação de políticas governamentais que garantissem o mínimo do bem-estar da sociedade.

Contudo, nos dizeres de Paulo Bonavides<sup>21</sup>, o Estado Social, admite, em tese, tanto a forma totalitarista como a forma democrática de governo, uma vez que, o Estado Social se traduz em um Estado intervencionista e paternalista. Por consequência, vislumbrou-se a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Atlee e o Brasil de Vargas. Neste sentido, Bonavides afirma: “O Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”.

A partir de então, diante das exigências para harmonizar o Estado Social, surge o Estado democrático de direito<sup>22</sup>, que desenvolveu ideias mais democráticas de participação total e indiscriminada do homem na formação da vontade estatal, transgredindo do princípio liberal para o princípio democrático<sup>23</sup>.

Diante de tais transformações, a democracia passa a exigir alguns princípios fundamentais de atuação, que nos dizeres de Dalari<sup>24</sup> seriam: (i) a supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante a representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários<sup>25</sup>; (ii) a preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado e, (iii) a igualdade de direitos, entendida como a proibição de

---

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 184

<sup>22</sup> Na mesma linha Bobbio declara: “No momento mesmo em que a democracia como forma de governo, se conjuga tanto com o liberalismo quanto com o socialismo, também a relação entre democracia e socialismo pode ser representada de igual modo como relação de possibilidade ou de possível coexistência, de impossibilidade, ou de necessidade, como nas doutrinas e nos movimentos social-democratas, segundo os quais apenas através da democracia se realiza o socialismo e apenas no socialismo o processo de realização da democracia chega ao seu pleno cumprimento”. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo ...* Op.cit., p. 54

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. Op cit., p. 43.

<sup>24</sup> DALARI, Dalmo de Abreu. Op cit., p. 55

<sup>25</sup> Neste sentido, Carolan afirma que “the individual citizen is a self directed actor, contributing to his society choice of suggested political options. The citizen helps to direct the institutional actions of the central political organs. He there by become an active participant in the process of coordinating the collective, rather than the passive object of its operation” CAROLAN, Eoin. Op cit.. p. 92.



distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.

Depreende-se, portanto, que o governo do povo pelo povo ou por seus representantes livremente eleitos, fundamenta-se em um sistema de governação em partidos políticos, que são organizações representativas dos ideários e das aspirações legítimas dos cidadãos, cujo financiamento e atuação devem ser transparentes e públicos.

A democracia social busca o princípio de emancipação econômica e social, defendendo a equidade das relações entre capital e trabalho e a justa distribuição de recursos. Adicionalmente, procurou reter o aprofundamento da representatividade dos cidadãos, o papel do Estado na proteção dos direitos individuais e da família, bem como o princípio de responsabilidade social da imprensa e dos órgãos de comunicação. Na democracia social o fim principal é o desenvolvimento do coletivo, mesmo que em detrimento dos interesses particulares<sup>26</sup>. O estado assume e assegura a solidariedade econômica entre os cidadãos, baseando a sua atuação em políticas de compensação das lógicas de mercado e de heranças desiguais.

Nesse quadro, a democracia afasta a acepção ideológica e assume um espaço procedimental (formal ou substancial<sup>27</sup>) no desenvolvimento dos interesses políticos e econômicos e, sobretudo, dos interesses públicos, contudo, ainda com impedimentos no exercício de determinados direitos e deveres.

O Estado democrático de direito cria os direitos de “terceira geração”, que compreendem os direitos essencialmente ou naturalmente coletivos, ou seja, direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, que abrangem os interesses transindividuais (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos e a moralidade administrativa).

---

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo ...* Op.cit, p. 39

<sup>27</sup> “É inegável que historicamente “democracia” teve dois significados prevaletentes, ao menos na origem, conforme se ponha em maior evidência o conjunto das regras cuja observância é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, assim chamadas regras do jogo, ou o ideal em que um governo democrático deveria se inspirar, que é o da igualdade. À base dessa distinção costuma-se distinguir a democracia formal da substancial, ou, através de uma outra conhecida formulação, a democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo. Ibid., pp. 37 - 38

Consolidada a democracia como forma de governo, é inegável sua vinculação com a liberdade de expressão<sup>28</sup>, à medida que as revoluções do século XVII, ocorridas na Europa e nos Estados Unidos, desfrutaram da imprensa como uma fonte de opinião contra as monarquias absolutistas.

Nos dizeres de Spinoza<sup>29</sup>, há uma incontornável vinculação entre o respeito à liberdade de expressão e o exercício democrático do poder, sob fundamento de que em um Estado livre está permitido que cada um pense o que quer e diga o que pense, ao passo que nos governos autoritários não cessam de adotar medidas para sufocar ou limitar indevidamente a publicação e a manifestação do pensamento.

Em um Estado democrático, os governantes devem conceder aos indivíduos a liberdade de expressão de modo que, todos professem opiniões, mesmo que contrárias, vivam em harmonia. Historicamente, resta evidenciado que em uma democracia constitucional, quanto mais se tutela a liberdade de expressão mais a democracia se consolida.

O principal instrumento para o processo democrático, portanto, é aquele que garante ao cidadão se inteirar dos assuntos de interesse público. Neste sentido, a doutrina constitucional sustenta que o princípio democrático tem como subprincípio o princípio da democracia comunicativa<sup>30</sup> - participativa e deliberativa - baseado nas ideias de opinião pública e

---

<sup>28</sup> “A ligação que se estabelece entre a liberdade de expressão e a democracia é uma verdade evidente por si mesma no seio da jurisprudência e doutrina constitucionais, encontrando-se referida em praticamente todas as obras que versam sobre aquele direito fundamental”. Não obstante, Jónatas Machado destaca ainda um elenco de expectativas democráticas da liberdade de expressão fornecidas por Michael Gurevitch e Jay G. Blumler: “a) vigiar o ambiente sociopolítico, registrando todos os desenvolvimentos susceptíveis de se repercutirem, positiva ou negativamente, no bem estar dos cidadãos; b) desempenhar uma função de agenda setting, identificando assuntos e problemas chave, incluindo as forças que podem operar a sua resolução; c) constituir-se como plataforma para políticos e representantes de causas e de grupos de interesses; d) possibilitar o diálogo entre um amplo e diversificado conjunto de perspectivas, bem como entre os titulares do poder político (atuais e prospectivos) e diferentes públicos; e) incentivar os cidadãos a aprender, a escolher e a participar ativamente no processo político. V. Michael GUREVITCH, jay G. BLUMLER, “Political communications systems and democratic values”, *Democracy and the Mass Media*. (Judith LICHTENBERG), Cambridge, Mass., 1990 (1991) *apud* MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65. Coimbra Editora: Coimbra. 2002, p. 260

<sup>29</sup> SPINOZA, Baruch de. *Tratado Teológico-Político*; Traducion Atilano Domínguez. Editora Altaya. 1997, p. 408

<sup>30</sup> “A communicative model of democracy says that democratic legitimacy requires that all those affect by decisions should be included in discussion that reach them. Greeting names those communicative political gestures through which participants in democratic discussion recognize other specific groups as included in the discussion that will issue decisions. By such gestures of greeting, discussion participants acknowledge that they are together with those they name, and that they are obliged to listen to their opinions and take them seriously. As a political issue of inclusion, recognition is primarily a starting-point for political integration and contest, rather than its the end.” YOUNG. Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford University Press. New York. 2000. p. 40

comunicação cívica e política democrática, garantindo, portanto, os direitos de comunicação, dentre eles, o da liberdade de expressão, da liberdade de informação – informar e ser informado -, da liberdade dos jornalistas, da liberdade de imprensa, da liberdade de radiodifusão e da liberdade de programação<sup>31</sup>.

Ferin<sup>32</sup> afirma que “a democracia supõe a existência de uma esfera pública onde se pressupõe a existência de um debate permanente sobre a *res publica* e a tomada de decisões que levem à sua gestão em benefício de todos. Um dos fatores estruturantes da esfera pública é a liberdade de expressão, que envolve não só a liberdade de acesso a esfera pública, como o acesso a fontes diversificadas e a capacidade de publicitar, de forma plural, as diversas opiniões e visões do mundo”.

Nesta mesma linha, Jonatas Machado e Iolanda de Brito<sup>33</sup> afirmam que a existência de uma esfera pública livre e aberta é uma trave mestra de qualquer Estado Constitucional democrático. Ela é o alicerce de uma sociedade aberta, assentando na existência de interesses públicos informativos.

Com efeito, para firmar esta estrutura, é fundamental a garantia das liberdades comunicativas, capazes de assegurar uma opinião pública autônoma e uma esfera de discurso e debate público em que qualquer assunto esteja disponível para a discussão. O discurso público em uma sociedade aberta e pluralista, deve se basear sob uma lógica de argumento e contra-argumento, de forma que permita aos cidadãos a tomada de decisões livres<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> MACHADO, Jónatas E. M. Universidade de Coimbra. V. LXXXV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. 2009. 73-109

<sup>32</sup> FERIN, Isabel. Diálogos sobre censura e liberdade de expressão: Brasil e Portugal / organização Maria Cristina Castilho Costa - São Paulo: ECA/USP, 2014. p. 11

<sup>33</sup> Neste sentido, Jonatas Machado e Iolanda de Brito completam sustentando que “a esfera de discurso público de uma sociedade aberta e pluralista inerente a uma ordem constitucional livre e democrática, é um “Forum” de interação crítica e dialógica, onde ideias e opiniões são testadas, clarificadas, consolidadas ou rejeitadas, mediante o confronto com outras, numa lógica argumentativa de discurso e contradiscurso, permitindo aos cidadãos a tomada de decisões livres e esclarecidas. Por isso, o discurso público é incompatível com um regime jurídico em que a informação fica sujeita a autorização prévia, filtragem, censura, padronização e homogeneização”. MACHADO, Jónatas E. M. DE BRITO, Iolanda Rodrigues. *Curso de direito da comunicação social*. Lisboa: Wolters Kluwer. 2013. p. 79.

<sup>34</sup> “Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”. CIDH, Caso “Kimel v. Argentina”. Sentença em 02 de maio de 2008.

A livre expressão de ideias, portanto, atribui-se um valor epistêmico, à medida que decisões mais equânimes e democráticas decorrem de opiniões distintas e antagônicas.

Cumprido salientar que embora a discussão política seja um ponto importante na garantia da democracia, a liberdade comunicativa não se restringe somente aos discursos oriundos de um debate político, sendo asseguradas aos cidadãos, as mais diversas liberdades expressivas<sup>35</sup>.

Expostos tais argumentos, conclui-se que, de início, em um Estado democrático de direito que pressupõe o direito à liberdade de expressão e a igualdade entre todos, seria ideologicamente incompatível a proteção do discurso do ódio, pois implicaria em negar o princípio fundamental da igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade de alguns e legitimando a discriminação<sup>36</sup>.

Contudo, alguns reflexos sobre este ponto de vista devem ser ponderados. A presente investigação pretende avaliar a atuação da liberdade de expressão na atual transição democrática, na medida em que determinados atos expressivos vêm sofrendo recorrentes limitações.

Neste contexto, será realizado um reflexo das decisões da Corte de direitos humanos e dos demais países democráticos envolvendo liberdade de expressão e o discurso do ódio, analisando ainda as doutrinas e os efeitos de leis que proíbem a expressão de ideias e opiniões ofensivas, irracionais e prejudiciais ou mesmo àquelas que restringem a emissão de determinadas palavras.

No próximo capítulo, portanto, serão estabelecidos os parâmetros iniciais sobre a concepção de liberdade de expressão e sustentadas as perspectivas conferidas a tal direito, quando o exercício da liberdade de expressão eventualmente cause danos a outrem, o que justificaria a sua restrição.

---

<sup>35</sup> “If we recognize the role of liberties of thought and discussion within moral as well as political agency, we can plausibly explain why fundamental liberties of thought and expression are not restricted to political speech. Cohen invokes expressive and informational as well as deliberative interests in freedom of expression. However, it is arguable that both expressive and informational interests can and should be fitted under the umbrella of deliberative values. Insofar as the exercise of deliberative capacities involves decision-making that is informed as to the alternatives, informational interests must figure prominently within an account of deliberative values”. COHEN, Joshua. *Freedom of Expression*, 22 PHIL & PUB.AFF. 1993. 207-63 *apud* DAVID. O. Brink. *Millian principles, Freedom of expression and Hate speech*. Legal Theory, 7, 2001. p. 129.

<sup>36</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade. A Liberdade de Expressão e o problema do “hate speech”. p. 33. Disponível em »<http://www.dsarmento.adv.br/>« acesso em 11 de abril de 2016.

### 3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO NA ATUAL SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

#### 3.1 Liberdade de expressão: Conceito, alcance e objetivos

##### 3.1.1. Estrutura Conceitual

Conforme restou demonstrado, a liberdade de expressão representa o triunfo no movimento liberal do século XVIII, reconhecida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na primeira Emenda à Constituição Federal dos Estados Unidos em 1791, restando consolidada como um direito fundamental na formação do Estado democrático de Direito, foi admitida, posteriormente, no Art. 19º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da mesma forma no Art. 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, uma das precursoras na efetivação do direito à liberdade de expressão, no Art. 13º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, dentre outros institutos, exercendo ainda, forte influência em diversas ordens constitucionais de origem democrática<sup>37</sup>.

A partir do desenvolvimento dessa concepção moderna, na doutrina constitucional, predomina o entendimento que o direito fundamental à liberdade de expressão em sentido amplo compreende um aglomerado de direitos fundamentais, designada por alguns como liberdades de comunicação, contempla o direito à liberdade em sentido estrito, por vezes, designada liberdade de opinião, o direito à informação (direito de informar, de se informar e de ser informado), a liberdade de imprensa (incluindo os direitos dos jornalistas), a liberdade de comunicação social (imprensa, radiofusão, cinema) e a liberdade de comunicação individual (telecomunicações)<sup>38</sup>. As liberdades de criação artísticas e científicas<sup>39</sup>, as formas de exteriorização cultural e linguística de ideias, sentimentos, convicções religiosas, filosóficas ou

---

<sup>37</sup> A Constituição americana, apesar de não consagrar a liberdade, inicialmente, na Constituição de 1787, a fez por meio da Primeira Emenda de 1791. Na França, em 1793, por meio da Constituição Jacobina, foi estabelecida a liberdade de expressão, sem censura.

<sup>38</sup> MACHADO, Jónatas E. M. DE BRITO, Iolanda Rodrigues. *Curso de direito ... Op.cit.* p. 76

<sup>39</sup> GIL. Rubén Sánchez. *Libertad de expresión. Notas básicas en claves internacional y comparada*. Yucatán, México: Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán - Año 14, V. 34. num. 1, 2014, p. 14.

políticas, também possuem um valor social inegável, em um sistema de comunicação livre e plural<sup>40</sup>.

De todo modo, precisar o conteúdo da liberdade de expressão não é uma questão de todo pacífica<sup>41</sup>, não somente por sua forma conceitual, mas, sobretudo, pela pluralidade de valores e bens jurídicos envolvidos.

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>42</sup> e, igualmente na Declaração Universal dos Direitos do Humanos<sup>43</sup> e na Convenção Americana sobre direitos humanos a liberdade de expressão constitui: (i) o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões; (ii) o direito de investigar; (iii) o direito de receber informações e opiniões; e (iv) o direito de difundir, sem consideração de fronteiras, tais informações e opiniões (ou ideias)<sup>44</sup>.

Depreende-se, portanto, o entendimento, de que o direito à Liberdade de expressão<sup>45</sup>, contempla tanto a liberdade de expressão em sentido estrito quanto a liberdade de informação.

Em sentido contrario, Jorge Miranda<sup>46</sup> assenta que a Liberdade de expressão e informação e a liberdade de comunicação social, embora estritamente associados, não se confundem.

Com efeito, afirma que a Liberdade de expressão (de expressão de pensamento), decorre da Liberdade de pensamento, sendo por si uma garantia ao direito de liberdade de manifestação de pensamentos, enquanto a Liberdade de comunicação social, que abarca a

---

<sup>40</sup> Cfr. USSC, Caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* (395 U.S. 367, 390), de 09 de junho de 1969 e USSC, Caso *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson* (357 U.S. 449, 460-461) de 30 de junho de 1958.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ, Antonio Aguilera. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información* (Posibilidades y límites constitucionales) Granada: Comares Editorial, 1990, p. 8.

<sup>42</sup> “Artigo 19º 2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”.

<sup>43</sup> “Artigo 19º Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

<sup>44</sup> RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e Liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p. 59.

<sup>45</sup> Jonátas Machado admite uma dupla dimensão a liberdade de expressão: “A dimensão substantiva compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento”. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 485

<sup>46</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2014, p. 399

Liberdade de expressão e de informação pelos meios de comunicação social, relaciona-se também com a política, a Liberdade de associação e a iniciativa econômica.

Nesta linha de pensamento, é possível concluir que à medida que a Liberdade de informação se relaciona com fatos, esta se condiciona à prova da verdade, ao passo que a Liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a pensamentos, opiniões e juízos de valores, não possui tal exigência.

A liberdade de expressão em sentido estrito, portanto, pressupõe a interação do ser humano com seus semelhantes para externar as suas ideias, experiências, convicções e opiniões daquilo que crê ser verdadeiro, não sendo obrigado a provar a verdade de sua manifestação, enquanto a liberdade de informação, por envolver fatos de interesse público, a princípio exige uma divulgação verdadeira que seja capaz de fornecer uma opinião pública livre e plural<sup>47</sup>.

A Corte Europeia de Direitos humanos reconhece essa diferença entre liberdade de expressão em sentido estrito e a liberdade de informação, no sentido de que uma cautelosa distinção entre fatos e juízos de valores é preciso ser realizada, na medida em que este último não é apto de produzir prova e o primeiro é plenamente suscetível de ser provado<sup>48</sup>.

Contudo, a Corte luta ainda para esclarecer satisfatoriamente a distinção entre fatos e juízos de valor<sup>49</sup>, que, muitas vezes, se configura somente a partir da análise do caso concreto, verificando-se o grau de prova factual<sup>50</sup>.

Nos Estado Unidos, a maioria dos Estados também pratica essa diferença. A “*fair comment*”, que se traduz pela ideia de que diante de uma diversidade de opiniões sobre um

---

<sup>47</sup> SALGADO, Concepcion Carmona. *Libertad de expresion e informacion y sus limites*. Madrid: Edersa, 1991, p. 26

<sup>48</sup> “in the Court’s view, a careful distinction needs to be made between facts and value-judgments. The existence of facts can be demonstrated, whereas the truth of value-judgments is not susceptible of proof.” “As regards value-judgments this requirement is impossible of fulfilment and it infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10 (art. 10) of the Convention” CEDH, Caso Lingens Vs. Austria (Application no. 9815/82), de 08 de julho de 1986.

<sup>49</sup> “the Court further recalls that, even where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive”. CEDH, Caso Jerusalem v. Austria (App. n.º. 26958/95), de 27 de maio de 2001.

<sup>50</sup> “The classification of a statement as a fact or as a value judgment is a matter which in the first place falls within the margin of appreciation of the national authorities, in particular the domestic courts. However, even where a statement amounts to a value judgement, there must exist a sufficient factual basis to support it, failing which it will be excessive”. CEDH. *Reports of judgments and decisions*. Wolters Kluwer Deutschland . 2007. p. 216. Disponível em » <http://www.echr.coe.int> « Neste sentido, ver também CEDH, Caso *Schorschach and news Verlagsgesellschaft mbH v. Austria* (App. n.º. 39394/98)), de 13 de novembro de 2003.

assunto, é garantido aos meios de comunicação social, proteção quanto às acusações de difamação, desde que as opiniões divulgadas sejam de interesse público e envolvam, notadamente, figuras públicas e políticos, e que não sejam eivadas de má-fé, desrespeito, ou com a intenção de prejudicar o demandante, ou seja, que possuam uma base factual real<sup>51</sup>.

A Suprema Corte dos Estados Unidos se manifestou, pela primeira vez sobre o assunto, no caso *New York Times Co. v. Sullivan*<sup>52</sup>, em que declarou que um funcionário público não poderia processar por uma declaração difamatória, embora factual, ao menos que pudesse provar que a declaração foi feita "com o conhecimento de que era falsa ou por negligência grosseira de que era falsa ou não."

A maioria dos Estados dos Estados Unidos, acompanha a linha de entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos ao defender doutrina "fair comment", ainda que a mesma não venha sendo tão abordada nos últimos anos. Com efeito, a Corte já se manifestou no sentido de que a lei deve ser atualizada para tornar o instituto da "fair comment" mais simples considerando, sobretudo, as relevantes mudanças tecnológicas e mediáticas do século XXI. A doutrina ainda não é pacífica, por exemplo, ao considerar se as postagens na internet devem ser consideradas fatos ou declarações de opiniões.

O Tribunal Constitucional Espanhol já se manifestou reiteradas vezes neste sentido ao afirmar que a Constituição Espanhola consagra separadamente a liberdade de expressão (Art. 20.1 a)), que se refere à expressão de pensamentos, idéias e opiniões, conceito amplo, que deve incluir também as crenças e juízos de valor e a liberdade artística e a liberdade de informação (Art. 20.1 d)) que se refere a livre forma de se comunicar e receber informações sobre eventos ou simplesmente de fatos, eventualmente considerados de interesse jornalístico, ressaltando,

---

<sup>51</sup> "At common law, an expression of opinion about official a public figure, or a matter of public concern was often protected under the "fair comment" doctrine. The doctrine of "fair comment" was generally treated as qualified privilege. Criticism Of person or activities in the realm of legitimate public concern was held not actionable if the statements made were based on disclosed facts or facts know or available to the reader. The privilegie could be lost, however, if the criticismo did not represente the critic's actual opinion or if it was made out of spite or ill will or for the purpose of causing harm to the person criticized. Before Milkovich many courts and commentators questioned the viability of the "fair comment" doctrine, suggesting that it had been superseded by the constitutional protection of opinion. Now that the Supreme Court has made it clear that where there is no special First Amendment protection for opinion, the doctrine of "fair comment" may be asserted more frequently, at least in state corts that have traditionally recognized the "fair comment" doctrine". FISHER, Mark A. PERLE, E. Gabriel, WILLIAMS, John Taylor. *Defamation and related issues*. V. 1. Wolters Kluver. 2009. p. 45

<sup>52</sup> USSC, *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254), de 09 de março de 1964.



porém, a íntima conexão entre tais valores<sup>53</sup>, na medida em que fatos, juízos de valor e opiniões implicam no direito à liberdade de informação como premissa do fundamento da liberdade de expressão<sup>54</sup>.

Na mesma linha, a doutrina e a jurisprudência<sup>55</sup> constitucional alemã também faz essa distinção entre liberdade em sentido estrito (Art. 5 I 1 GG 1.HS) e a liberdade de informação (Art. 5 I 1 GG 2.HS)<sup>56</sup>. Neunhoeffer afirma que a liberdade de informação é um pressuposto da liberdade de opinião<sup>57</sup>.

O direito português também estabelece tal distinção ao abrigo do Artigo 37/1 da Constituição da República Portuguesa<sup>58</sup> e igualmente o Direito Brasileiro ao relevo do Artigo 5 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>59</sup>.

Por conseguinte, conclui-se que a liberdade de informação, compreende três vertentes: o direito de informar, o direito de ser informado e o direito de se informar.

O direito de informar, portanto, possui natureza individual e coletiva na medida em que a faculdade de comunicar informações, notadamente, de interesse público, a outrem, coincide tanto com a manifestação de pensamento pela palavra, por escrito ou por outro meio de difusão

---

<sup>53</sup> TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STC 6/1988, de 21 de janeiro de 1988. TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STC 107/1988, de 08 de junho de 1988.

<sup>54</sup> VILLANUEVA, Ernesto. *Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los Países del Mundo*, Madrid: Fragua, 1997, p. 19

<sup>55</sup> CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ, Caso Luth (BVerfGE 7, 198), de 15 de janeiro de 1958. O Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a liberdade de informação como essencial para o processo de formação da opinião pública e para a democracia.

<sup>56</sup> Artikel 5 Grundgesetz (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

<sup>57</sup> NEUNHOEFFER, Friederike, *Das Presseprivileg im Datenschutzrecht*, Studium in Konstanz und München, 2004. p. 109

<sup>58</sup> “Artigo 37/1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”.

<sup>59</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

por qualquer indivíduo da sociedade<sup>60</sup>, quanto por meio dos meios de comunicação social no exercício da liberdade de imprensa e de comunicação social<sup>61</sup>.

No que se refere ao direito de ser informado, este consiste na faculdade de receber informações, verdadeiras e sem impedimentos, para que tantos os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas<sup>62</sup>. Traduz, portanto, em uma maior autonomia individual, permitindo a formação da opinião pública livre<sup>63</sup>.

Por fim, o direito de se informar, que consiste na liberdade de obter informações de forma livre, sem impedimentos, respeitando a linha do estabelecido no Art. 10 da CEDH, que dispõe “a liberdade de receber (...) informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”.

Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>64</sup> afirmam que “o direito de se informar, consiste, designadamente, na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar, embora sejam admissíveis algumas restrições à recolha de informações armazenadas em certos arquivos”.

Nesse passo, depreende-se que tal direito fundamental pressupõe uma atuação negativa do Estado que não deve impedir os cidadãos ou os jornalistas<sup>65</sup>, de terem acesso às fontes de informações, tampouco, coibir o desenvolvimento e instalação de novas tecnologias, de forma que garanta uma autonomia para formação da opinião e de um adequado juízo de valor, essenciais no contexto democrático livre e plural<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> GRECCO, Albino. *La libertà di stampa nell'ordinamento giuridico italiano*, Roma: Bulzoni Editores, 1974, p. 40 *apud* AFONSO da Silva, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Brasil: Malheiros Editores, 2005, p. 245

<sup>61</sup> Neste sentido, “(...) tem vindo a assumir um cada vez maior destaque o modelo de partilha da informação (information sharing) em que são os próprios indivíduos a exercer o direito de informar, através das redes sociais (v.g. facebook, twitter), utilizando novas plataformas tecnológicas, que lhes permitem facilmente fotografar um acontecimento, gravá-lo em vídeo e divulgá-lo de forma imediata”. MACHADO, Jónatas E. M. DE BRITO, Iolanda Rodrigues. *Curso de direito ... Op.cit.*, p. 82

<sup>62</sup> GRECCO, Albino. *Op. cit.*, p. 40 *apud* AFONSO da Silva, José, *Op. cit.*, p. 245

<sup>63</sup> VILLANUEVA, Ernesto. *Op. cit.*, p. 19

<sup>64</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4º. Ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2014, p. 573

<sup>65</sup> CARVALHO, Alberto Arons de. CARDOSO, António Monteiro. FIGUEIREDO, João Pedro. *Direitos da Comunicação Social*. 2º ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2005, p. 108.

<sup>66</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* *Op. cit.* p. 478-482

Também aqui vigora uma atuação positiva do Estado, na medida em que cabe ao Estado desenvolver ações para evitar que interesses econômicos ou políticos possam obstaculizar a livre recepção de informações<sup>67</sup>.

Não obstante, cumpre ressaltar que aliados a todos estes direitos, a liberdade de informação contempla ainda uma quarta dimensão, que é o direito de recusar pronunciar-se, informar ou informar-se<sup>68</sup>.

Finalmente, depreende-se que grande parte da doutrina e a jurisprudência constitucional consolidaram a diferença entre pensamentos, opiniões e informações, comunicação social e, respectivamente, juízos de valor e fatos.

De todo modo, as mesmas têm reconhecido que não obstante a inegável distinção entre tais direitos, incluindo ainda o direito à liberdade de imprensa, em termos práticos, não existe uma diferença substancial relativa aos seus conteúdos<sup>69</sup>, inclusive, seus fundamentos e seu âmbito de proteção estão estruturados sobre a mesma base<sup>70</sup>.

Laurence Tribe afirma que “Qualquer conceituação adequada da liberdade de expressão deve, ao invés, passar por diversas modalidades de teorias para que se possa proteger a rica variedade de formas de expressão”<sup>71</sup>.

Em sentido contrário, Harry Kalven<sup>72</sup> afirmou que “a liberdade de expressão está tão perto do coração da organização democrática que, se não temos uma teoria adequada para o nosso direito, sentimos que realmente não compreendemos a sociedade em que vivemos.

---

<sup>67</sup> VILLANUEVA, Ernesto. Op. cit., p. 20

<sup>68</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 45

<sup>69</sup> “(...) a impossibilidade de proceder a uma delimitação clara entre juízos de valor e afirmações de facto impede uma distinção categorial estanque entre os conceitos de expressão e informação”. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit.. p. 473.

<sup>70</sup> “Esta configuración autónoma de ambos derechos no puede oscurecer el hecho de que la libertad de información es material y lógicamente una faceta de la libertad de expresión” (...) “La construcción dogmática de ambos derechos tiene idénticos fundamentos, o dicho en otras palabras, que las líneas doctrinales que se elaboren en beneficio de la garantía de la libertad de información”. ASENJO, Porfirio Barroso e TALAVERA, María del Mar Lopez, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Madrid: Fragua, 1998, p. 50. Na mesma linha, RODRIGUES JUNIOR. Álvaro. Op. cit. p. 59.

<sup>71</sup> TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 789. Trad. livre. p. 789. *apud* TAVARES, Andre Ramos. Op. cit. . p. 627.

<sup>72</sup> KALVEN, Harry. *The negro and the first amendment*, University of Chicago Press, 1965, p. 6 *apud* GARD, Stephen W. *The Absoluteness of the First Amendment*, 58 Neb. L. Rev. 1053, 1979, p. 1053 Disponível em »<http://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol58/iss4/4>»

Por fim, vale destacar que a liberdade de expressão apesar de ampla, não é absoluta e ilimitada, ao passo que a liberdade de cada um tem por limites a liberdade e os direitos dos outros.

No âmbito dos direitos fundamentais a liberdade de expressão é a regra e a restrição é a exceção<sup>73</sup>, restando as restrições sujeitas a um princípio da excepcionalidade e de ponderação proporcional de direitos e interesse constitucionalmente protegidos, respeitando as regras constitucionais e às exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade, que será abordado mais a frente<sup>74</sup>.

### 3.1.2 Finalidades

Em consonância com o proposto por Jonátas Machado<sup>75</sup>, constituem os objetivos fundamentais da liberdade de expressão: (i) a procura da verdade; (ii) o mercado livre das ideias; (iii) a autodeterminação democrática; (iv) o controlo da atividade governativa e do exercício do poder; (v) a esfera do discurso público e da opinião pública; (vi) a garantia da diversidade de opiniões; (vii) a acomodação de interesses e transformação pacífica da sociedade; (viii) a promoção e expressão da autonomia individual e, (ix) a concepção multidimensional e multi-sistémica das liberdades de comunicação.

O percurso da teoria da busca da verdade é reconhecido na doutrina sob diferentes passagens, notadamente, John Milton, em sua obra *Aeropagítica*, de 1644, John Stuart Mill<sup>76</sup>,

---

<sup>73</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. MACHADO, Jónatas E. M. “Reality Shows” e Liberdade de propagação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 12

<sup>74</sup> MACHADO, Jónatas E. M. DE BRITO, Iolanda Rodrigues. *Bibliografia não autorizada versus Liberdade de expressão*. Curitiba: Ed. Juruá. 2014, p 32

<sup>75</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit.. pp. 237 - 291

<sup>76</sup> “Se a opinião é certa, aquele foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que constitui um bem de quasi tanto valor — a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, produzidas pela sua colisão com o erro”. MILL, John Stuart. *Ensaio sobre Liberdade*, revisão da tradução de Desidério Murcho, Lisboa: Edições 70, 2010. p. 44

na sua obra *On Liberty*, de 1859 e o juiz Oliver Wendell Homes na decisão proferida na Suprema Corte do Estado Unidos no caso *Abrams v. United States*<sup>77</sup>.

De forma geral, a busca da verdade como objetivo da liberdade de expressão defende que um debate livre e aberto de pontos de vista, opiniões e ideias divergentes, propicia uma maior tendência de se verificar a verdade, ao passo que a restrição à liberdade de expressão incita em um discurso fechado e, por conseguinte, a verdade fica limitada a um único juízo.

Nessa ótica, a liberdade de expressão é vista não como um fim em si, mas como um meio para respostas mais adequadas para os problemas que inquietam a sociedade<sup>78</sup>, de forma que a verdade acabará por triunfar na livre discussão de ideias<sup>79</sup>.

De todo modo, é inevitável reconhecer que diante de manifestações que constituem juízos de valor ou de opinião e não fatos, discernir o verdadeiro e o falso não se mostra simples, em razão de apresentar um alto grau de subjetividade e ainda apto de colidir com demais direitos fundamentais.

---

<sup>77</sup> USSC, Caso *Abrams v. United States* (250 US 616), de 10 de novembro de 1919. Sobre esta decisão destaca-se o trecho a seguir: “But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country”.

<sup>78</sup> CHEQUER, Claudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie": análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. 2010, p. 2. Disponível em »[http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ\\_0ecca4f256766ef60fe462317027debb/Details](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_0ecca4f256766ef60fe462317027debb/Details)« Acesso em 23 de abril de 2016

<sup>79</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 238

Neste contexto, partindo da premissa de que não existe uma verdade absoluta, mas uma concorrência entre verdades relativas, sobrevêm uma outra finalidade, o mercado livre de ideias, metáfora criada por Mill<sup>80</sup> e citada por Homes<sup>81</sup>.

Tal finalidade assenta na ideia de que a produção e a discussão de ideias devem partir de um debate competitivo, aberto e pluralista, ou seja, tem como pressuposto uma estrutura eminentemente interativa, em que todas as ideias são admitidas à divulgação e discussão, independente do seu conteúdo, mesmo que perfilhem como ofensivas para alguns indivíduos e grupos.

No entanto, esta hipertrofia da liberdade de expressão é alvo de muitas críticas, notadamente envolvendo os casos de autocensura e as disparidades sociais e econômicas, em um cenário em que nem todas as classes e grupos tem as mesmas possibilidades de acesso aos meios de comunicação e, portanto, as ideias, interesses, necessidades das classes mais providas tendem a prevalecer no campo da verdade<sup>82</sup>.

De todo modo, nos dizeres de Jonatas Machado<sup>83</sup>, “o mercado livre de ideias, a despeito das suas imperfeições, traduz os valores fundamentais da descentralização da produção e difusão de ideias e da autonomia individual na adesão ou no abandono das mesmas, bem como na estruturação dos procedimentos comunicativos de acordo com o princípio da persuasão, nos termos do qual o Estado não pode suprimir um discurso com base no facto de que o mesmo tem a capacidade para persuadir as pessoas”.

Aliados às finalidades anteriores, a teoria da autodeterminação democrática admite que a liberdade de expressão é essencial em uma sociedade democrática, pois permite ao cidadão

---

<sup>80</sup> Segundo Mill, o mercado de ideias funciona como um lugar onde se põe a prova uma afirmação mediante a sua competição com ideias contrárias, e desse debate surge a verdade, possibilitando que o público possa informar-se para decidir e se autogovernar. TOLLER, Fernando M. *O formalismo da liberdade de expressão: Discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 26

<sup>81</sup> Rosenfeld salienta que há uma diferença entre a interpretação de Mill e a de Homes, no sentido de que Mill baseava a sua defesa na liberdade de expressão em um ponto de vista mais otimista, em que a verdade sempre triunfaria sobre as concepções erradas, enquanto Holmes em uma visão mais cética e pessimista, baseava a a sua defesa na liberdade de expressão no mercado livre de ideias, sob fundamento de que tal abordagem diminuiria a possibilidade de que a expressão fosse suprimida com base em falsidades e ainda incentivaria os indivíduos a desenvolver um senso de dúvidas sobre às próprias certezas. ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis*. Cardozo Law School. Working Paper Series No. 41, 2001, p. 17. Disponível em »[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)« Acesso em 23 de abril de 2016.

<sup>82</sup> SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problema of Free Speech*, New York: The Free Press, 1995, pp. 17 - 51

<sup>83</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 254

emitir juízos críticos no processo político, formar uma opinião pública e participar livremente da eleição de seus representantes, garantindo, sobretudo, a proteção do discurso minoritário e garantia do discurso contra-majoritário político, para assegurar uma diversidade de opiniões.

Neste sentido, Robert Dahl<sup>84</sup> afirma que a liberdade de expressão e a diversidade de fontes de informação representam instituições políticas básicas que devem reunir toda democracia, de forma que estas são exigidas para que os cidadãos possam participar efetivamente da vida pública e adquirir uma compreensão substancial das ações políticas governamentais possíveis. E conclui afirmando que sem a liberdade de expressão os cidadãos acabariam perdendo sua capacidade de influenciar na agenda das decisões políticas, cidadãos silenciosos podem ser facilmente submetidos a governos autoritários, o que seria um desastre para a democracia<sup>85</sup>.

No entanto, esta teoria é criticada por alguns doutrinadores no sentido de que ela privilegia o discurso político em detrimento de outras formas de expressão, ao passo que enseja em uma menor proteção aos discursos não destinados exclusivamente às questões de interesse público, proporcionando a supressão de expressões não relacionadas a questões políticas<sup>86</sup>.

Ademais, nessa matriz teórica o discurso político seria absolutamente imune e as demais formas de expressão estariam sujeitas a controle e regulamentação. É o caso, por exemplo, da inviolabilidade dos parlamentares por suas palavras e opiniões, reconhecida por algumas constituições. No caso de discursos do ódio contra grupos estigmatizados, suas identidades poderiam ser afetadas de tal forma que influenciaria no poder de expressão desses, na medida em que estes não estão ao abrigo da prerrogativa parlamentar<sup>87</sup>. Com efeito, Fiss defende que nesses casos o dever do Estado seria de fortalecer o discurso do grupo estigmatizado

---

<sup>84</sup> DAHL, Robert. La democracia. *Uma guía para los ciudadanos*. Taurus, 1999, p. 112

<sup>85</sup> Neste sentido, o Comitê de Direitos humanos afirma que “A livre comunicação de informações e ideias sobre questões públicas e políticas entre os cidadãos e cidadãs, os candidatos e os representantes eleitos é essencial”. Comentário Geral do Comitê de direitos humanos da ONU 25, de 12 de julho de 1996.

<sup>86</sup> Com efeito, o argumento da democracia deve ser reformulado em termos de um direito igual de participação no debate público, considerando inclusive expressões que versam sobre matérias apolíticas, como artes, estética, entretenimento, sexualidade, etc. BAREND, Eric *Freedom of Speech*, Oxford : Clarendon Press, 1985, p. 72/73.

<sup>87</sup> RODRIGUES JUNIOR. Álvaro. Op. cit., p. 67.

e limitar o discurso do ofensor, mesmo àqueles considerados políticos, como o discurso de um político contra homossexuais<sup>88</sup>.

Com efeito, acabam refletindo-se outras finalidades da liberdade de expressão, como: o controlo da atividade governativa e do exercício do poder; a esfera de discurso público e da opinião pública; a garantia da diversidade de opiniões; e a transformação pacífica da sociedade.

Conforme já foi possível compreender a liberdade de expressão representa um elemento fundamental no controle do exercício do poder governamental, notadamente, a partir da atuação da imprensa e dos meios de comunicação, na medida em que estes realizam a fiscalização da atuação dos poderes públicos<sup>89</sup>, promovendo uma maior transparência da gestão pública e de seus governantes.

Na sequência, a esfera do discurso público e da opinião pública se apresenta como uma finalidade primordial da liberdade de expressão e neste sentido Samantha Meyer-Pflug<sup>90</sup> sustenta que “por meio do exercício da liberdade de expressão, é possível criar um espaço público racional de ideias, ou seja, uma esfera livre de debates e opiniões”.

Vale dizer que esta relação de comunicação entre os homens promove o seu desenvolvimento intelectual e espiritual, sobretudo, a partir de opiniões e ideias divergentes<sup>91,92</sup>, que constituem elementos fundamentais para construção de diferentes concepções políticas,

---

<sup>88</sup> FISS, Owen. *The irony of free speech*. Cambridge : Harvard University Press, 1996, p 26

<sup>89</sup> A CEDH já se manifestou neste sentido ao afirmar que “Freedom of the press affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of their political leaders. In particular, it gives politicians the opportunity to reflect and comment on the preoccupations of public opinion; it thus enables everyone to participate in the free political debate which is at the very core of the concept of a democratic society”. CEDH, *Caso Castells v. Spain* (App. n.º. 11798/85), de 23 de abril de 1992. Igualmente, no caso *Axel Springer AG v. Germany*, a CEDH afirmou “It reiterated that the role of the press was to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest. In the political arena, freedom of expression was of the utmost importance and the press had a vital role as public “watchdog”. CEDH, *Caso Axel Springer AG (no. 2) v. Germany* (App. n.º. 48311/10), de 04 de novembro de 2014.

<sup>90</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 77

<sup>91</sup> “Acresce-se que uma proteção constitucional robusta da liberdade de expressão no seio de uma sociedade democrática não assenta no postulado de que a comunicação é sempre inócua e inofensiva, justificando-se, *prima facie*, mesmo em casos em que a mesma se reveste de um carácter socialmente provocatório, ofensivo e mesmo danoso”. CANOTILHO, J. J. Gomes. MACHADO, Jónatas E. M “Reality Shows” ... Op. cit., pp. 15/16

<sup>92</sup> “A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não — até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista” MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de ... Op.cit.*, p. 392



filosóficas, religiosas, sociais, dentre outras, imprescindíveis para a formulação de decisões individuais e coletivas na estrutura democrática.

O Corte Europeia de Direitos humanos acompanha essa linha de entendimento, ao afirmar, no famoso caso *Handyside v. the United Kingdom*, de 07 de Dezembro de 1976<sup>93</sup>, que "informações" ou "idéias" que ofendem, chocam ou inquietam o Estado ou qualquer setor da população, são exigências do pluralismo, da tolerância e da mente ampla. São fundamentos intrínsecos de uma sociedade democrática. De todo modo, salienta que quem exerce a sua liberdade de expressão compromete-se aos "direitos e responsabilidades" que não podem ser ignorados quando se indaga, se "restrições" ou "penas" foram propícios para a "proteção da moral" que os fizeram "necessário" em uma "sociedade democrática".

Na mesma ordem de ideias a Corte Interamericana se manifestou reiteradas vezes no sentido que uma sociedade democrática exige pluralismo, tolerância e uma abertura de espírito<sup>94</sup>.

Nessa linha, a acomodação de interesses e transformação pacífica da sociedade, apoiam-se na ideia de que a liberdade de expressão, inserida em uma sociedade com uma relação de confiança com o Estado, contribui para a estabilidade, ordem e paz social, fomentando a tolerância entre opiniões divergentes<sup>95</sup>.

Por fim, a concepção da liberdade de expressão pode ainda ser traduzida de duas formas, enquanto um valor autônomo em si mesmo ou enquanto uma visão multifuncional do direito em causa.

Thomas Emerson defende que autonomia individual se baseia na liberdade de cada um para formar as suas crenças e concepções e de as comunicar aos outros da forma que entender

---

<sup>93</sup> "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". This means, amongst other things, that every "formality", "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued". CEDH, *Caso Handyside v. Reino Unido* (App. n.º. 5493/72), de 07 de Dezembro de 1976.

<sup>94</sup> CIDH, *Caso Herrera Ulloa V. Costa Rica*, de 02 de julho de 2004. Serie C n.º. 107, párr. 113; CIDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*. de 05 de fevereiro de 2001. CIDH, *Caso Perozo y otros v. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. de 28 de Janeiro de 2009.

<sup>95</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 283

adequada<sup>96</sup>. Nessa linha, E. Baker<sup>97</sup> aponta que a estrutura do sistema democrático deve seguir primordialmente os valores de igualdade e autonomia, na medida que estes promovem o desenvolvimento da personalidade individual, o florescimento e realização pessoal, garantindo, portanto, a soberania racional individual em detrimento da autodeterminação coletiva.

No entanto, a doutrina critica a exclusividade desta teoria, pois em que pese sua relevância no desenvolvimento dos indivíduos ela traduz em algumas falhas. Neste sentido, Jónatas destaca algumas questões a saber: qual a razão para a proteção específica da liberdade de expressão e não, de outras condutas igualmente dedutíveis de autorealização individual? Em que medida é que se pode restringir a liberdade de expressão em diferentes casos concretos? Ou o que fazer quando uma determinada expressão, fundamentada na autorealização, coloca em causa a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de outrem?<sup>98</sup>

E então conclui que “ainda que os valores da expressão e da autonomia individuais sejam fundamentais para a concretização hermenêutica-constitucional dos direitos fundamentais em estudo, a verdade é que eles não conseguem captar todas as suas virtualidades teóricas e práticas”<sup>99</sup>.

Desta forma, conforme foi possível compreender, nenhuma das finalidades isoladamente são capazes de contemplar todas as formas de discurso e por isso, adotar a teoria multifuncional e multi-sistêmica da liberdade de expressão se mostra o meio mais compatível para compreender este complexo direito. A partir de tal concepção, as liberdades de comunicação, se apresentam em diferentes subsistemas de ação social, restando consagradas na reflexão ética e moral, filosófica, religiosa, artes, desporto, investigações científicas, etc.

O contexto vislumbrado nas finalidades expostas abrange, portanto, um debate de respeito mútuo, sobre os mais diversos interesses, no qual cada indivíduo se expressa, ouve e

---

<sup>96</sup> Ibid, p. 286

<sup>97</sup> “Democracy embodies liberty in the sense that it expands the possibility of self-determination. Since many human objectives and many aspects of human flourishing require collective agreement or the maintenance of collective structures, democratic politics and government are necessary for self-determination. And democracy embodies equality in the sense that everyone has at least the same formal right to participate and control collective outcomes...” BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press. 1989, p. 278.

<sup>98</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 287

<sup>99</sup> Ibid., p. 288

reflete sobre os argumentos apresentados pelos outros, e até, eventualmente, revê as suas próprias opiniões<sup>100</sup>.

Com efeito, muitos doutrinadores reconhecem que este cenário não se harmoniza com o discurso do ódio, que se encontra mais próximo de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões<sup>101</sup>.

### 3.2 Discurso do ódio: Conceito, efeitos e limites

#### 3.2.1 Estrutura conceitual

Em um primeiro momento, antes de adentrar em qualquer comparação entre ordenamentos jurídicos em particular, cumpre elucidar brevemente qual a conotação abarca o instituto do discurso do ódio.

A abordagem conceitual sobre o tema se apresenta de suma importância para o tratamento jurídico do fenômeno, notadamente, para harmonizar direitos fundamentais que colidam entre si ou mesmo para a consolidação e a compreensão conceitual sobre o tema<sup>102</sup>.

No tocante as orientações conceituais sobre discurso do ódio fornecidos pela doutrina, Samanta Ribeiro Meyer-Pflug, define o discurso do ódio como toda a manifestação de ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias<sup>103</sup>.

No entanto, vale frisar que uma manifestação eventualmente ofensiva pode contemplar diversas esferas, tais como gênero, orientação sexual, posição política, identidade, dentre outras. E neste sentido, é inevitável concluir que nem todas as instâncias contemporâneas de discurso do ódio são iguais, e, portanto, qualquer avaliação sobre, como ou quanto, o discurso do ódio deve ser proibido variam de acordo com alguns parâmetros como: o indivíduo ou grupo envolvido e o que, onde e em que circunstâncias são vislumbrados esses casos<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> “Este ambiente – descrito por Habermas como o de uma “situação ideal de discurso” – é uma idealização contrafática que não se reproduz integralmente em nenhuma sociedade, mas que, como idéia regulativa, deve orientar a praxis política que tenha como objetivo chegar a resultados mais justos e aceitáveis por todos”. CHEQUER, Claudio. Op. cit., p. 31

<sup>101</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 31

<sup>102</sup> SCHÄFER, Gilberto. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. *Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar*. Brasília: Revista de Informação Legislativa. a. 52 n. 207, 2015, p. 146

<sup>103</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op.cit, p. 97

<sup>104</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 6.

Com efeito, Brugger define o discurso do ódio de forma categórica como a utilização de palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou, simplesmente, que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação<sup>105</sup>.

Desta forma, Brugger consegue contemplar uma série de esferas, ressaltando de forma mais abrangente todos os seus efeitos (insultar, assediar, intimidar ou instigar a violência, ódio ou discriminação).

Rosenfeld<sup>106</sup>, atribui ao discurso do ódio uma dupla dimensão conceitual: o “hate speech in form” e o “hate speech in substance”. O “hate speech in form” cinge todas as manifestações visivelmente odiosas, enquanto o “hate speech in substance” relaciona-se aos discursos de ódio mais latentes, como enunciados de negações do Holocausto ou outras mensagens codificadas que não traduzem explicitamente insultos, mas tem a intenção de transmitir o ódio ou desprezo, estes, por vezes mais difíceis de identificar.

Brugger<sup>107</sup> acrescenta ainda três modalidades do discurso do ódio, a primeira delas é a agressão a honra de indivíduos mediante insulto intencional. A honra, entendida como o status de uma pessoa que goza de direitos iguais e que merece respeito como membro da comunidade humana independentemente de êxitos individuais, pode ser violada mediante um ataque verbal de inferioridade racial ou de negação da condição humana em analogia com animais. A honra pode ser entendida também como à preservação de padrões mínimos de mútuo respeito ou civilidade em público, independentemente dos sentimentos pessoais que alguém possa ter sobre elas ou ainda pode fazer referência a difamação, esta traduzida por afirmativas de fatos com intuito de prejudicar a reputação de outrem perante a sua comunidade.

A segunda modalidade é o insulto coletivo, em que Brugger, fazendo referência ao Código Penal alemão, destaca quatro requisitos que o caracterizam: (i) o grupo atacado deve ser pequeno, em relação aos demais; (ii) as características do grupo devem diferir das do público em geral; (iii) a declaração difamatória deve atacar todos os membros do grupo e; (iv) a crítica

---

<sup>105</sup> BRUGGER, Winfried. *Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano*. Revista de Direito público nº 15 – doutrina estrangeira, Trad. Maria Angela Jardim Oliveira 2007, p. 118

<sup>106</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 8.

<sup>107</sup> BRUGGER, Winfried. Op.cit., pp. 124 - 136

derrogatória deve ser fundada em critérios inalteráveis ou que são atribuídos por um grupo maior da sociedade, sobretudo, por perfis étnicas, raciais, físicas ou mentais .

A respeito dessas duas modalidades, Thweatt, nos seus estudos sobre discurso do ódio, afirma que não obstante o ódio atingir grupos minoritários (raça, cultura, orientação sexual, gênero, pobreza, etc.), o alvo principal do ódio é a desvalorização do outro<sup>108</sup>.

Em sentido contrário, Coderch afirma que o discurso do ódio não é voltado exclusivamente para um indivíduo específico, pois um insulto pode não ser direcionado para as características particulares de um indivíduo, mas do grupo que este pertence. “Nas manifestações de ódio, os destinatários são feridos por pertencerem a um determinado grupo que é discriminado. É dizer, o indivíduo é violado exatamente naquilo que o identifica como pertencente daquele determinado setor da sociedade”<sup>109</sup>. Ou seja, o indivíduo não é o foco principal por seus aspectos pessoais, mas sim por vincular-se a um determinado grupo, que é o alvo do discurso.

Fato é que qualquer discurso proferido contra um indivíduo, afetará o segmento social ao qual ele esteja vinculado, na sua integralidade, traduzindo-se, portanto, em um dano não divisível e difuso em sua extensão.

A última modalidade destacada por Brugger, refere-se à negação de fatos consolidados como verdadeiros, como o Holocausto, modalidade comumente tutelada na cultura germânica. Como por exemplo verifica-se no caso *Perinçek v. Suíça*<sup>110</sup>, em que Doğu Perinçek, um cidadão turco, político, foi condenado pelo Tribunal da Suíça por ter afirmado que o banimento e o morticínio ocorridos no Império Otomano, entre 1915 e 1923 não eram qualificados como Genocídio Armênio. O caso foi julgado em 15 de outubro de 2015, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que reconheceu, em suma, que houve uma violação ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao não garantir o exercício do direito à liberdade de expressão à Perinçek.

---

<sup>108</sup> THWEATT, Elizabeth. *Bibliography of Hate Studies Materials*, 2001, p. 168. Disponível em »<http://journals.gonzaga.edu/index.php/johs/issue/archive>« acesso em 30 de abril de 2016

<sup>109</sup> CODERCH, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 36. *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit.

<sup>110</sup> CEDH, Caso *Perinçek v. Suíça* (App. n.º 27510/08), de 15 de outubro de 2015.

Nesta terceira modalidade torna-se visível o fato de como a cultura e a história de cada Estado resulta no tratamento diverso de direitos, notadamente, sobre a proteção do discurso do ódio. Como por exemplo na Alemanha em que a negação ao Holocausto é considerada crime e nos Estados Unidos, em que a limitação da liberdade de expressão é significativamente menor, não há tipificação sobre este tipo de conduta.

Diante do exposto, de forma geral, é possível concluir que o discurso do ódio, é proferido por membros de uma maioria dominante e direcionado a grupos minoritários, traduzindo em profundas consequências no estatuto social de cada um dos membros deste último<sup>111</sup>.

Todavia, vale ressaltar que o inverso também é possível, ou seja, o discurso pode ser proferido por grupos que foram alvo de discriminação contra um membro do grupo dominante. No entanto, nessas situações, o discurso não tem imperiosamente uma intenção discriminatória e depreciativa, mas sim de retaliação pelas ofensas sofridas pelo grupo minoritário, mas que se direciona contra uma parte inocente do grupo dominante. Com efeito, gera-se uma situação em que o discurso se volta não diretamente contra os membros que causaram as ofensas, mas sim contra os membros inocentes daquele grupo, e, portanto, deixa de ser uma forma de defesa e passa a ser uma expressão de ódio contra pessoas tão inocentes quanto a própria minoria que o está proferindo<sup>112</sup>.

De todo modo, é inegável que eventuais insultos provocados por um grupo minoritário contra um grupo dominante não devem ter o mesmo tratamento quando se avalia o conteúdo do discurso, uma vez que o nível dos efeitos gerados contra estes se apresenta ínfimo quando comparado ao caso inverso. É o caso por exemplo de insultos de negros contra brancos em uma sociedade marcada pela escravidão<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 189

<sup>112</sup> “(...) a geração atual de cidadãos não foi responsável pelas atrocidades do passado, e não pode ser culpada por esses fatos históricos. Não há negar-se que deve prevalecer a solidariedade de modo que o sistema deve propiciar a integração desses setores da sociedade que foram por longo período excluídos, mas responsabilizar essa geração pelas atrocidades e erros do passado ultrapassa o limite do razoável.” MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op.cit, pp. 100 - 101

<sup>113</sup> “one problem is that those who are secure in a favored status can accept denigrating terms that apply to their privileged position with less distress than can those who know the terms reflect a wide dislike of their group. For example, in most context in our society, "honkey" hurts a lot less than "nigger”. GREENAWALT, Kent. *Fighting words, individuals, Communities and Liberties of Speech*, Princeton, N.J., 1995, p. 55

Por outro lado, contra este cenário, o discurso do ódio também gera o efeito silenciador<sup>114</sup> nos grupos e indivíduos atingidos, na medida em que as vítimas das expressões de ódio, intolerância e preconceito, se sentem abaladas, humilhadas e desprotegidas pelo Estado que se recusa a protegê-las, e acabam se reprimindo e se ocultando do debate público e limitando, por conseguinte, a multiplicidade de manifestações e debates<sup>115</sup>.

Este silenciamento indica para a exigência de uma intervenção corretiva do Estado<sup>116</sup>, para fortalecer a voz dos grupos sociais mais desfavorecidos e garantir a distribuição equitativa das oportunidades comunicativas, destituindo, assim, as hierarquias sociais tradicionais da atual doutrina da liberdade de expressão e garantindo o debate e a manifestação de expressão dos mais diversos grupos sociais<sup>117</sup>.

Em suma, portanto, podemos concluir que o discurso do ódio mais comumente contempla todas as manifestações do pensamento por mensagens e expressões, de conteúdo racistas, xenófobas, homofóbicas, misógenas entre outras variáveis, que tenha o intuito de insultar, discriminar e estigmatizar, desqualificar, gerar violência ou humilhar determinado grupo como um todo e os indivíduos vinculados ao mesmo. Ou seja, há uma valoração negativa, no qual o indivíduo que profere discriminações e estigmatizações intencionalmente, tem como objetivo central negar um estatuto de igualdade aos seus destinatários, cerceando, por conseguinte, a igual dignidade da pessoa humana.

---

<sup>114</sup> “Such speech degrades the objects of abuse, silences them through fear, does them psychological damage, and creates a smarmy and nauseating culture that harms women and minorities”. WOLFSON, Nicholas. *Hate speech, sex speech, free speech*. Westport, Conn. 1997, p. 2. FISS, Owen. Op. cit., pp. 5 – 26

<sup>115</sup> “the subordinated victims of fighting words also are silenced by their relatively powerless position in society. (...) the risk forces targets to remain silent and submissive”, Cf. LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: Regulating Racist speech on Campus, Duke Law, Journal 1990. In: *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, Mari J. Matsuda, Charles R. Lawrence III, Richard Delgado & Kimberlé Williams Crenshaw. Westview Press, 1993, p. 69.

<sup>116</sup> “a more powerful state creates dangers, there is no denying that, but the risk of these dangers materializing and an estimate of the harm that they will bring into being has to be weighted against the good that might be accomplished. We should never forget the potential of the state for oppression, never, but at the same time, we must contemplate the possibility that the state will use its considerable powers to promote goals that lie at the core of a democratic society - equality and perhaps free speech itself”. FISS, Owen. Op. cit., p. 26

<sup>117</sup> Nesse sentido, Jónatas atenta para o fato de que, não obstante, eventual intervenção estatal contribuir para a pluralidade de ideias e a igual dignidade da pessoa humana, é discutível até que ponto a restrição da Liberdade de expressão não afetaria a esfera da discussão pública. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., pp. 189 - 191

Adicionalmente, observa-se ainda que o ódio pode ser expresso no contexto do discurso positivo, do amor exagerado, nos casos de idolatria, chauvinismo, nacionalismo, bairrismo, afirmação de classe, credo, raça etc, que implicam diretamente na premissa de uma subvalorização do outro<sup>118</sup>.

No entanto, para que uma manifestação seja consagrada como discurso do ódio não basta uma mera discordância a respeito da raça, gênero, orientação sexual, cultura, religião, condição social ou qualquer outra motivação contra um indivíduo, em que pese não serem moralmente aprovadas na sociedade, é preciso discernir a crítica do discurso do ódio.

Com efeito, Candido Neto<sup>119</sup> expõe uma reflexão importante no sentido de que a crítica, como uma ideia ou opinião divergente, é comumente confundida com o discurso do ódio devido a sua afinidade semântica ou de conteúdo. No entanto, há um diferencial entre ambos, na medida em que “a ira conduz/induz à irracionalidade ou sortidez em palavras ou atos enquanto o ato de criticar se pauta na discordância lógica, mesmo quando feroz, no contexto plural. Ou seja, o direito de criticar é legítimo e integra o Estado Democrático de direito, garantindo uma pluralidade de opiniões e, por conseguinte, o desenvolvimento da sociedade.

De todo modo, não obstante as considerações conceituais expostas, sob a ótica pragmática, o discurso do ódio enfrenta a dificuldade de ser identificado com clareza nos casos concretos, de forma que, por vezes, diante de determinados discursos, paira uma incerteza entre a proteção ou a restrição da Liberdade de expressão.

Ou seja, em que pese suas formas conceituais, não há uma forma inequívoca para identificar o discurso do ódio, ocasião em que sua identificação é realizada conforme o contexto inserido, a cultura, a história, os sujeitos envolvidos, os efeitos e, sobretudo, a compreensão de cada ordenamento jurídico em particular.

### 3.2.2 Da liberdade à tolerância

---

<sup>118</sup> HOEPFNER, Soraya Guimarães. *Apontamentos sobre a questão ético-midiática do discurso de ódio na rede social*. Brasília: Revista Esfera. Ano 3, n. 4, 2014, p. 23

<sup>119</sup> NETO, Cândido Alexandrino Barreto, *O direito de criticar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação ao Programa de Pós graduação em Direito na Universidade de Fortaleza. 2015, pp. 97 - 98



É inevitável tratar sobre a liberdade de expressão e o discurso do ódio sem abordar o valor da tolerância.

Nos dizeres de Scalon<sup>120</sup>, a tolerância nos obriga a aceitar as pessoas e permitir as suas práticas, mesmo quando nós as desaprovamos fortemente. Aceitar e respeitar o próximo na medida da sua diferença, é fundamental na atual sociedade marcada pela crescente diversidade (racial, étnica, cultural, religiosa e etc.), sobretudo, para garantir os valores da liberdade e da igualdade entre os indivíduos e promover a justiça<sup>121</sup>.

Entretanto, Bobbio, na sua obra “A era dos direitos”, assenta que o problema da tolerância deve ser tratado de forma diferente a depender do valor em causa. Nesse sentido, expõe o fato de que há uma diferença evidente entre o problema da tolerância de crenças e opiniões diversas, em que se coloca em causa uma compatibilidade teórica ou prática de verdades e o problema da tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais, que implica, portanto, no preconceito e na discriminação. Portanto, as razões para defesa entre tais tolerâncias não podem ser as mesmas<sup>122</sup>.

Nesse passo, Bobbio pondera que não pode ser atribuído um valor absoluto à tolerância e defende que a tolerância deve ser atribuída a todos, exceto àqueles que negam o princípio da tolerância. Entretanto, salienta que existem vários graus de tolerabilidade e diversas formas de se manifestar. Por fim, conclui que “É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão”<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> SCALON, Tim. *The difficulty of tolerance: Essays in political philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 197

<sup>121</sup> Cohen-Almagor sustenta que “Tolerance is composed of three main components: (1) a Strong disapproving attitude toward a certain conduct, action or speech; (2) power or authority to curtail the disturbing conduct; and (3) moral overriding principles which sway the doer not to exert his or her power or authority to curtail the said conduct”. COHEN-ALMAGOR, Raphael. *The Scope of Tolerance: Studies on the costs of free expression. and freedom of the press*. New York: Routledge. 2006, p. 26

<sup>122</sup> Nesse sentido, Bobbio completa: “De certo, também a convicção de possuir a verdade pode ser falsa e assumir a forma de um preconceito. Mas é um preconceito que se combate de modo inteiramente diverso: não se podem pôr no mesmo plano os argumentos utilizados para convencer o fiel de uma Igreja ou o seguidor de um partido a admitir a presença de outras confissões e de outros partidos, por um lado, e, por outro, os argumentos que se devem aduzir para convencer um branco a conviver pacificamente com um negro, um turinês com um sulista, a não discriminar social e legalmente um homossexual, etc”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 86.

<sup>123</sup> Ibid. p. 91

Popper<sup>124</sup>, por sua vez, sustenta a teoria do “paradoxo da tolerância”, em que argumenta que “ tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância”. Não é sempre que se deve suprimir as manifestações de filosofias intolerantes, enquanto for possível contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão não seria a melhor opção, mas que se proclame o direito de supressão caso necessário. Ou seja, Popper explica que não se deveria tolerar aquele, que atentaria contra a própria tolerância, cabendo ao Estado, neste caso, reter o poder de coibir e punir tais intolerantes.

Com efeito, Sarmiento<sup>125</sup> afirma que a relação entre a tolerância e a liberdade de expressão é incontestável, uma vez que esta última atribui à sociedade o respeito ao direito de cada um de pensar e de expor opiniões, mesmo aquelas que desagradam profundamente. E, portanto, a discussão sobre o discurso do ódio é, em grande parte, um debate sobre os limites da tolerância.

Em linha com a posição liberal americana, Dworkin<sup>126</sup> defende que a tolerância de um discurso político odioso, de início, pode implicar um estado de vulnerabilidade da sociedade, no entanto, a longo prazo, seus efeitos se tornam melhores para o cumprimento dos objetivos que devemos estabelecer para nós mesmos e, notadamente, por garantir a ampla proteção à liberdade de expressão.

E é nesse aspecto que a doutrina e a jurisprudência se dividem: qual grau de tolerabilidade quando estão em causa os valores da liberdade de expressão e demais direitos fundamentais e do discurso do ódio?

Nos dizeres de Bollinger<sup>127</sup>, a proteção ao discurso do ódio é sustentável, na medida que haja um desenvolvimento da tolerância dentro da sociedade, e nesse sentido ele propõe uma teoria denominada autocontenção (self-restraint). De acordo com essa teoria, a manifestação de expressões, sobretudo, abomináveis, traduz de forma positiva o desenvolvimento da tolerância e do autocontrole emocional.

---

<sup>124</sup> POPPER, Sir Karl R. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1974, p. 289.

<sup>125</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit.. p. 39.

<sup>126</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 523.

<sup>127</sup> BOLLINGER, Lee C. *The Tolerant Society*. New York: Oxford University Press, 1986, pp. 120, 143

Por outro lado, Jeremy Waldron<sup>128</sup> sustenta que “os custos do discurso do ódio não estão distribuídos uniformemente em toda a comunidade que supostamente deveria tolerá-los. Os racistas do mundo podem não prejudicar às pessoas que dizem que eles devem ser tolerados, mas logo elas são retratadas como animais (...) Antes de concluir que tolerar esse tipo de discurso ajuda a construir o caráter, devemos falar com aqueles que são retratados desta forma”.

Nessa linha, Sarmiento<sup>129</sup>, em que pese defender a tolerância das diferenças, principalmente, na atual sociedade pluralista, destaca que o raciocínio de Bollinger não deve prosperar, pois partindo dessa concepção, quem mais sofreria seus efeitos seriam os membros dos grupos já estigmatizados. A submissão das vítimas a um nível irrestrito de tolerância provocaria, na verdade, a distribuição desigual desse ônus social e a disseminação do preconceito contra minorias estigmatizadas, e, portanto, seria improvável que a proteção ao discurso do ódio promova a ideia de tolerância<sup>130</sup>.

Mari Matsuda<sup>131</sup>, argumenta que a tolerância do discurso do ódio não é suportada pela comunidade em geral, mas, pelo contrário, é um preço psíquico<sup>132</sup> imposto aos menos capazes de pagar. Ademais, além dos efeitos psicológicos nocivos às suas vítimas, a tolerância a determinadas manifestações de ódio pode implicar em sofrimentos físicos que vão desde dificuldade de respirar, hipertensão, psicose e até suicídio.

De todo modo, os efeitos nocivos do discurso do ódio não afetam somente os membros dos grupos estigmatizados, mas toda a sociedade. Os próprios grupos sofrem um estranhamento da sociedade em termos de perda da identidade cultural e da própria reputação perante a sociedade. Por conseguinte, a sociedade torna-se mais sensível pois a intolerância e a segregação impedem participação igualitária de todos no processo democrático<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 7

<sup>129</sup> SARMENTO, Daniel. *Liberdade*. Op. cit. p. 40

<sup>130</sup> Id.

<sup>131</sup> Cf. Mari J. Matsuda. “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”. In: *Words that Wound: Critical Race Theory, ... Op.cit.*, p. Pp, 18 - 24

<sup>132</sup> A Suprema Corte do Canadá já se manifestou nesse sentido ao afirmar que “It is indisputable that the emotional damage caused by words may be of grave psychological and social consequence” SUPREMA CORTE DO CANADA. R. v. Keegstra (3 S.C.R. 697), de 13 de dezembro de 1990.

<sup>133</sup> BAKIRCIOLGLU, Onder. *Freedom of Expression and Hate Speech*. Heinonline, 16 Tulsa. J. Comp.& Int’l L. 2008, p. 5

Com efeito, contrária a posição liberal norte americana mais radical, a Corte Europeia de Direitos Humanos já se manifestou reiteradas vezes nesse sentido, ao reconhecer que tolerância e respeito pela igual dignidade de todos os seres humanos constituem os alicerces de uma sociedade democrática e pluralista e eventuais formalidades, condições, restrições ou sanções impostas, são proporcionais ao objetivo legítimo perseguido<sup>134</sup>.

Como exemplo, cita-se o caso, *Pavel Ivanov v. Russia*<sup>135</sup>, julgado em 20 de fevereiro de 2007, em que o proprietário e editor de um jornal foi condenado por incitação pública ao ódio étnico, racial e religioso por meio do uso de meios de comunicação social, negando aos judeus o direito à dignidade nacional, defendendo sua exclusão da vida social e retratando os judeus como a fonte do mal na Rússia. Na sentença, o Tribunal considerou que tais declarações possuíam veemente incitação ao ódio sobre um grupo étnico, não respeitando os valores subjacentes da Convenção, nomeadamente a tolerância, a paz social e a não discriminação, e fundamentado no Artigo 17 (Proibição do abuso de direito) da Convenção, a recorrente não fazia jus a proteção conferida pelo artigo 10 (liberdade de expressão) da Convenção.

Às vezes, menos democracia é realmente mais democracia, pois embora a liberdade de expressão seja um valor importante, ele não é único. A dignidade humana, a igualdade, a liberdade de viver sem assédio e intimidação, a harmonia social, o respeito mútuo, e proteção de seu bom nome e honra também são fundamentais para a boa vida e merecem ser protegidos. Porque esses valores em conflitos, quer intrinsecamente quer em contextos particulares, precisam ser equilibrados<sup>136</sup>.

A questão do grau de tolerabilidade que uma democracia liberal é capaz de tolerar contempla o cenário internacional há anos e conforme foi brevemente demonstrado, o tema ainda não é pacífico, havendo uma disparidade entre os ordenamentos jurídicos. Enquanto países, como os Estados Unidos defendem veemente a liberdade de expressão, protegendo alguns discursos de conteúdo puramente preconceituoso e discriminatório, os países europeus, como a Alemanha, marcada pelas discriminações que culminaram no Holocausto, tendem a

---

<sup>134</sup> CEDH, Caso *Erbakan v. Turkey* (App, nº. 59405/00), de 06 de Julho de 2006.

<sup>135</sup> CEDH, Caso *Pavel Ivanov v. Russia* (App. nº. 35222/04), de 20 Fevereiro de 2007.

<sup>136</sup> The British House of Lords member Bhikhu Parekh In: HEINZE, Eric, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, New York: Oxford University Press, 2016, p. 3

vedar discursos do ódio, ponderando, entretanto, a relevância da liberdade de expressão para matérias de interesse público.

A questão torna-se ainda mais complexa em razão do desenvolvimento das tecnologias e a expansão da internet, que suprimiu as fronteiras, permitindo um maior fluxo de informações entre países, possibilitando, por conseguinte, a disseminação das mais diversas manifestações. Com efeito, devido a essa hipertrofia da Liberdade de expressão, é imprescindível uma revisão da hermenêutica envolvendo manifestações de ideias, opiniões e discursos.

Gilmar Mendes<sup>137</sup> afirma que a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade e é uma questão um tanto paradigmática, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso.

É inevitável reconhecer que há uma dificuldade em traçar uma linha de restrição admissível. Nesse contexto, é lícito questionar: Em que medida deve-se tolerar o intolerante? Qual o grau de tolerabilidade dos discursos, ainda que repugnantes? Toda ofensa é uma incitação à violência? O discurso do ódio pode causar danos? Como medir estes danos?

Pois bem, não são questões com respostas inequívocas, até mesmo pelas variáveis concepções de liberdade de expressão e os diferentes ordenamentos jurídicos de cada país. De todo modo, com intuito de introduzir uma reflexão para tais questões, serão apresentados alguns aspectos e perspectivas sobre o tema em culturas jurídicas diversas, demonstrando as diferentes ponderações entre os ordenamentos e jurisprudências, para justificar os limites entre direitos fundamentais, notadamente, envolvendo a liberdade de expressão.

#### 4. CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DISCURSO DO ÓDIO E A RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

---

<sup>137</sup> MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em » [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discursos/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discursos/anexo/munster_port.pdf)« Acesso em 10 de Maio de 2016

#### 4.1 O discurso do ódio e a liberdade de expressão nas Cortes de Direitos Humanos e nos demais países democráticos: os standards normativos fixados e os padrões argumentativos adotados

O debate acerca dos limites envolvendo a liberdade de expressão e o discurso do ódio é uma questão de extrema relevância no atual contexto democrático, e embora seja uma polêmica antiga, muitos aspectos permanecem evasivos, sem uma linha definida.

O tema promove debates enfáticos no mundo todo, no qual as mais diversas instâncias internacionais de direitos humanos, Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais de diversos países já se manifestaram sobre o tema. Entretanto, conforme restará demonstrado, os ordenamentos não possuem um posicionamento unânime<sup>138</sup>, enquanto uns defendem a proteção das mais diversas ideias, incluindo àquelas que desprezamos e odiamos, para promoção de um debate livre de censura, outros defendem que manifestações de intolerância violam princípios como da dignidade da pessoa humana e da igualdade e, portanto, a liberdade de expressão deve ser limitada<sup>139</sup>.

Nessa linha, Winfried Brugger<sup>140</sup> sustenta que a forma pela qual os sistemas jurídicos devem lidar com o discurso do ódio é um ponto controvertido. Em princípio, tanto o direito constitucional moderno quanto o direito internacional não permitem ou proíbem o discurso do ódio de maneira consistente.

De todo modo, seu nível de proteção varia entre as comunidades, como por exemplo os Estados Unidos que adota uma ampla liberdade de expressão e, por conseguinte, assume uma maior proteção ao discurso do ódio do que a maioria dos ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, conforme restará demonstrado no presente capítulo, o sistema legal de países como o Espanha, Alemanha, Portugal, Brasil, e a maioria dos demais Estados modernos proíbem a disseminação de ideias hostis, principalmente contra grupos raciais. Por exemplo, o Reino Unido que reconhece uma incitação ao ódio racial em circunstâncias em que o acusado teve a intenção de estimular o ódio racial e a expressão utilizada seja de caráter ameaçador, abusivo ou insultuoso. Em vários outros países europeus, os sistemas jurídicos criminalizam a

---

<sup>138</sup> BRUGGER, Winfried. Op.cit., p. 118.

<sup>139</sup> COLIVER, Sandra. *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. vii.

<sup>140</sup> BRUGGER, Winfried. Op.cit., p. 117/118

expressão de pontos de vista que "meramente" difamam ou insultam os grupos raciais. Por exemplo, na Holanda, é uma ofensa criminal "manifestar publicamente expressões insultuosas dirigidas contra um grupo em razão da sua raça, religião ou convicção ou preferência sexual"<sup>141</sup>. Da mesma forma, os principais tratados internacionais de direitos humanos autorizam, e às vezes até mesmo exigem dos governos punição por manifestações de ódio por motivos nacionais, raciais ou religiosos. A exigência de uma proibição legal do discurso do ódio está incluída no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

#### 4.1.1 O sistema americano

Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é o primeiro direito amparado nas Emendas da constituição americana<sup>142</sup>, representando o princípio basilar da comunidade americana, traduzindo, portanto, em uma proteção da própria soberania popular e em uma doutrina mais libertadora do que as demais<sup>143</sup>.

Ronald Dworkin<sup>144</sup> assim afirmou que a função principal da Primeira Emenda é a proteção da expressão política, e demais proteções aos outros tipos de discurso derivam desta função principal.

Na tradição americana a liberdade de expressão política é um direito essencial para a democracia, pois ao fornecer aos eleitores a possibilidade de transmitir e receber as mais diversas opiniões e ideias políticas, permite um intercâmbio e uma discussão livre de ideias para alcançar a melhor decisão. Este cenário remete a ideia do "mercado livre de ideias" que, em suma, tem como premissa a firme convicção de que a verdade é mais provável de prevalecer na discussão aberta, mesmo que temporariamente promova ideias falsas<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> SADURSKI, Wojciech, *Freedom of Speech and its limits*. Sidney: Kluwer Academic Publishers. 1999, p. 179

<sup>142</sup> A Constituição americana consagrou a liberdade de expressão, por meio da Primeira Emenda de 1791. "Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances" U.S. Constitution.

<sup>143</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 11

<sup>144</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral Reading of the American Constituion*. New York: Oxford University Press Inc. 1996, p. 202

<sup>145</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 16/17

Com efeito, o direito à liberdade de expressão na doutrina americana representa um dos principais direitos fundamentais dos cidadãos americanos, cujo o objetivo precípua é fornecer um espaço para os indivíduos expressarem suas ideias e opiniões, provocar um debate público e livre entre os cidadãos, fornecer acesso livre às informações e assim, assegurar um regime democrático e uma pluralidade política.

Rosenfeld<sup>146</sup>, portanto, preconiza que a liberdade de expressão no direito americano deriva de quatro aspectos, quais sejam, a justificação da proteção da democracia, a justificação do contrato social, a busca da verdade e a autonomia individual.

No tocante aos assuntos de interesse público<sup>147</sup>, a Suprema Corte firmou uma maior amplitude a liberdade de expressão, sobretudo, com relação às críticas dirigidas contra o Estado, ao impedir, neste caso, que a imprensa seja responsabilizada por difamação ao Estado<sup>148</sup>, com exceção de comprovado dolo real ou eventual na acusação veiculada.

A proteção americana à liberdade de expressão confere também o direito as mais diversas manifestações simbólicas de ideias, como o uso de cartazes, camisetas e demais objetos; proteção à publicação de livros, revistas e jornais e suas respectivas editoras e distribuidoras<sup>149</sup>. Com relação a obscenidade a matéria ainda é controvertida nos Estados Unidos, em especial sobre qual a conotação mais adequada para identificar manifestações obscenas<sup>150</sup>.

Portanto, a liberdade de expressão americana consiste, via de regra, em uma ampla liberdade negativa conferida aos indivíduos, de forma que não sofram restrições quanto ao seu exercício.

---

<sup>146</sup> Ibid., p. 15

<sup>147</sup> “o judiciário americano esforça-se para ver além do elemento “ódio” no discurso suspeito, a fim de encontrar algum componente relacionado com o interesse público, mesmo se essa interpretação seja um tanto extensiva” BRUGGER, Winfried. Op.cit., p. 130

<sup>148</sup> Este entendimento foi estendido à outros indivíduos de notoriedade pública.

<sup>149</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op.cit., p. 135

<sup>150</sup> Atualmente, a maioria das doutrinas e jurisprudências acompanham o conceito definido no caso *Miller v. Califórnia* (413 U.S. 15), de 21 de junho de 1973, que preconiza os requisitos a seguir: a acusação prove que o trabalho proibido, no seu todo, apele para um lascivo interesse em sexo, descreva condutas sexuais de uma forma patentemente ofensiva e seja desprovido de sério valor artístico, político, científico ou literário. FISS, Owen. Op. cit., p. 20; 31



No dizeres de Rosenfeld<sup>151</sup>, em essência, o direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos são concebidos como pertencente ao indivíduo contra o estado e eles estão consagrados na Primeira Emenda da Constituição como uma proibição contra a interferência do governo, e não como uma imposição de um dever positivo do governo garantir a recepção e transmissão de ideias entre os seus cidadãos.

No entanto, é inevitável reconhecer que a liberdade de expressão no direito americano, deveria representar também uma liberdade positiva para assegurar o direito de cada um de se expressar sobre qualquer assunto, garantindo proteção, sobretudo, da ingerência do Poder Público nesse aspecto, vedando-se, portanto, a censura<sup>152</sup>. Ademais, depreende-se, ser imprescindível uma atuação estatal que garanta a participação da minoria, que por motivos sociais, econômicos ou políticos não tem a mesma igualdade de acesso para manifestação de suas ideias e opiniões.

Nesse quadro, a Suprema Corte Americana entende que a Primeira Emenda não veda uma regulação estatal, mas restringe essa regulação, de forma que eventuais restrições legais à liberdade de expressão sejam analisadas cautelosamente.

Com efeito, suas decisões são fundamentadas a partir do princípio da neutralidade<sup>153</sup> de conteúdo, que nos dizeres de Owen Fiss<sup>154</sup> consiste na proibição do Estado regular a expressão de opiniões pelo conteúdo, cabendo exclusivamente à sociedade discernir qual o melhor ponto de vista diante das manifestações de opiniões apresentadas.

No entanto, a liberdade de expressão americana passa a reconhecer alguns limites ao seu exercício quando em conflito com demais direitos constitucionais protegidos, o que permite

---

<sup>151</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 11

<sup>152</sup> Meyer-Pflug ainda completa ao afirmar que “em determinadas situações o Estado deve tomar medidas concretas para proteger a liberdade de expressão, como nos casos em que deve assegurar a uma minoria política, social, ou religiosa o direito de se expressar livremente. O Estado deve promover uma “liberdade de caráter público”. (...) a mera omissão estatal pode levar a supressão, ou melhor a negação ao direito de liberdade de expressão desses grupos minoritários”. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op.cit, p. 131/138.

<sup>153</sup> Nesse sentido, Jonatas Machado afirma que a neutralidade “tem como corolário a estruturação da esfera do discurso público, não escorada na afirmação coercitiva e perfeccionista de concepções mundividenciais determinadas nem de simples posições de privilégio ou de poder político ou econômico, mas com base em princípios intersubjectivamente válidos, razoavelmente acessíveis a todos os indivíduos como livres e iguais”. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 902

<sup>154</sup> FISS, Owen. Op. cit., p. 21.

ao Estado regular sobre determinados casos, em especial, a respeito das “*fighting words*”<sup>155</sup> e do discurso do ódio.

No que se refere as “*fighting words*”, não existem palavras previamente determinadas que as configurem, restando uma análise de cada caso concreto. De todo modo, a partir da decisão *Schenck v. United States*<sup>156</sup>, o juiz Oliver Holmes firmou o entendimento de que é permitido ao Estado limitar palavras provocadoras desde que esteja diante de um “perigo claro e iminente” (*clear and present*) de um caso concreto que venha a violar um outro direito fundamental.

No tocante ao tratamento do discurso do ódio, os Estados Unidos o reconhece unicamente como uma forma de discurso, e não de conduta<sup>157</sup>, portanto, eventuais restrições neste cenário, são analisadas de forma criteriosa, a depender do contexto inserido. Com efeito, é ponderada a viabilidade de uma determinada manifestação resultar efetivamente em uma ação iminentemente ilegal, de forma que a mera manifestação de uma ideia ou opinião em abstrato, não é suficiente para configurar sua restrição<sup>158</sup>.

No entanto, nos dizeres de Pablo Salvador Coderch<sup>159</sup>, o critério do “perigo claro e iminente” não se configura plenamente eficaz para resolver todos os casos, pois, por vezes, alguns discursos são por si só imediatamente danosos, de forma que não há que se falar de

---

<sup>155</sup> “those which, by their very utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace” - A Doutrina da “*fighting words*” foi desenvolvida pela Suprema Corte Americana no caso *Chaplinsky v New Hampshire*. USSC, Caso *Chaplinsky v New Hampshire* (315 U.S. 568), de 09 de março de 1942.

<sup>156</sup> USSC, Caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47), de 03 de março de 1919. “Words which, ordinarily and in many places, would be within the freedom of speech protected by the First Amendment may become subject to prohibition when of such a nature and used in such circumstances as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils which Congress has a right to prevent. The character of every act depends upon the circumstances in which it is done. (...) the most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force (...)”.

<sup>157</sup> BRUGGER, Winfried. Op.cit., p. 118

<sup>158</sup> Holmes defendia que a Liberdade de expressão sempre deve ser protegida, exceto se representar um “perigo claro e iminente” para as pessoas: como gritar falsamente “fogo” num teatro lotado e causando pânico. Mill e Holmes afirmavam que a busca da verdade justifica uma proteção do discurso do ódio, desde que este não resulte na incitação à violência. Na verdade, o discurso que resulte em um “incitamento à violência” é apenas um exemplo de expressão que representa um “perigo claro e iminente”. No final, o discurso que incita à violência com intuito de promover um perigo claro e iminente, não merecem proteção - sob a justificativa da busca da verdade - Porque é muito mais provável resultar em uma ação mais prejudicial do que a expressão, e, portanto, isso prejudica o funcionamento do mercado livre de idéias. ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 18

<sup>159</sup> CODERCH, Pablo Salvador. *El derecho de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 39 *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., p. 142

perigo, de riscos, pois, na hipótese, o dano é atual<sup>160</sup>. Portanto, a solução só se mostra possível por meio de ações de indenização, na esfera civil.

Verdadeiramente, é possível depreender que a Suprema Corte dos Estados Unidos, assumiu uma doutrina substancialmente intransigente no tocante a restrição a liberdade de expressão, estendendo a proteção da Primeira Emenda aos mais diversos casos.

Conforme restará demonstrado a seguir, o tratamento obstinado da liberdade de expressão na tradição norte-americana ainda se baseia, essencialmente, por seus precedentes judiciais.

No próximo tópico será demonstrado todo caminho jurisprudencial percorrido nos Estados Unidos, responsável pela atual posição com relação ao tratamento conferido ao discurso do ódio.

#### 4.1.1.1 Os Estados Unidos contra o resto do mundo: síntese sobre o desenvolvimento das jurisprudências envolvendo liberdade de expressão e o discurso do ódio

Winfried Brugger<sup>161</sup> afirma que em oposição ao direito internacional e a maioria dos ordenamentos jurídicos, a jurisprudência dominante americana com relação ao direito a liberdade de expressão, que compreende, inclusive mensagens de ódio, considera tal direito como um direito prioritário que tende a prevalecer sobre demais direitos fundamentais, como a dignidade, honra, civilidade e igualdade.

Para tanto, a atual tradição americana com relação ao tratamento do discurso do ódio, respalda-se por todo um contexto histórico-jurisprudencial.

De início, cita-se a decisão de *Beauharnais v. Illinois*<sup>162</sup>, de 1952, em que a Corte confirmou a condenação por incitação ao ódio, de Beauharnais, um indivíduo que promoveu a distribuição de folhetos convocando os brancos a se juntar contra os negros, atribuindo-lhes

---

<sup>160</sup> Nesse sentido, Lawrence expõe o efeito imediato dos discursos racistas em suas vítimas ao afirmar que “Face-to-face racial insults, like fighting words, are undeserving of first amendment protection(...) The first reason is the the immediacy of the injurious impact of racial insults. The experience of being called “nigger”, “spic”, “jap”, or kike” is like receiving a slap in the fce. The injury is instantaneous. There is neither an opportunity for intermediary reflection on the idea conveyed or an opportunity for responsive speech. LAWRENCE III, In: *Words that Wound: Critical Race Theory, ... Op.cit.*, p. 66

<sup>161</sup> BRUGGER, Winfried. *Op.cit.*, p. 118

<sup>162</sup> USSC, Caso *Beauharnais v. Illinois* (343 U.S. 250), de 28 de abril de 1952.

acusações de estupro, roubo e demais crimes violentos. A Corte validou a condenação, sob fundamento de que não obstante a garantia da liberdade de expressão, a difamação perpetrada contra grupos (*group libel*) deveria ser igualmente protegida como as ofensas contra individuais.

No entanto, não obstante tal decisão, posteriormente, foram apresentados alguns votos dissidentes, responsáveis pela atual posição americana no tocante a resistente restrição aos discursos do ódio. A Corte não repudiou expressamente a questão da difamação coletiva (*group libel*)<sup>163</sup>, mas sustentou que a decisão em questão confrontou a ideia de um debate público livre e aberto<sup>164</sup>.

Com efeito, no caso *Bradenburg v. Ohio*<sup>165</sup>, os Estados Unidos consolidou um novo posicionamento com relação ao tratamento do discurso do ódio. Bradenburg, líder da Ku Klux Klan, junto com seus respectivos membros, manifestaram publicamente ideias discriminatórias contra negros e judeus e afirmaram que os negros deveriam retornar para a África e os judeus para Israel.

A Suprema Corte, unanimemente, sustentou que paralelo a condenação criminal de Bradenburg, em que pese a possibilidade de se ter defendido à violência, não ocorreu incitação. A Corte, em sua decisão, traçou uma linha entre a incitação e a defesa à violência, na medida em que há uma diferenciação entre a defesa de manifestações racistas e a incitação a prática de atos violentos<sup>166</sup>.

De todo modo, a partir de então os Estados Unidos firmou uma certa restrição a liberdade de expressão, no sentido de que, ainda que se proteja quaisquer formas de expressão, para contribuir para um amplo e robusto debate, tais expressões não devem incentivar à violência, ou seja, foi convalidado o critério do “perigo claro e iminente”.

Por outro lado, conforme foi possível concluir, tal entendimento não se estende para os casos de manifestações de ódio e de intolerância em abstrato, dirigidas contra grupos minoritários, tais como grupos de diferentes religiões, raças, gênero, orientação sexual, uma vez

---

<sup>163</sup> A lei de difamação americana na maior parte exige afirmações de fatos com intuito de prejudicar a reputação de outrem perante a comunidade, contudo, é na reputação, e não a honra, que a lei de difamação americana está envolvida. BRUGGER, Winfried. Op.cit., p. 125, nota 21

<sup>164</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 21

<sup>165</sup> USSC, Caso *Bradenburg v. Ohio* (395 U.S. 444), de 09 de junho de 1969.

<sup>166</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 22

que tais expressões ferem o direito a igualdade e não discriminação e não há propriamente um ato violento.

Outro caso emblemático que marcou a atual posição política e constitucional do discurso do ódio nos Estados Unidos, foi o caso *National Socialist Party v. Skokie*<sup>167</sup>, em 1977, que a Suprema Corte analisou, a pedido do líder da *Chicago-based National Socialist Party of America* (NSPA), a viabilidade de realização de uma marcha praticada por neonazistas, com uniforme da SS, em Skokie, subúrbio de Chicago, marcada por residentes judeus e sobreviventes do Holocausto. De início, a decisão judicial proibiu a realização da marcha por representar incitação à violência.

Posteriormente, a Corte reverteu a decisão e permitiu a realização da marcha, sob fundamento de que os sentimentos dos judeus e dos sobreviventes do Holocausto não eram suficientes para a proibição da marcha, e, por conseguinte, para restrição ao direito à liberdade de expressão. Por fim, os neonazistas decidiram marchar em outro bairro não-judeu devido a sua própria marginalidade e pela reduzida influência no bairro.

Com essa decisão, por um lado firmou-se o “princípio da neutralidade de conteúdo”, no sentido de que o Estado deve adotar uma posição de neutralidade com relação as ideias e opiniões manifestadas pela sociedade, de forma que até mesmo as ideias discriminatórias recebam a proteção do Poder Público. Mantendo, contudo, a exceção para as manifestações que configurem um “perigo claro e iminente”, ou seja, uma imediata retaliação violenta, poderia ser restringida<sup>168</sup>.

Por outro lado, o caso foi alvo de duras críticas sob o fundamento de imprecisão quanto ao critério da “incitação à violência”, no sentido de que há muitos aspectos a serem considerados sobre esta abordagem.<sup>169</sup>

Com efeito, fazendo referência a preservação da liberdade de expressão e aos limites da regulação estatal, vale citar ainda o caso *R.A.V. v City of St. Paul*<sup>170</sup>, de 1992. O caso envolveu a condenação de extremistas brancos pela queima de uma cruz no quintal da casa de uma família negra, ao abrigo de um decreto-lei aprovado pela cidade de St. Paul, em Minnesota, que

---

<sup>167</sup> USSC, Caso *National Socialist Party v. Skokie* (432 U.S. 43), de 26 de agosto de 1977.

<sup>168</sup> BOLLINGER, Lee C. Op.cit., p. 24-35

<sup>169</sup> GREENAWALT, Kent. *Speech, Crime, & the uses of language*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 295

<sup>170</sup> USSC, Caso *R.A.V. v City of St. Paul* (505 U.S. 377), de 22 de junho de 1992.

penalizava a exposição em propriedade pública ou privada de símbolos ou objetos que despertassem raiva, medo ou ressentimento em outros, com base em raça, cor, credo, religião ou sexo.

Em decisão unânime, a Suprema Corte, rejeitou a acusação sob fundamento de que o referido decreto-lei era inconstitucional, em suma, porquê ainda que o ato da “cruz em chamas” correspondesse a “*fighting words*”, na acepção da decisão de *Chaplinsky v. New Hampshire* cumprindo a exigência de incitação à violência, o decreto-lei foi efetivamente discriminatório. De fato, a regulação estatal não cumpriu o pressuposto da neutralidade e imparcialidade do Estado, ao restringir as expressões de ódio somente a raça, cor, credo, religião ou sexo, confrontando, assim, a 14ª emenda da Constituição Americana. Em outras palavras, no caso em apreço o Estado restringia o uso das expressões racistas, mas não limitava eventuais expressões provocadoras pelo grupo anti-racismo.

De todo modo, não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade da atuação estatal neste caso, a queima de cruz em si é reconhecida como um ato repugnante pela maioria dos norte-americanos. Isto porque, diferentemente do caso Skokie, em que a maioria dos judeus não sentiam nenhuma ameaça atual ou futura real, o presente caso definitivamente representou um experimento de raiva, medo e preocupação no público alvo<sup>171</sup>.

Verdadeiramente, eventuais atos violentos desencadeados no caso Skokie decorreriam de memórias do passado, enquanto o caso de St. Paul produziu receios não apenas com relação ao passado, mas, especialmente, do presente e do futuro pelas tristes histórias de relações raciais vivenciadas nos Estados Unidos<sup>172</sup>.

Sem embargo, decorrida mais de uma década, a Suprema Corte, à primeira vista, redefiniu seu posicionamento no caso *Virginia v. Black*<sup>173</sup>, ao reconhecer constitucional uma lei do Estado da Virgínia que reconhecia como crime a queima de cruzeiras com intenção de intimidar qualquer pessoa ou grupo, ressaltando que tal ato constitui prova *prima facie* de uma intenção de intimidar outrem. O caso envolvia a condenação de três pessoas pela prática tipificada na lei, contudo, com decisão revertida pela Suprema Corte de Virgínia que reconheceu inconstitucional

---

<sup>171</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 26/27

<sup>172</sup> Id.

<sup>173</sup> USSC, Caso *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 359), de 07 de abril de 2003.

a referida lei, na acepção da decisão de *R.A.V. v City of St. Paul*, sob fundamento, portanto, de cercear o direito à liberdade de expressão e de imparcialidade na regulação estatal.

A Suprema Corte dos Estados Unidos reformou a decisão sob argumento de que em que pese a manifestação de ideias racistas, como as da Ku Klux Klan, não sejam puníveis, atos de ameaça como a queima de cruzeiros pode constituir uma forma repugnante de intimidação, sendo, essencialmente, um símbolo de ódio<sup>174</sup>.

A Suprema Corte ainda ressaltou que é reconhecido pelo Tribunal que as proteções garantidas pela Primeira Emenda não são absolutas, e, portanto, o governo pode regular certas categorias de expressões compatíveis com a Constituição, como os casos de ameaças reais<sup>175</sup> que impliquem em atos de violência<sup>176</sup>. Ademais, a Suprema Corte destacou que o caso em questão não é comparável ao caso *R.A.V. v City of St. Paul*, pois enquanto neste último a lei estatal limitava o discurso violento contra grupos específicos, o presente caso não o fez<sup>177</sup>.

Todavia, no mesmo julgamento, em votos dissidentes, afirmou-se que embora um Estado, de acordo com a Primeira Emenda, possa proibir a queima de cruzeiros realizada com a intenção de intimidar, o Estatuto de Virgínia ao consagrar “qualquer queima de cruzeiros” como prova *prima facie* de intenção de intimidar, tornou a referida lei inconstitucional<sup>178</sup>.

Por todo asseverado, é possível depreender pelas decisões recentes que a posição da Suprema Corte permanece intransigente com relação às restrições à Liberdade de expressão.

---

<sup>174</sup> USSC, Caso *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 359), de 07 de abril de 2003. pp. 352-357

<sup>175</sup> Sobre a concepção de “ameaça real” a Suprema Corte entende que: “The jurisprudence requires that even if the speech is deemed in the first instance a true threat as a matter of law, it is up to the factfinder at trial to determine whether a reasonable person would interpret the communication as a true threat. Moreover, even if a reasonable person would interpret the words as a true threat, it appears at least relevant whether the intended recipient of the threat deemed the words truly threatening. Since this case was tried to the Court without a jury, the Court will first analyze the words as a matter of law, and then as a fact finder, in their context, as would be interpreted by a reasonable person, and finally as to whether the recipient deemed the words a true threat”. USSC, Caso *People v. Brodeur* (NY Slip Op 23246), de 18 de julho de 2013.

<sup>176</sup> “Intimidation in the constitutionally proscribable sense of the word is a type of true threat, where a speaker directs a threat to a person or group of persons with the intent of placing the victim in fear of bodily harm or death. Respondents do not contest that some cross burnings fit within this meaning of intimidating speech, and rightly so. As the history of cross burning in this country shows, that act is often intimidating, intended to create a pervasive fear in victims that they are a target of violence” USSC, Caso *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 359), de 07 de abril de 2003, pp. 358-360

<sup>177</sup> USSC, Caso *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 359), de 07 de abril de 2003. pp. 360-363

<sup>178</sup> USSC, Caso *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 359), de 07 de abril de 2003. pp. 347/348

No tocante às regulações estatais, em caso recente, *People v. Marquan M.*<sup>179</sup>, julgado em 2014, que envolvia a acusação de um estudante pela prática de cyberbullying em um site de rede social com conteúdos sexuais, com base em um dispositivo de uma lei local de Albany County, o Tribunal de Apelações sustentou que a lei de cyberbullying de Albany County foi demasiado ampla e facialmente inválida de acordo com a Cláusula de Liberdade de Expressão da Primeira Emenda, porque o texto da lei criminalizou uma variedade de modos de expressão constitucionalmente protegidos - muito mais do que atos de cyberbullying.

Dentre outros casos recentes, no tocante a prevalência da Liberdade de expressão, vale citar o polêmico caso de *Snyder v. Phelps*<sup>180</sup> at al, julgado em 2011, em que Fred Phelps, fundador da Igreja Batista Westboro, foi condenado por praticar, juntos aos seus fiéis, protesto no funeral de Matthew Snyder, soldado americano morto da guerra do Iraque. O protesto ficou marcado pela crença da Igreja de que Deus odeia os Estados Unidos pela tolerância aos homossexuais, sobretudo, dos militares americanos. Phelps e seus fiéis apresentaram cartazes, com os seguintes conteúdos: “Thank God for Dead Soldiers”, “Fags Doom Nations” e “You’re going to hell”.

O pai de Snyder interpôs uma ação em que alegou inflingir diversos dispositivos legais, especialmente, por causar intencionalmente sofrimento emocional, intrusão na vida privada, e conspiração civil. Por outro lado, em sua defesa, a Igreja alegou que as manifestações estavam protegidas pela Primeira Emenda.

Com efeito, a Suprema Corte concluiu que a Igreja estava, de fato, sob a proteção da Primeira Emenda, pois, ainda que sua manifestação se dirigisse a um indivíduo em particular, a intenção predominante estava relacionada à questão de interesse público, como a conduta política e moral dos Estados Unidos e seus cidadãos, o destino da nação, a homossexualidade dos militares e os escândalos envolvendo as crenças da Igreja Católica. A escolha do funeral de Snyder foi puramente para atrair uma visão pública para tais questões<sup>181</sup>.

Diante de tal posicionamento construído no sistema americano, que diverge substancialmente do resto do mundo, sobretudo, por conferir um privilégio da liberdade de

---

<sup>179</sup> USSC, Caso *People v. Marquan M.* (2014 WL 2931482), de 01 de julho de 2014.

<sup>180</sup> USSC, Caso *Snyder v. Phelps* (562 U.S. \_\_ (2011)), de 02 de março de 2011

<sup>181</sup> USSC, Caso *Snyder v. Phelps* (562 U.S. \_\_ (2011)), de 02 de março de 2011, p. 8-10



expressão em face da igualdade e outros direitos fundamentais, podemos perceber, aos poucos, ao longo dos anos, atos contrários esta tradição, ainda que não influenciem nas decisões da Suprema Corte em matéria de discurso do ódio.

Nesse cenário, as Universidades e escolas, vêm constituindo uma categoria particular, que consiste na peculiaridade de sua natureza que, ao mesmo tempo, parece justificar uma abordagem mais permissiva e mais restritiva do discurso do ódio.

Por um lado, os defensores das restrições do discurso de ódio nos campus argumentam que a tolerância de insultos com conteúdo ofensivo interfere significativamente no processo educacional. O discurso do ódio é capaz de afetar adversamente no desempenho escolar e na integração social dentro da comunidade universitária<sup>182</sup>.

Para tanto, alegam que os efeitos do discurso do ódio nos campus é fundamentalmente diferente do que na comunidade em geral, e, portanto, seu nível de tolerância deve ser tratado de maneira diversa e inferior, de sorte que as universidades tem a função de regular as formas de expressão para aprimorar sua qualidade<sup>183</sup>.

Nesse sentido, Lawrence<sup>184</sup> defende que as regras que exigem a civilidade e respeito no discurso acadêmico incentivam em vez de desencorajar o mais amplo intercâmbio de ideias. Regulamentos que exigem uma civilidade mínima em determinados discursos não contrariam o debate intelectual e político.

Por outro lado, há os que argumentam que como as Universidades representam lugares de aprendizagem e pesquisa, seus membros devem ter um nível de tolerância maior do que na sociedade global, na medida em que as universidades tem o compromisso de explorar uma forma mais ampla de senso crítico e de ideias diversas do que no discurso público<sup>185</sup>.

Nesse particular, Greg Lukianoff<sup>186</sup>, Presidente da Fundação de Direitos Individuais na Educação, ressalta que as restrições à liberdade de expressão, reguladas pelas Universidades Americanas, por meio de “speech codes”, estão colocando o futuro da liberdade em risco.

---

<sup>182</sup> SADURSKI, Wojciech, Op.cit., p. 184

<sup>183</sup> Id.

<sup>184</sup> MATSUDA, Mari; LAWRENCE III, Charles R.; DELGADO, Richard; CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Words that Wound: Critical Race Theory, ... Op.cit.*, pp. 66-71

<sup>185</sup> SADURSKI, Wojciech, Op.cit., p. 184

<sup>186</sup> LUKIANOFF, Greg. *The Least Free Place in America*, 2014. Disponível em »<https://www.youtube.com/watch?v=dJaM8IOev7E>« Acesso em 01 de Agosto de 2016

Nas suas palavras, os “speech codes” consistem em limites ou proibições de determinadas expressões, escritas ou verbais, que, via de regra, são protegidos pela Primeira Emenda. Tais códigos representam padrões absurdos contra o discurso politicamente incorreto (inpopulares), ou meramente aqueles que a administração dos campus repugna por considerar um insulto ou ofensa.

Nesse cenário, cita alguns casos como: a Universidade de Indianópolis que acusou um estudante de assédio racial por considerar a leitura pública do livro “Notre Dame vs Klan” ofensiva. O livro constava no asservo da própria Universidade. Na Universidade de Delaware, os estudantes com atitudes e crenças incorretas foram obrigados a passar por um programa de reeducação ideológica para aprender a adotar pontos de vistas específicos sobre política, raça, sexualidade, sociologia, filosofia moral e ambientalismo. Na Universidade Central de Arkansas os estudantes estão sujeitos a uma ação disciplinar por expressões ou condutas que sejam consideradas irritantes por outro estudante.

Lukianoff afirma que os direitos consagrados na Primeira Emenda moldam a sociedade norte-americana, promove o pluralismo religioso e cultural da América, estimula a inovação científica e acadêmica, e, assim, garante uma prosperidade notável, censurar estes direitos dos estudantes seria colocar em risco a própria sociedade<sup>187</sup>.

Hodiernamente uma onda de protestos dominou as Universidades americanas, envolvendo estudantes com atitudes cada vez mais restritivas em relação à fala e opiniões divergentes nos campus, notadamente, contra tensões raciais<sup>188</sup> e o desempenho inadequado da administração às questões de desigualdade nos campus<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Lukianoff sugere três principais consequências para as censuras impostas nas Universidades. Primeiramente destaca para o fato de que a censura prescrita nos campus preconiza que os estudantes tem o direito de não ser ofendido, o que anuncia o fim do direito a Liberdade de expressão. Em segundo lugar, a censura traduz em um hábito intelectual reduzido, pois ao limitar a Liberdade de expressão não estimula o pensamento crítico e o debate de ideias contraditórias ou mesmo repugnantes e, por fim, constrói uma geração de estudantes que não conhece os seus próprios direitos, que acreditam que eles devem obter uma permissão para manifestar seus pensamentos. Id.

<sup>188</sup> Sobre a segregação racista na educação, vale citar o emblemático caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, em que a Suprema Corte julgou inconstitucional as divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas pelo país, reconhecendo a violação ao direito da igualdade, protegido pela 14ª emenda. USSC, Caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483), de 17 de maio de 1954.

<sup>189</sup> The Economist, 04 de junho de 2016. *Campus protests and free speech: The colliding of the American mind.*, Disponível em» <http://www.economist.com/news/international/21699905-university-protesters-believe-they-are-fighting-justice-their-critics-think-free>« Acesso em 02 de agosto de 2016.

Enquanto os ativistas acreditam que eles estão buscando a justiça social e racial, assegurando o direito a igualdade nos campus e evitando a violência contra grupos minoritários, para outros, o direito em questão é a liberdade de expressão, que está sob risco ao redor do mundo<sup>190</sup>. Os defensores da liberdade de expressão indicam que a restrição excessiva pode resultar em uma censura para outros tipos de discursos nas universidades e que as questões de desigualdade devem ser mitigadas de forma menos hostil.

Não se pode olvidar, que o ativismo e a liberdade de expressão caminham juntos, e, para que este direito seja garantido é essencial respeitar os direitos de liberdade de expressão de outros também. Isso não significa concordar com o discurso<sup>191</sup>.

Nos dizeres de Lawrence<sup>192</sup>, a regulamentação do discurso ofensivo e injurioso, que não pode ser previsto ou evitado, não impediria discursos e comícios onde as minorias e seus aliados teriam a oportunidade de organizar manifestações contra ou evitar o discurso completamente. Cabe as universidades assegurar uma igualdade de oportunidades educacionais, com regulamentos que, ao mesmo tempo, respeitem uma civilidade mínima e assegurem uma livre troca de ideias.

A liberdade de expressão é fundamental para uma sociedade livre, e sempre haverá casos extremos, que deverão ser identificados e prontamente criticados. Uma injustiça para alguns é uma injustiça para todos, todos devem ser solidários para criar um mundo mais igual<sup>193</sup>.

De todo modo, em que pese tais mudanças paulatinas no tocante a liberdade de expressão do direito Americano, seu alicerce ainda encontra-se enraizada em precedentes judiciais, com decisões que primam a liberdade de expressão e declaram inconstitucionais leis em desacordo com a primeira emenda.

---

<sup>190</sup> Id.

<sup>191</sup> FIRE - Foundation for Individual Rights in Education, 12 de fevereiro de 2016. *UCLA Study Shows Rise in Student Activism, Free Speech Approval Waning*. Disponível em »<https://www.thefire.org/ucla-study-shows-rise-in-student-activism-free-speech-approval-waning/>« Acesso em 02 de agosto de 2016.

<sup>192</sup> MATSUDA, Mari; LAWRENCE III, Charles R.; DELGADO, Richard; CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Words that Wound: Critical Race Theory, ... Op.cit.*, p. 71

<sup>193</sup> MENCHACA, Michelle. *Student activism and free speech*. The Chronicle, 17 de novembro de 2015. Disponível em »<http://www.dukechronicle.com/article/2015/11/student-activism-and-free-speech>« Acesso em 02 de agosto de 2016.

#### 4.1.1.2 A atual solução para o discurso do ódio no sistema americano

Conforme é possível depreender a liberdade de expressão no direito norte-americano possui uma ampla proteção de forma que sua restrição só é conferida em casos extremos que comprovadamente resulte em uma ação iminentemente ilegal, no caso, uma clara incitação à violência.

A Suprema Corte dos Estados Unidos possui uma posição dominante e evidentemente rígida no tocante a restrição à liberdade de expressão, permitindo manifestações essencialmente de ódio que em muitos casos prevalecem sobre demais direitos fundamentais.

Este cenário, contudo, contribuiu para agravar os problemas sociais, notadamente, para grupos minoritários, que sofrem, principalmente, por razões de etnia, raça e orientação sexual, em que o mercado livre de ideias não tem os mesmos efeitos. Esta ampla liberdade de expressão conferida na tradição americana, resulta, portanto, em um enfraquecimento na garantia de outros direitos como a honra, a privacidade e a igualdade.

Diante da rigidez no tratamento da liberdade de expressão, diversos autores e grupos, contra o absolutismo da liberdade, insurgiram-se contra expressões de conteúdo ofensivo nos últimos tempos, como é o caso das Universidades dos Estados Unidos, que comumente estabelecem regras próprias dentro do campus que proíbem manifestação de ideias discriminatórias dirigidas contra grupos minoritários.

Não obstante, é possível notar uma lenta transição da doutrina americana sobre uma nova abordagem com relação a Primeira Emenda, ainda que não seja possível vislumbrar todos os seus efeitos quando concluído este processo de maturação<sup>194</sup>.

Bakircioglu afirma que a liberdade de expressão não é um fim em si mesmo, mas um meio de realização para o indivíduo e promoção de uma cultura tolerante e democrática. Diante da desigualdade social criada e executada por meio de ideologias, atos, palavras, imagens, hierarquia social, sendo, o estado, hipoteticamente um aparelho neutro entre classes sociais ou

---

<sup>194</sup> Richard Delgado, denomina este processo de *First Amendment legal realism*, que consiste, em suma, em um novo paradigma sobre a interpretação da Primeira Emenda, inclui uma consciência das limitações da Primeira Emenda e uma nova abordagem sobre o sistema político e social. Preconiza o reconhecimento da igualdade entre os indivíduos e um equilíbrio entre valores que conflitem entre si. DELGADO, Richard. *Must We defend Nazis? Hate speech, pornography and the new First Amendment*. New York: New York University Press. 1997, pp. 42-45

grupos étnicos/raciais, tem a responsabilidade de diminuir as condições que criam a desigualdade em geral e em especial o antagonismo<sup>195</sup>.

Neste sentido, vale repisar sobre o efeito silenciador, citado no Capítulo 3, que determinadas manifestações causam, especialmente, sobre as minorias que tem sua dignidade afetada. Nesses casos, portanto, cabe ao Estado equilibrar tais manifestações que tem como finalidade impedir que outras pessoas não exerçam igualmente seu direito à Liberdade de expressão.

Por conseguinte, para além do efeito do discurso do ódio incitar a prática de alguma conduta violenta, este pode levar a impossibilidade de um determinado grupo ou indivíduo afetado vir a participar do debate e manifestar suas ideias e opiniões. Vale ressaltar que as vítimas não são efetivamente privadas de exercerem seu direito à Liberdade de expressão, mas não o fazem por se sentirem atemorizados por uma maioria intolerante, daí a necessidade de uma regulação estatal eficaz para provocar essa manifestação<sup>196</sup>.

Na prática, a solução americana para combater o discurso do ódio, é no empenho de conferir mais liberdade de expressão, para que a parte acometida possa participar igualmente do debate, no entanto, verdadeiramente, o efeito silenciador ainda assombra as minorias atingidas, que não conquistaram ainda uma isonomia no espaço de debates.

#### 4.1.2 O sistema europeu

Ao contrário da abordagem adotada pela Primeira Emenda na Constituição dos Estados Unidos, a tradição europeia não considera a liberdade de expressão como um valor absoluto. Conforme é possível constatar na maioria das constituições modernas dos países da Europa e na sua jurisprudência dominante, há o reconhecimento de certas limitações ao direito de liberdade de expressão. Ademais, a Liberdade de expressão não é reconhecida somente como uma Liberdade negativa, mas, sobretudo, como uma Liberdade positiva do Estado para garantir à todos o direito à manifestação de ideias e acesso as mais diversas informações.

De todo modo, o Sistema Europeu reconhece a liberdade de expressão como regra, enquanto sua restrição é exceção. A proteção da Liberdade de expressão abarca tanto

---

<sup>195</sup> BAKIRCIOGLU, Onder. Op.cit., p. 17/18

<sup>196</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., p. 146

"informações" ou "idéias" que são acolhidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou como uma questão de indiferença, quanto aquelas que ofendem, chocam ou inquietam o Estado ou qualquer setor da população. Tais são as exigências do pluralismo, tolerância e abertura de espírito sem critérios, sem os quais não há “sociedade democrática”. Isto significa, entre outras coisas, que cada "formalidade", "condição", "restrição" ou "sanção" imposta neste âmbito deve ser proporcional ao “objetivo legítimo perseguido”. A tolerância e o respeito pela igual dignidade de todos os seres humanos constituem os alicerces de uma sociedade democrática e pluralista<sup>197</sup>.

Ou seja, ao estabelecer tais exigências para legitimar a restrição do direito a liberdade de expressão, atribui-se ao juiz o dever de contrabalancear os direitos que colidam entre si em cada caso concreto, adotando, portanto, o princípio da proporcionalidade.

No tocante ao tratamento do discurso do ódio<sup>198</sup>, muitos países estabelecem a proibição à determinados discursos em suas respectivas constituições<sup>199</sup>, como por exemplo os discursos que incitem ao ódio em razão da raça, religião ou etnia. O Tribunal Europeu de Direitos homem (TEDH) trilha o mesmo caminho, nos termos do artigo 10 (2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Tratado de Roma), que prevê a possibilidade de limitações à Liberdade de expressão, em que pese não estabelecer restrições à uma categoria específica nos casos de discurso do ódio, indicando, para tanto, restrições para determinados fins<sup>200</sup>, valendo-se dos princípios subjacentes do próprio sistema, e desde que legalmente previstos e proporcionais e

---

<sup>197</sup> CEDH, Caso *Handyside v. Reino Unido* (App. n.º. 5493/72), de 07 de Dezembro de 1976. e CEDH, Caso *Erbakan v. Turkey* (App, n.º. 59405/00), de 06 de Julho de 2006.

<sup>198</sup> Em 1997 o Comité de Ministros do Conselho da Europa adotaram uma recomendação para definição do discurso do ódio “which stated the term “shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”. A Corte Europeia de Direitos Humanos o referiu como “all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance (including religious intolerance). VENICE COMMISSION. *Blasphemy, insult and hatred - Finding answers in a democratic society* (Science and Technique of democracy n.º.47), 2010, p. 21

<sup>199</sup> Winfried afirma que “na Alemanha, como na maioria dos outros países, o instinto básico coletivo refletido no direito é que o discurso do ódio é perigoso e deveria ser efetivamente eliminado”. BRUGGER, Winfried. Op. cit, p. 120. Sobre o tratamento doméstico do discurso do ódio nos países europeus ver COLEMAN, Paul B. Op.cit., pp. 98 a 133.

<sup>200</sup> Artigo 10, 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

necessárias numa sociedade democrática<sup>201</sup>. Todavia, a partir de algumas decisões do Tribunal, é possível depreender a determinação de alguns conteúdos específicos e limites da Liberdade de expressão.

No caso do discurso do ódio, o TEDH possui o que Richard Guevontian<sup>202</sup> denomina de “jurisprudência flutuante”, na medida em que suas decisões sobre o discurso do ódio, gravitam entre o sistema Americano, conferindo maior proteção a Liberdade de expressão e entre Sistema europeu ao impor restrições a Liberdade de expressão em benefício da proteção à dignidade da pessoa humana e à honra. Nesse particular, Guevontian reconhece o grande desafio do julgamento pelo TEDH de respeitar o pluralismo e a democracia e definir uma norma ética comum a todos os seus membros.

Assim, Guevontian destaca três pressupostos dentro deste cenário do TEDH. O primeiro deles considera a relevância da proteção preferencial da Liberdade de expressão no contexto democrático, o segundo apresenta a relevância de se proteger a moral, a honra e dignidade da pessoa humana e por fim, ressalta a importância dos critérios de tempo, condições que permeiam determinado caso e devem ser consideradas na análise de um conflito de direitos<sup>203</sup>.

Historicamente, é possível depreender que essa oscilação do TEDH resulta de uma harmonização entre valores, que eventualmente conflitem entre si e não de adotar, por vezes, uma restrição absoluta da Liberdade de expressão e, por vezes, uma doutrina radical de prevalência da Liberdade de expressão como ocorre no Sistema americano. Com efeito, a despeito da “jurisprudência flutuante”, citada por Guevontian, as decisões proferidas pelo TEDH tem demonstrado uma maior adoção para o Sistema europeu, que se traduz por sopesar os direitos fundamentais em conflito de forma mais justa e coerente, em que eventuais restrições à Liberdade de expressão são fundamentadas de forma racional, notadamente, no casos de discurso do ódio.

---

<sup>201</sup> BAKIRCIOLGLU, Onder. Op.cit., p. 36

<sup>202</sup> GUEVONTIAN, Richard. *Direitos humanos fundamentais*. In. Encontro de Direito Constitucional, 2004, XIII, Anais...São Paulo: Instituto Pimenta Bueno, 2004, p. 113 *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., p. 187

<sup>203</sup> *Ibid*, p. 116

Sob essa ótica, vale citar o caso *Vejdeland e Outros v. Suécia*, de 09 de maio de 2012<sup>204</sup>, em que Sr. Vejdeland e outros recorrentes, em dezembro de 2004, se dirigiram a uma escola secundária e distribuíram cerca de uma centena de folhetos de uma organização chamada “*National Youth*”, deixando-os dentro ou sobre os armários dos alunos. O conteúdo dos folhetos eram, essencialmente, sobre como a homossexualidade era uma "tendência sexual desviante", teve "um efeito moral destrutivo sobre a substância da sociedade" e foi responsável pelo desenvolvimento do HIV e da AIDS.

Inicialmente, o Tribunal Distrital concluiu que a intenção dos candidatos foi de expressar desprezo por homossexuais e os condenou de agitação contra um grupo nacional ou étnico, em linha com o Código Penal Sueco. No entanto, em sede de recurso, as acusações foram rejeitadas sob fundamento de que eventual condenação equivaleria a violação do seus direitos à Liberdade de expressão, assegurado pela CEDH.

Os recorrentes alegaram que não tinham a intenção de expressar desprezo por homossexuais e afirmou que o propósito da sua atividade era fomentar um debate sobre a falta de objetividade na educação das escolas suecas.

O Supremo Tribunal, contudo, condenou um dos acusados à Liberdade condicional e os demais a pena de multa, sob fundamento de que o propósito de fornecer aos alunos eventual debate sobre a questão poderia ter sido alcançado sem declarações ofensivas aos homossexuais como um grupo. Ademais, ressaltou que as declarações constituíram alegações graves e prejudiciais, ainda que não representassem uma chamada direta a atos de ódio<sup>205</sup>.

A Corte considerou que a condenação dos recorrentes e as penas que lhes foram impostas não eram desproporcionadas em relação ao objetivo legítimo perseguido e que as razões dadas pelo Supremo Tribunal para justificar essas medidas foram relevantes e suficientes. A interferência no exercício do direito à liberdade de expressão das recorrentes pode, razoavelmente, ser considerada pelas autoridades nacionais como necessária em uma sociedade democrática para a proteção da reputação e direitos de outros.

---

<sup>204</sup> CEDH, Caso *Vejdeland e Outros v. Suécia* (App. nº. 1813/07), de 09 de maio de 2012

<sup>205</sup>“the Court reiterates that inciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner” CEDH, Caso *Vejdeland e Outros v. Suécia* (App. nº. 1813/07), de 09 de maio de 2012, p. 11



Assim, a Corte sublinhou que a discriminação baseada na orientação sexual era tão grave como a discriminação com base na raça, origem ou cor. E embora tenha enfatizado a importância de garantir o direito de expressão de ideias, concluiu que os folhetos eram desnecessariamente ofensivos e, portanto, não houve violação do artigo 10 (liberdade de expressão) da Convenção<sup>206</sup>.

Cumpram destacar ainda o caso *S.A.S. v. França*, de 01 de julho de 2014<sup>207</sup>, que em decorrência de uma lei francesa que proíbe qualquer indivíduo de esconder o rosto em locais públicos, uma muçulmana devota alegou violação ao seu direito de livre manifestação de religião ou crenças e seu direito à liberdade de expressão, juntamente com a discriminação no exercício destes direitos e o desrespeito à vida privada, baseada nos Artigos 8 (privacidade), 9 (religião), 10 (liberdade de expressão) e 14 (não - discriminação) da Convenção.

Inicialmente, no parecer de 28 de novembro de 2011, o Conselho do Estado indicou em primeiro lugar que não estava convencido pela utilidade e necessidade de tal proibição e destacou que o Governo não havia indicado como o uso de roupas cobrindo o rosto era fundamentalmente incompatível com a "ordem social", nem tinham demonstrado a existência de uma necessidade social imperiosa<sup>208</sup>.

O Tribunal destacou que em que pese o vestuário de determinadas religiões, por vezes, causar certa estranheza, o respeito pela dignidade humana não pode legitimamente justificar uma proibição geral sobre o uso do véu de rosto inteiro em lugares públicos, ademais as mesmas representam a expressão de uma identidade cultural que contribui para o pluralismo que é

---

<sup>206</sup> “However, I regret that the Court missed an opportunity to “consolidate an approach to hate speech” against homosexuals, as commented by the third-party intervener. Further, it was recognised that although the Court has not yet dealt with this aspect, homophobic speech also falls into what can be considered as a category of “hate speech”, which is not protected by Article 10” CEDH, Caso *Vejdeland e Outros v. Suécia* (App. n.º. 1813/07), de 09 de maio de 2012, p. 21

<sup>207</sup> CEDH, Caso *S.A.S. v. França* (App. n.º. 43835/11), de 01 de julho de 2014.

<sup>208</sup> O Conselho do Estado não acolheu alguns argumentos do governo francês tais como de segurança pública e do respeito pela igualdade entre homens e mulheres. Com relação a igualdade de género, considerou que não era do Governo a decisão de excluir o uso da burca ou niqab por motivos religiosos, mas sim uma escolha para das mulheres em causa. Ele acrescentou que uma proibição geral seria inútil se o objetivo era o de proibir a coerção de outros para usar a burca ou niqab. Por último, o Conselho de Estado concluiu que o sentimento subjetivo de insegurança não poderia justificar uma proibição geral sobre a base da ordem social ou de ordem pública CEDH, Caso *S.A.S. v. França* (App. n.º. 43835/11), de 01 de julho de 2014, p.26

inerente à democracia<sup>209</sup>. “Deve-se promover o diálogo multicultural e respeito pelos direitos humanos”<sup>210</sup>.

Por outro lado, o Tribunal fazendo referência ao "respeito para o conjunto mínimo de valores de uma sociedade aberta e democrática" acenta para o fato de que o rosto representa uma função importante na interação social, que em virtude de um consenso estabelecido, forma um elemento indispensável no seio das relações interpessoais da sociedade. “O Tribunal é, portanto, capaz de aceitar que a barreira levantada contra os outros por um véu que esconde o rosto é percebido pelo Estado demandado como violar o direito dos outros de viver em um espaço de socialização que torna a convivência mais fácil” (§ 122).

Ou seja, o Tribunal reconhece que a proibição impugnada é justificável no seu princípio, na medida em que é de competência do Estado garantir "as condições em que os indivíduos possam viver juntos em sua diversidade”, e, portanto, a proibição imposta pela lei francesa foi proporcional ao objetivo perseguido<sup>211</sup>, a saber, a preservação das condições de "viver juntos", como um elemento da "proteção dos direitos e liberdades de outrem" (§§ 141 e 142). Assim, não houve violação do Artigo 8º ou do Artigo 9º da Convenção.

Ademais, ainda que o Tribunal tenha reconhecido os efeitos negativos da lei no tocante a situação das mulheres muçulmanas que, por motivos religiosos desejam usar o véu de rosto inteiro em público, pelos mesmos motivos acima não houve violação do Artigo 10, tomados isoladamente ou em conjunto com o Artigo 14 da Convenção (§ 163).

O caso em apreço remete para casos anteriores sobre o discurso do ódio religioso<sup>212</sup> (Norwood v. the United Kingdom (App. n.º. 23131/03), de 16 de novembro de 2004 e Ivanov v. Russia (App. n.º. 35222/04), de 20 Fevereiro de 2007). Não obstante as conclusões expostas, o Tribunal sublinhou que um Estado que estabeleça legalmente uma proibição do uso do véu para esconder o rosto em locais públicos, com base em motivos de islamofobia, assume o risco de contribuir para a consolidação dos estereótipos que afetam a certas categorias da população e

---

<sup>209</sup> VOORHOOF, Dirk. *Freedom of Expression and Information and the Case Law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU: Overview and highlights 2014*. Conference Paper justice for free expression in 2014. A review of global freedom of expression jurisprudence in 2014. Columbia University, 2015, p. 30.

<sup>210</sup> CEDH, Caso S.A.S. v. França (App. n.º. 43835/11), de 01 de julho de 2014, p. 19

<sup>211</sup> VOORHOOF, Dirk. Op. cit. p. 30

<sup>212</sup> Ibid. p. 31

de estimular a expressão de intolerância, quando se tem o dever, pelo contrário, de promover a tolerância (§ 149).

O Tribunal reitera que "as observações que constituem um ataque geral, veemente em um grupo religioso ou étnico são incompatíveis com os valores da tolerância, da paz social e da não discriminação que estão na base da Convenção e não se enquadram no direito à liberdade de expressão que ela protege" (§ 149).

Não obstante os critérios e objetivos determinados pelo Tribunal, a partir da análise de alguns casos é possível depreender o reconhecimento de uma certa margem de discricionariedade dos Estados para estabelecerem suas próprias limitações à liberdade de expressão, considerando, principalmente, o contexto, a cultura e a história de cada Estado. Com efeito, em alguns casos o TEDH reconheceu sua ilegitimidade para se pronunciar sobre determinados casos que não estejam previstos na CEDH<sup>213</sup>.

Para tanto, os Estados não devem se restringir somente as limitações estabelecidas na Convenção, mas, sobretudo, tomar medidas concretas voltadas para a realização do objetivo para o qual o direito à liberdade de expressão foi limitada<sup>214</sup>.

De todo modo, cabe ao Tribunal analisar se os Estados limitam o direito de forma justa e legítima e se uma determinada restrição é proporcional, justificável, legal e compatível com os requisitos mínimos do Estado de direito. O papel do Tribunal Europeu é subsidiária à dos Estados Partes para identificar uma determinada ameaça e, conseqüentemente, restringir um direito, contudo, esta margem de apreciação dos Estados não lhes garante uma alimentação descontrolada, ela caminha de mãos dadas com uma supervisão do Tribunal Europeu<sup>215</sup>.

Em outras palavras, o Tribunal Europeu é responsável por garantir os compromissos desses Estados e se estão habilitados para dar o decisão final sobre se uma restrição é compatível com os direitos garantidos pela Convenção<sup>216</sup>. Essa parceria garante a prevenção de uma restrição indevida à Liberdade de expressão pois assegura uma supervisão do Tribunal e restrições mais justas, uma vez que as autoridades nacionais tem um panorama melhor das necessidades do seu país.

---

<sup>213</sup> Nesse sentido, CEDH, Caso *kosiek Vs. Alemanha* (App. nº. 9704/82) de 28 de agosto de 1986.

<sup>214</sup> BAKIRCIOLGLU, Onder. Op.cit., p. 37

<sup>215</sup> Ibid. p. 38

<sup>216</sup> Id.

Com efeito, com relação ao tratamento do discurso do ódio vale o destaque para a Alemanha. O ordenamento jurídico da Alemanha assegura a Liberdade de expressão no artigo 5.1 da Constituição ao dispor que “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura”.

Na sequência, o artigo 5.2 da Constituição estabelece que “Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal”. A constituição assegura também no artigo 5.3 a liberdade de expressões artística, científica, de pesquisa e de ensino, mas ressalta que “a liberdade de ensino não dispensa a fidelidade à Constituição”.

A Constituição alemã dispõe ainda no artigo 18, sobre a perda dos direitos fundamentais, incluindo a Liberdade de expressão, no caso de abuso no exercício contra a ordem livre e democrática. Com efeito, cabe ao Tribunal Constitucional pronunciar-se sobre a perda de direitos e fixar a sua extensão<sup>217</sup>.

Assim, o Tribunal considera que as proibições ao discurso do ódio são justificadas nos limites sobre o exercício da Liberdade de expressão impostos pela própria Constituição alemã e a partir de leis gerais<sup>218</sup>.

Nesse cenário, Brugger<sup>219</sup> ressalta que ao contrário do que alguns autores americanos afirmam, a manifestação de uma opinião não perde a proteção por seu caráter incisivo ou injurioso, contudo, enquanto a proteção constitucional do discurso do ódio é, fundamentalmente, onde se termina a discussão nos Estados Unidos, ela é apenas o início na Alemanha, onde os efeitos da ponderação entre valores constitucionais é profunda.

Nesse particular, vale o destaque para o leading case *Luth v. Urteil*<sup>220</sup>, julgado em 1958, que reconheceu o princípio da proporcionalidade entre direitos fundamentais. No caso em

---

<sup>217</sup>As traduções dos artigos para o português foi realizada por Assis Mendonça, Aachen, revisada por Urbano e publicada e editada pelo Parlamento Federal Alemão no âmbito do trabalho parlamentar de relações públicas, em Janeiro de 2011. Disponível em »<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>« Acesso em 31 de Agosto de 2016

<sup>218</sup> BOLLINGER, Lee. Op. cit. p. 256

<sup>219</sup> BRUGGER, Winfried. Op. cit. p. 120.

<sup>220</sup> CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ, Caso *Luth* (BVerfGE 7, 198), de 15 de janeiro de 1958.

questão, Luth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburg e representante de um grupo que pretendia restabelecer a confiança do povo judeu, organizou um boicote na exibição do filme *Unsterbliche Geliebte* de caráter anti-semita e por suspeitas de conivência do cineasta com os nazistas do 3º Reich.

Na sequência, em 2º instância, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu que a decisão de 1º instância que condenou a conduta de Luth, violava o direito à Liberdade de expressão, e, portanto, o caso exigia uma ponderação entre os valores constitucionais em conflito no caso concreto. Por fim, restou concluído que o direito à Liberdade de expressão predominava sobre o interesse econômico. O Tribunal considerou todo o contexto histórico, político, social e cultural do caso, cujo intuito era coibir o fortalecimento de ideias nazistas na Alemanha<sup>221</sup>.

Sem embargo, o ordenamento jurídico alemão reconhece a relevância da Liberdade de expressão para manter um estado democrático e livre, a livre troca de informações e ideias para a tomada de decisões de questões privadas e públicas e afastar a necessidade de apelar para a violência física. Por outro lado, destaca como imperioso a aplicação do princípio da proporcionalidade, justificada por um interesse público relevante e a interpretação do contexto linguístico e social que determinada declaração foi feita, sobretudo, nos casos de discursos do ódio<sup>222</sup>.

Com efeito, ao abrigo de amplas disposições constitucionais, existe uma variedade de leis na Alemanha que proíbem atividades nazistas e incitamento ao ódio à determinadas classes ou raças ou mesmo insultos à honra pessoal.

Dentre elas, o Artigo 130 do Código Penal alemão, que condena, em suma, aquele que de alguma forma é capaz de perturbar a paz pública ao incitar o ódio contra segmentos da população ou sugerir medidas violentas ou arbitrárias contra eles; ou ferir a dignidade humana dos outros por um insulto, maliciosamente difamando ou caluniando segmentos da população.

O mesmo preceito define expressamente o discurso do ódio, ao declarar a proibição de publicações que incitem o ódio contra a população ou contra grupos determinados por

---

<sup>221</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit. p. 177

<sup>222</sup> BRUGGER, Winfried. Op. cit. p. 124

nacionalidade, raça, religião ou origem étnica. O dispositivo ainda condena todas as formas de negação, mentira e aprovação do Holocausto.

Nos termos deste artigo, ao contrário do sistema americano, o incitamento ao ódio e à violência não exigem um risco presente para ser punível, na verdade, é vislumbrada como elevação do risco geral de ruptura da paz pública, sobretudo, violações da dignidade e honra de grupos minoritários e a ocorrência de crimes de ódio<sup>223</sup>.

Além da seção para a preservação da paz pública, o Código Penal Federal alemão também inclui dispositivos aos crimes de ofensa, nos artigos 185 e seguintes. Nesses casos, o discurso do ódio pode ser dirigido tanto contra indivíduos como contra grupos, representando um insulto intencional à honra de alguém.

Ademais, constitui uma ofensa criminal manifestar sinais, rótulos, ou uniformes nazistas ou de organizações. e formas padrão de saudação (Heil Hitler!), bem como escrever, imprimir ou distribuir escritos que glorifiquem os atos de violência contra os seres humanos e incitem o ódio, em linha com os Artigos 86, 86a, 131 e 132 do Código Penal Alemão<sup>224</sup>.

Portanto, a abordagem contemporânea alemã para o discurso do ódio possui duas influências principais: a liberdade de expressão circunscrita propriamente por valores fundamentais como a dignidade humana e por interesses constitucionais como honra e personalidade e o registro histórico do Terceiro Reich contra os judeus, notadamente, sua propaganda de ódio virulento e da discriminação que culminou no Holocausto.

No tocante a interpretação da lei que proíbe a teoria revisionista, ou seja, que criminaliza a negação do Holocausto, permeiam algumas questões, como: Até onde a proibição da teoria revisionista é capaz de ocasionar uma violência nazista na Alemanha? Com a criminalização alemã da negação do Holocausto simples, os objetivos subjacentes à proteção da liberdade de expressão serão realmente cumpridos?<sup>225</sup> Quais direitos amparados constitucionalmente são prejudicados pela simples negação do Holocausto?<sup>226</sup> Quais os limites adequados entre fato e opinião?<sup>227</sup>

---

<sup>223</sup> BRUGGER, Winfried. Op. cit. p. 129

<sup>224</sup> BOLLINGER, Lee. Op. cit. p. 256

<sup>225</sup> BRUGGER, Winfried. Op. cit. p. 131

<sup>226</sup> Ibid, p. 132

<sup>227</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit. p. 42

A justificativa alemã para tal proibição é que negar os fatos históricos é roubar dos judeus a sua individualidade, sua identidade coletiva e sua dignidade. É como uma ameaça ao ambiente social e político em que os judeus e a comunidade Judáica podem se sentir como parte integrante<sup>228</sup>.

Nesse sentido, vale uma destaque para o caso de Germar Rudolf<sup>229</sup>. Em 1991, Rudolf, um jovem químico alemão, trabalhava na sua tese de doutorado em um renomado instituto na Alemanha, quando foi convidado para preparar um relatório de peritos forenses pela equipe de defesa de Otto E. Remmer, condenado por negar o Holocausto, nos termos do Art. 130 do Código Penal Alemão.

Rudolf foi convidado a estudar documentos, recolher e analisar amostras e escrever um relatório sobre as conclusões aferidas, dentre elas um teste dos vestígios químicos do acampamento Auschwitz, que mais tarde foi utilizado pela equipe de defesa de Remer. No entanto, para a infelicidade de Germar, Remer ainda incluiu no relatório sua própria interpretação sobre os resultados de sua pesquisa, o que levou o Tribunal alemão e a mídia a associarem Rudolf ao mesmo crime, de negar o Holocausto, culminando na condenação de Germar.

Por fim, decorrido um longo processo de fuga da Alemanha e pedido de asilo nos Estados Unidos, sem sucesso, em 14 de novembro de 2005, Rudolf foi deportado para a Alemanha e preso pelas autoridades policiais. Em 15 de março de 2007, o Tribunal Distrital de Mannheim condenou Rudolf a dois anos e seis meses de prisão pela publicação dos resultados de suas pesquisas acadêmicas, sob fundamento de que tais resultados envenenam as mentes da massa, incitam ao ódio, menosprezam a lembrança dos mortos e injuria aos vivos.

Enquanto as proibições contra o discurso de ódio são notoriamente reconhecidas, admitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de conflito entre valores constitucionais que o discurso do ódio suscita, as decisões do Tribunal ilustram dificuldades de traçar uma linha convincente sobre a proibição da teoria revisionista.

---

<sup>228</sup> Ibid. p. 43

<sup>229</sup> Disponível em »<http://germarrudolf.com/persecution/germars-persecution/a-lawyers-introduction-to-the-rudolf-case/>« Acesso em 06 de setembro de 2016

Nos dizeres de Brugger<sup>230</sup> além do povo judeu considerar a negação do Holocausto como uma ofensa à honra dos judeus mortos à época, a Alemanha também considera tal conduta como uma difamação de grupos e incitamento ao ódio. No entanto, questiona-se: o que exatamente configura o incitamento ao ódio ou o ataque individual à dignidade de cada judeu que vive atualmente na Alemanha?

Coadunamos com a posição de que o Holocausto é uma singularidade moral, política, jurídica e histórica da Alemanha, e, assim, fomenta o interesse global sobre direitos humanos. No entanto, proibí-lo sob fundamento de que tal conduta configura um discurso do ódio representa um extremismo quando se procura assegurar a discussão aberta e irrestrita em todos os assuntos de interesse público, ainda aqueles que desprezamos<sup>231</sup>.

Nesse sentido, Meyer-Pflug<sup>232</sup> destaca, ao citar Dworkin, que o fato da Alemanha ter sofrido com o regime nazista, não legitima um tratamento especial para proibição do discurso do ódio, pois ainda que o Holocausto represente um marco de horrores na Alemanha, a história de outros países é marcada por fatos igualmente ruins e abomináveis, como por exemplo a escravidão.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico da Alemanha legitima a proibição do discurso ódio, mas reconhece a importância da Liberdade de expressão para manutenção da democracia livre e plural, utilizando, para tanto, a metodologia do princípio da proporcionalidade no conflito entre direitos fundamentais, sobretudo, para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o sistema constitucional alemão apresenta um certo extremismo ao vedar a teoria revisionista, pois ao considerar qualquer negação ao Holocausto um incitamento ao ódio, desvitaliza o exercício do direito a Liberdade de expressão, essencial para garantir um discurso livre e democrático. Vale dizer que, por vezes, a mera negação de fatos históricos, tem como intuito fomentar um debate para a busca da verdade e não propagar a discriminação.

---

<sup>230</sup> BRUGGER, Winfried. Op. cit. p. 132

<sup>231</sup> “Qualquer que seja a ponderação de valores “correta” nos casos de discurso do ódio, ela não pode ser encontrada sem uma discussão aberta e irrestrita, consciente do propósito especial do princípio da liberdade de expressão para a proteção do discurso ofensivo”. BRUGGER, Winfried. Op. cit. p. 136

<sup>232</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit. p. 183/184



Por fim, cumpre destacar que uma série de leis europeias que proíbem determinadas formas de discurso do ódio, também criminalizam a negação de alguns fatos históricos, como por exemplo o genocídio dos armênios.

No tocante às mensagens de conteúdo nazista, como a negação do Holocausto, os seguintes países preveem sua criminalização: Áustria, Bélgica, República Checa, França, Alemanha, Liechtenstein, Lituânia, Países Baixos, Polónia, Roménia, Eslováquia, Espanha e Suíça<sup>233</sup>.

Não obstante, cada país possui um grau de tolerância sobre o discurso negatório, enquanto a Alemanha e Áustria, são mais radicais, países como a Lituânia e a Roménia, tem uma flexibilidade maior. Por outro lado, países como Reino Unido, Irlanda e os países escandinavos, permitem livremente a manifestação de mensagens nazistas<sup>234</sup>.

O Tribunal Europeu dos Direitos Homem reconhece que a negação do Holocausto não se encontra protegida pela Liberdade de expressão quando relacionado a difamação racial dos judeus e incitamento ao ódio contra eles<sup>235</sup>.

A proliferação de episódios de violência racista, anti-semita e a intolerância a outras minorias, exigem cada vez mais a adoção de medidas efetivas para combatê-las, como é o caso da Espanha em que os registros de atos de racismo, xenofobia, homofobia, e demais níveis de intolerância estão crescendo progressivamente.

O sistema jurídico espanhol, coaduna, com a posição de que em que pese o direito a liberdade de expressão ser indissociável do pluralismo político, da tolerância e da abertura de espírito, o mesmo não configura um direito fundamental absoluto. O Tribunal Constitucional já se manifestou inúmeras vezes no sentido de que manifestações de ideias ou opiniões de carácter insultuoso ou ofensivo, que visem menosprezar ou discriminar indivíduos e grupos por qualquer condição ou circunstância pessoal, ética ou social e que, portanto, vão contra tal propósito, não estarão protegidas pelo direito à Liberdade de expressão<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> BAZYLER, Michel J. *Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism*. International Institute for Holocaust Studies, Yad Vashem, 2006, p. 1. Disponível em » <http://www.yadvashem.org/yv/en/holocaust/insights/pdf/bazyler.pdf>« Acesso em 08 de setembro de 2016

<sup>234</sup> Id.

<sup>235</sup> CEDH, Caso Garaudy V. França (App. n.º. 65831/01), de 24 de junho de 2003.

<sup>236</sup> ITXASO, María Elósegui. *Manual de prácticas de las asignaturas Ética y Derecho y Argumentación jurídica*, Prensas pela Universidad de Zaragoza, 2014, pp. 212/213.

Com efeito, a Espanha, como um Estado democrático de direito, estabelece na sua Constituição<sup>237</sup>, além da garantia à Liberdade de expressão, as condições e limites para o seu exercício. Assim, o Artigo 16.1 da Constituição espanhola garante a Liberdade ideológica, religiosa e de culto, sem mais limitações em suas manifestações, que a necessária para a manutenção da ordem pública protegida pela lei, o Artigo 20.1, garante o direito de expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias, e opiniões mediante a palavra, a escrita ou qualquer outro meio de reprodução e o Artigo 20.4, destaca que tais liberdades tem seu limite no respeito aos direitos reconhecidos no presente título e nos preceitos das leis que desenvolvam e, especialmente, no direito à honra, à intimidade, à própria imagem e na proteção da juventude e da infância<sup>238</sup>.

Nesse cenário, vale destacar que eventuais limites também englobam o respeito à outros preceitos constitucionais, como à dignidade da pessoa humana e à igualdade, fundamentais para evitar contextos de violência, discriminação e incitamento ao ódio.

Em atenção aos limites em referência, recentemente, foi promulgada a lei orgânica 1/2015 de 30 de março, que altera a Lei 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal da Espanha. O novo regulamento ajusta um novo tratamento contra certas formas e atos de incitamento ao ódio e à violência, como manifestações racistas e xenófobas, por meio do sistema legal penal, notadamente, ao regular conjuntamente os antigos artigos 510 e 607 do Código Penal Espanhol (Agora Artigo 510, 1, c)).

Desta forma, em linha com as exigências, do Tribunal Constitucional nº 235/2007, de 7 de Novembro, com o decisão-quadro nº 2008/913/2010/AI do Conselho da Europa, de 28 de Novembro e para superar o impasse doutrinal e jurisprudencial que deu margem a interpretações divergentes nos tribunais, foram introduzidas algumas alterações no Código Penal<sup>239</sup>.

Dentre as principais mudanças, cita-se o primeiro parágrafo do artigo 510, que estabeleceu uma sanção mais grave, de 01 (um) a 04 (quatro) anos e multa de 06 (seis) a 12 (doze) meses, para as ações que encorajem publicamente, incitem ou promovam direta ou

---

<sup>237</sup> Constituição Espanhola de 29 de dezembro de 1978.

<sup>238</sup> Tradução livre.

<sup>239</sup> CENDRA, Motserrat Comas d'Argemir. *Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión*. IX Jornada de Justicia Penal Internacional y Universal: Prevención y lucha contra los delitos de odio y todas las formas de intolerância. Barcelona, 2016, p. 17

indireta o ódio, hostilidade, discriminação ou violência contra grupos ou indivíduos, por razões de racismo ou anti-semitismo, ou mesmo por razões de ideologia, religião, ou crenças, situação familiar, a participação de membros de um grupo étnico, nacionalidade, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, doença ou deficiência.

Na sequência, submetendo à mesma pena, para os atos de negação ou glorificação à crimes de genocídio, crimes contra a humanidade ou contra pessoas ou bens protegidos em caso de conflito armado, ou exaltar seus autores, quando forem cometidos contra grupos ou indivíduos pelas mesmas razões acima expostas, e assim promova ou favoreça um clima de violência, hostilidade, ódio ou discriminação contra eles.

Por outro lado, os atos que violam a dignidade das pessoas por meio de humilhação ou desprezo contra eles e a glorificação ou justificação dos crimes cometidos contra eles ou seus membros por uma razão discriminatória, sem prejuízo da sua punição mais severa no caso de ações de incitamento ao ódio ou hostilidade contra eles, ou apropriado para promover um clima de comportamento de violência, são organizados no segundo parágrafo do artigo 510, com pena de prisão de 6 meses a 2 anos e uma multa de 06 (seis) a 12 (doze) meses.

O dispositivo estabelece ainda, um agravamento das sanções se os atos forem cometidos através de meio de comunicação social, da internet ou utilizando outra tecnologia da informação, de forma que seja acessível à um grande número de pessoas, bem como para os casos que em razão do contexto são aptas a alterar a paz pública ou gerar uma insegurança ou medo entre os membros do grupo atingido. Finalmente, o parágrafo 6 do Artigo 510 prevê a possibilidade de destruição eliminação ou invalidade de conteúdos, quando o crime for cometido através da informação e tecnologia de comunicações.

Depreende-se, portanto, que o sistema jurídico espanhol reconhece a importância da liberdade de expressão para a formação de uma debate público aberto, livre e plural e para manutenção do Estado democrático de direito, contudo, não reconhece a proteção pela Liberdade de expressão às expressões contidas no discurso do ódio.

Sob essa ótica, recentemente, o orador da Sentença nº 623/2016, de 13 de julho<sup>240</sup>, Julian Sanchez Melgar, da Câmara do Supremo Tribunal Criminal da Espanha, em linha com outras decisões<sup>241</sup>, ressaltou que expressões que fazem parte do discurso do ódio, não são protegidas pela liberdade ideológica ou pela liberdade de expressão. E acrescenta que: “não se trata de criminalizar opiniões divergentes, mas combater à promoção pública de atos que causem uma perda grave no sistema de liberdade e de danos à paz da comunidade, atentando, assim, contra o sistema democrático estabelecido. Adicionalmente, destaca também que a humilhação ou o desprezo às vítimas afeta diretamente a sua honra e sua dignidade, perpetuando a sua vitimização, que é renovada através dessa conduta.

Por todo o exposto, cumpre ressaltar que não obstante a promulgação das alterações legislativas citadas, o tratamento legal do discurso do ódio no sistema espanhol ainda possui traços genéricos e abstratos o que, conforme destacado por Gallego Anabitarte<sup>242</sup>, exige do Tribunal a aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de conflitos entre a liberdade de expressão e outros valores constitucionais, sob risco de comprometer a democracia.

Este cenário, contudo, contribui para uma insegurança jurídica dos cidadãos, uma vez que o acesso ao Tribunal só ocorreria quando a perigo ou o dano se concretize, e, portanto, a proteção pode ser tardia.

Com efeito, Liern<sup>243</sup> afirma que “a posição do Tribunal Constitucional ganhará coerência e funcionalidade hermenêutica na hora de abordar os casos mais extremos em que se coloca em questão os fundamentos da própria ordem constitucional”, o que, supostamente, afastaria o vácuo legislativo.

---

<sup>240</sup> TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STS nº 3113/2016, de 13 de julho de 2016. O caso envolveu a condenação de uma mulher, à um ano de prisão, por glorificar o terrorismo e a humilhação às suas vítimas em um perfil na rede social Twitter Disponível em »<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-un-ano-prision-a-una-joven-por-humillar-a-traves-de-twitter-a-Irene-Villa-y-a-Miguel-Angel-Blanco>« Acesso em 19 de setembro de 2016

<sup>241</sup> TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STS nº 676/2009, de 5 de junho; STS nº 846/2015, de 30 de dezembro.

<sup>242</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial: (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*. Madrid: Civitas, 1994, p. 2006. apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit. p. 172.

<sup>243</sup> LIERN, Göran Rollnert, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del tribunal constitucional (1980-2001)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, pp. 54-56. Disponível em »[http://www.academia.edu/14749876/La\\_libertad\\_ideal%C3%B3gica\\_en\\_la\\_jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_Constitucional\\_1980-2001\\_](http://www.academia.edu/14749876/La_libertad_ideal%C3%B3gica_en_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional_1980-2001_) » Acesso em 19 de setembro de 2016, p. 269.

Sem embargo, coadunamos com o entendimento de que os critérios jurisprudenciais do Supremo Tribunal espanhol não possuem uma linearidade, sendo alvo frequente de contradições nas decisões proferidas, o que mantém a lacuna de uma proteção adequada do discurso do ódio dirigido contra as minorias.

Igualmente, em Portugal, o regime jurídico-constitucional abrange uma ampla garantia à Liberdade, dentre elas a Liberdade religiosa, de culto, de ensino, de trabalho, da indústria e comércio, de reunião, de associação, de expressão, dentre outras.

A Liberdade de expressão é assegurada através dos direitos fundamentais, ao abrigo do Artigo 37.1 da Constituição portuguesa de 1976 que dispõe que “Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”. Na sequência o Artigo 37.2 da CRP estabelece que “o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”.

A despeito de tais disposições, o Artigo 37.3 da CRP estabelece que “As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei”. Finalmente o Artigo 37.4 da CRP dispõe que “A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos”.

Isto posto, vale dizer que ainda que o artigo 37, n<sup>os</sup> 1 e 2 da CRP garantam o exercício do direito a liberdade de expressão sem qualquer impedimento, discriminação e censura, a partir da leitura dos demais parágrafos é possível depreender que sua garantia não é absoluta e ilimitada, cuja infração pode conduzir a punição criminal ou administrativa<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> Nesse particular, Canotilho e Vital Moreira destacam que do Artigo 37.3 da CRP, “conclui-se que há certos limites ao direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento, cuja infracção pode conduzir a punição criminal ou administrativa. Esses limites visam salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de tal modo importantes que gozam de protecção, inclusive, penal”. Por fim, citam entre os direitos protegidos: os direitos dos cidadãos à sua integridade moral, ao bom nome e reputação; a injúria e a difamação ou o incitamento ou a instigação ao crime não podem reclamar-se de manifestações da liberdade de expressão ou de informação. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República ... Op. cit.*, p. 575

Com efeito, o artigo 18.2 da CRP vêm dispor que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Canotilho e Vital Moreira, afirmam, contudo, que “dentro dos limites do direito (expressos ou implícitos), não pode haver obstáculos ao seu exercício e, fora as exclusões constitucionais admitidas todos gozam dele em pé de igualdade. Na falta de uma cláusula de restrição dos referidos direitos, ele tem de ser pelo menos harmonizado e sujeito a operações metódicas de balanceamento ou de ponderação com outros bens constitucionais e direitos com eles colidentes como a dignidade da pessoa humana, os direitos das pessoas à integridade moral ao bom nome e reputação, à palavra e à imagem, à privacidade, etc”<sup>245</sup>.

Por outro lado, no tocante ao discurso do ódio são conferidas algumas limitações legais como o Artigo 240 do Código Penal Português, que com a alteração mais recente pela Lei 59 de 04 de setembro de 2007, criminaliza qualquer forma de discriminação baseada na raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género, incluindo neles os atos que tem o intuito de ameaçar, divulgar, provocar atos de violência ou difamar ou injuriar através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade<sup>246</sup>. Da mesma forma pune-se àqueles que fundam, constituem ou participem de organizações ou grupos que visem o incitamento ao ódio ou à violência contra minorias.

Verdadeiramente, aquele que emite discursos com intuito de discriminar e estigmatizar uma minoria, nega o estatuto de igualdade e a mesma dignidade social contra a mesma. Nesse sentido, a CRP ao assegurar a igualdade entre os cidadãos dispõe no Artigo 13.2 que “Ninguém

---

<sup>245</sup> Ibid. pp. 573/574. Na mesma linha, o relator Santos Cabral, do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão nº 48/12.2YREVR.S1, de 05 de julho de 2012 nº 48/12.2YREVR.S1, de 05 de julho de 2012, proferiu que “A liberdade de expressão não pode prevalecer quando o seu exercício violar outros valores aos quais a lei confere tutela adequada. Tais valores tanto podem emanar de uma necessidade de defesa de bens jurídicos radicados na ordem constitucional, e cuja valoração é intuitiva, como podem resultar de uma necessidade de tutela de valores que inscritos no espaço jurídico em que o nosso país se inscreve nomeadamente o comunitário”. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL, Acórdão nº 48/12.2YREVR.S1, de 05 de julho de 2012 nº 48/12.2YREVR.S1, de 05 de julho de 2012.

<sup>246</sup> “A mera difusão de conclusões sobre a existência, ou não, de determinados factos, sem emitir juízos de valor sobre os mesmos, ou a sua ilicitude, não se pode considerar como uma exceção à Liberdade de expressão, mas sim como o produto de uma eventual elaboração intelectual, porventura injustificada ou patética, mas admissível” SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Acórdão nº 48/12.2YREVR.S1, de 05 de julho de 2012, 3º Secção, Santos Cabral (Relator).

pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Nessa linha, contra as formas de discriminação o regime jurídico português dispõe ainda da Lei n.º 20, de 06 de Julho de 1996 que permite a constituição como assistente em processo penal no caso de crime de índole racista ou xenófoba por parte das comunidades de imigrantes e demais associações de defesa dos interesses em causa; o Decreto-Lei n.º 111/2000 de 4 de Julho que regulamenta a Lei n.º 134, de 28 de Agosto de 1999 que proíbe as discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, elencando as ações ou omissões de práticas discriminatórias e as sanções cabíveis; a Lei n.º 39, de 30 de Julho de 2009 que estabelece o regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos, definindo no Artigo 39.1, d), como contraordenação a prática de atos ou o incitamento à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos; além da ratificação de tratados internacionais com cláusulas gerais anti-discriminatórias.

Todavia, vale dizer que o sistema português coaduna com a posição de que o direito à liberdade de expressão não deixa de proteger manifestação de ideias e opiniões de caráter incisivo ou divergente, pois isso atentaria contra o próprio texto constitucional. A restrição da liberdade de expressão é aplicada nas ocasiões em que determinados grupos ou indivíduos tem a intenção única e exclusiva de incitar o ódio ou à violência, discriminar, ofender e humilhar outrem, atribuindo-lhe uma condição de inferioridade<sup>247</sup>.

Nos dizeres de Jonatas Machado<sup>248</sup>, somente devem ser restringidas “as formas extremas de discurso ostensivamente produzido (...), tendo em vista estigmatizar, insultar de humilhar um determinado grupo, seja ele minoritário ou majoritário, para além de qualquer

---

<sup>247</sup> “As declarações do arguido (...) no exercício do direito de Liberdade de expressão, e tendo fundamento sério para, em boa fé, as reputar verdadeiras, não são ilícitas por resultarem do exercício da Liberdade de expressão, podendo a crítica ser legitimamente exercida no contexto da luta política, apenas sendo ilícitos os juízos de valor quando enxovalham e rebaixam a pessoa visada à condição de quem não é sequer reconhecido como interlocutor, sendo-lhe atribuídas características que o singularizam como pessoa especialmente merecedora de repugnância”. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, Acórdão n.º 1712/2008-5, de 20 de janeiro de 2009, Ricardo Cardoso (Relator).

<sup>248</sup> MACHADO, Jónatas, *Liberdade de Expressão... cit.* p. 847

objectivo sério de confronto de factos, ideias e opiniões”. Ou seja, as manifestações com intenção de opinar, debater, questionar e criticar são protegidas pela liberdade de expressão.

Pelo exposto, vale ressaltar que a restrição da liberdade de expressão no ordenamento jurídico português é avaliada caso a caso com a ponderação dos interesses em causa ou em conflito, de forma que não sejam toleradas as formas de incitamento ao ódio e à violência tampouco seja subtraído o direito fundamental à liberdade de expressão conquistado<sup>249</sup>.

#### 4.1.3 O sistema interamericano e brasileiro

À respeito do direito à liberdade de expressão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o reconhece e o regula através do Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica)<sup>250</sup>, que dispõe que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão, sem consideração de fronteiras e por qualquer meio (§1º).

O exercício da liberdade de expressão não pode estar sujeito à censura prévia, com exceção de espetáculos públicos, para proteção moral da infância e da adolescência (§ 4º), contudo, admite-se responsabilidades ulteriores, legalmente previstas e desde que vise assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas (§ 2º). Na sequência o artigo proíbe a restrição do direito de expressão por vias ou meios indiretos, ou quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões (§ 3º).

---

<sup>249</sup> “Para resolver o conflito entre bens ou interesses de igual valor constitucional ter-se-á que obter a “harmonização ou “concordância prática” dos bens em colisão, traduzida numa mútua compressão por forma a atribuir a cada um a máxima eficácia possível, respeitando o princípio jurídico constitucional da proporcionalidade”. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE PORTO, Acórdão nº 0530280, de 03 de março de 2005, Ataíde das Neves (Relator).

<sup>250</sup> Todos os Estados que adotam a Convenção têm a obrigação de respeitar seu exercício e tomar as medidas que forem necessárias para garanti-lo, submetendo-se ainda determinações da CIDH no tocante ao alcance dos direitos e liberdades reconhecidos e quais os requisitos devem ser seguidos para cumprí-los. De acordo com o site da Corte Interamericana ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)), atualmente 25 estados adotam a Convenção: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.



O dispositivo reconhece ainda, a proibição à toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (§ 5º).

Com efeito, a CIDH adota o posicionamento que, à priori, a liberdade de expressão representa a pedra angular da existência da sociedade democrática pois atua na formação da opinião pública, no intercâmbio de ideias e informações e no debate público e livre<sup>251</sup>, e, portanto, em linha com a CEDH, a CIDH afirma que não se deve respeitar somente a difusão de informações ou ideias que são recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou qualquer setor da sociedade. Essas são as exigências do pluralismo, da tolerância e da abertura de espírito, sem os quais não há uma sociedade democrática<sup>252</sup>.

Não obstante, é importante destacar que a liberdade de expressão não é reconhecida pela Corte como um direito absoluto, podendo ser objeto de restrição, especialmente, para garantir certos interesses públicos ou de outras pessoas<sup>253</sup>, conforme destacada a previsão do Artigo 13, §§ 2º, 4º e 5º da Convenção.

Com relação ao discurso do ódio, verdadeiramente, a CIDH não possui um marco histórico-jurisprudencial tão vasto quanto o sistema europeu, contudo, seu tratamento é consolidado por sua posição expressa em relatórios anuais e opiniões consultivas publicadas.

A Comissão e a Corte interamericana, portanto, adotam a posição que não deve se confundir discursos do ódio com outros tipos de discursos provocadores, estigmatizantes ou ofensivos. Eventuais sanções ou proibições de um discurso, de acordo com o Artigo 13 §§ 2º e 5º da Convenção, devem ser medidas excepcionais, de forma que constitua uma prova atual, verdadeira, objetiva e contundente de que o indivíduo não emitiu somente uma opinião, mas, teve a intenção de promover uma violência ilegal ou qualquer outra ação similar e constituir um

---

<sup>251</sup> CIDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, Capítulo IV, par. 70. Esta opinião consultiva foi a primeira manifestação da CIDH sobre o direito à Liberdade de expressão, em que se estabeleceu os principais aspectos para sua compreensão e o seu alcance.

<sup>252</sup> CIDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, de 02 de julho de 2004, Serie C nº. 107, parágrafo 113. CIDH. Informe Anual 2009. Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão. Capítulo III. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de dezembro de 2009, p. 32.

<sup>253</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão. Capítulo IV. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48. 31 de dezembro de 2015, p. 16

verdadeiro risco de danos contra as pessoas pertencentes à certos grupos<sup>254</sup>. Ou seja, toda formalidade, condição, restrição ou sanção imposta deve ser proporcional ao objetivo legítimo perseguido<sup>255</sup>.

Neste cenário, é fundamental que os Estados distingam claramente entre (i) as expressões que constituam um delito; (ii) as expressões que não são sancionáveis penalmente, mas poderiam justificar um processo civil ou sanções administrativas, e (iii) as expressões que não são legalmente sancionáveis, mas que geram preocupação em termos de tolerância, de civilidade e do respeito aos direitos dos demais<sup>256</sup>.

Portanto, verificadas estas condições e configurado o discurso do ódio, o direito a liberdade de expressão poderá ser restringido com atribuição posterior de sanções penais, considerando-se, eventualmente, sanções e recursos civis e administrativos, somados ao direito de retificação e réplica.

Cumpra esclarecer que os demais discursos intolerantes que não constituam estritamente um incitamento à violência, também podem estar sujeitos ao estabelecimento de responsabilidades posteriores para garantir o direito à dignidade e à não-discriminação de um grupo particular da sociedade.

Portanto, a Comissão e a Relatoria Especial sobre a liberdade de expressão consideram que as expressões que abertamente denigram, estigmatizam ou discriminam pessoas ou grupos, que não alcancem o limiar de apologia ao ódio e constitua incitamento à violência ilegal, de acordo com o artigo 13, §5º da Convenção, podem ser submetidas a imposição de sanções ulteriores de natureza civil ou administrativa, ou à recursos como o direito a retificação e à réplica, desde que observados os requisitos estabelecidos no Artigo 13, §2º da Convenção e aplicada por uma entidade estatal independente.

Nesse sentido, a Comissão e a Corte Interamericana tem afirmado de forma reiterada que os requisitos para restrição ao direito à liberdade de expressão e as responsabilidades que

---

<sup>254</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão. Capítulo IV. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48. 31 de dezembro de 2015, p. 48

<sup>255</sup> CIDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, de 02 de julho de 2004, parágrafo 113.

<sup>256</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão. Capítulo IV. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48. 31 de dezembro de 2015, p. 18; Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, La Lucha contra el Discurso de Odio. CERD/C/GC/35. 26 de septiembre de 2013, p. 20.

sobrevenham devem estar estabelecidas de maneira prévia e expressa na lei, sem ambiguidades e de forma clara, através de uma lei formal ou material<sup>257</sup>. Ademais, eventual restrição deve estar orientada para servir os objetivos estabelecidos na Convenção, ser necessário numa sociedade democrática e estritamente adequados, idôneos e proporcionais ao objetivo pretendido<sup>258</sup>.

Sendo assim, é possível concluir que a Corte Interamericana permite a restrição do exercício da liberdade de expressão, desde que não configurem uma censura prévia<sup>259</sup> e respeitem os requisitos legais, reconhecendo, para tanto, a aplicação de sanções posteriores para ações consideradas abusivas e repressivas, avaliadas em cada caso concreto.

Sem embargo, o direito à liberdade expressão como um direito em si mesmo e como um elemento fundamental da democracia também representa uma ferramenta essencial para a defesa de outros direitos<sup>260</sup>.

Nesse sentido, a Comissão e a Corte Interamericana tem reiterado a importância do direito a liberdade de expressão para garantir o direito à igualdade das minorias e dos membros de grupos que sofrem algum tipo de discriminação, pois, a desigualdade resulta na exclusão de certas vozes no processo democrático, prejudicando os valores do pluralismo e da diversidade de informação. O efeito deste fenômeno de exclusão é similar ao efeito que produz a censura: o

---

<sup>257</sup> CIDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 27 de janeiro de 2009. Serie C. nº. 193, pá. 117.

<sup>258</sup> CIDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, Capítulo IV, par. 39/40; CIDH. Informe Anual 2010. Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão. Capítulo II. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5. 04 de março de 2011, pá. 51; CIDH. Informe Anual 2009 Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão. Capítulo III. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de dezembro de 2009, pá. 62 e ss.

<sup>259</sup> Com relação a censura prévia dos discursos de caráter discriminatório, estigmatizante ou ofensivos, ao contrário do Sistema interamericano, o Sistema Europeu admite a possibilidade de restrição prévia sempre que estejam previstas na lei, responda a interesses legítimos, sejam necessárias para a proteção de bens públicos e respeitem a margem de apreciação nacional, admitindo também a tutela judicial preventiva, em que a prevenção é definida pelos juízes, salvaguardando as garantias de todos. Como exemplo, vale citar as restrições de expressões favoráveis ao regime nacional socialista, reconhecido como discurso do ódio e igualmente nos casos de discursos terroristas. HERRERA, Daniel A. *La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno de los estados parte*. Prudentia Iuris Nº 78, 2014. Pontificia Universidad Católica de Argentina, Argentina: 2014, p. 35/36. Disponível em » <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/libertad-expresion-sistema-interamericano.pdf>« Acesso em 28 de setembro de 2016.

<sup>260</sup> A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH reconhece que o direito à liberdade de expressão e o direito à igualdade caminham juntos de forma que contribuem de forma complementar e essencial para a garantia e salvaguarda da dignidade da pessoa humana. CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão. Capítulo IV. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48. 31 de dezembro de 2015, pá. 6.

silêncio. Ao serem excluídos do debate público, seus problemas, experiências e preocupações se vêem invisíveis, situação que os tornam mais vulneráveis a intolerância, à discriminação e à marginalização<sup>261</sup>.

A Comissão e a Relatoria Especial sobre a liberdade de expressão consideram que a proibição legal do discurso do ódio não é capaz de eliminar a estigmatização, a discriminação e o ódio, elementos já profundamente arraigados nas sociedades. Sob esse prisma, adota-se a posição de que eventuais sanções legais não são suficientes para eliminar as desigualdades sociais, as discriminações e os danos existentes em certos discursos públicos<sup>262</sup>.

Por conseguinte, segundo a Comissão e a Relatoria Especial sobre a liberdade de Expressão, a promoção e a proteção do direito à liberdade de expressão deve conciliar com os esforços para combater a intolerância, a discriminação, o discurso do ódio e o incitamento à violência, notadamente, a partir da promoção de políticas públicas proativas que fomentem a inclusão social nos meios de comunicação e assegurem o efetivo exercício da liberdade de expressão sem discriminação<sup>263</sup>. São necessárias ações por parte dos Estados e da sociedade em geral para promover um enfoque compreensivo que supere as medidas jurídicas e inclua mecanismos preventivos e educativos<sup>264</sup>.

Ou seja, fomenta-se mais discurso, não menos, pois, ao assegurar uma maior e melhor diversidade e pluralismo no acesso aos meios de comunicação, é possível combater o discurso do ódio com um debate mais vigoroso entre os indivíduos, afastando o silêncio das minorias.

Finalmente, com intuito de erradicar toda forma de discriminação e intolerância, em 05 de junho de 2013, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovou a “Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância”<sup>265</sup> e a

---

<sup>261</sup> Ibid, pár.. 7.

<sup>262</sup> Ibid, pár. 21

<sup>263</sup> Ibid, pár. 9.

<sup>264</sup> Ibid, pár. 21

<sup>265</sup> Esta representa um marco histórico de grande valor, pois é o “primeiro instrumento juridicamente vinculante que condena a discriminação em razão da nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade, cultural, opinião pública ou de natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, condição de saúde física ou mental, inclusive infectocontagiosa, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição”. Disponível em »[http://www.oas.org/pt/sla/ddi/boletim\\_informativo\\_tratados\\_inter-Americanos\\_jun-17-2013.html](http://www.oas.org/pt/sla/ddi/boletim_informativo_tratados_inter-Americanos_jun-17-2013.html)« Acesso em 29 de setembro de 2016.

“Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de Intolerância”, que marcam o compromisso com seus Estados-Membros na implementação de planos e medidas de combate à discriminação.

Com efeito, ambas Convenções oferecem um parâmetro para conter discursos do ódio, ao dispor no Artigo 4º, dos respectivos instrumentos:

“Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância, inclusive: i. apoio público ou privado a atividades discriminatórias ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento; ii. publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, inclusive a internet, de qualquer material que: a) defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância; e b) tolere, justifique ou defenda atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo Direito Internacional, ou promova ou incite a prática desses atos; iii. violência motivada por qualquer um dos critérios estabelecidos no Artigo 1.1 (...).

Todos os Estados que ratificarem as Convenções<sup>266</sup> acima têm a obrigação de respeitar seu exercício e tomar as medidas que forem necessárias para garanti-lo. O Brasil está entre os países que assinaram os instrumentos, em 06 de junho de 2013.

Vale dizer que o Brasil é signatário de diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos<sup>267</sup>, que consagram visões normativas e axiológicas veemente contra a discriminação e a intolerância, que cada vez mais integram a comunidade global.

O Brasil, como país democrático de direito, reconhece a liberdade de expressão como um direito fundamental de posição notória. Assim o reconhece ao longo do texto constitucional,

---

<sup>266</sup> Atualmente, a Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Panamá, Uruguai assinaram a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e Antígua e Barbuda, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Haiti, Panamá, Uruguai assinaram a “Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de Intolerância”, nenhum Estado ratificou ainda. Disponível em [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_texto\\_cronologico\\_lista.asp#2013](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_cronologico_lista.asp#2013) Acesso em 29 de setembro de 2016.

<sup>267</sup> O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 07 de setembro de 1992; ratificou a Convenção Internacional pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, em 27 de março de 1968; Ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, em 16 de novembro de 1995; ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em 12 de dezembro de 1991.

notadamente, nos artigos 5º e 220º da CRFB, ao garantir, em suma, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e toda manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer meio, sem quaisquer restrições, observado disposto na Constituição.

Ainda assim, o ordenamento jurídico brasileiro não lhe confere caráter absoluto, dispondo de restrições e limites, sobretudo, para assegurar outros bens e valores constitucionais, como a igualdade<sup>268</sup> e a dignidade da pessoa humana<sup>269</sup>.

O sistema jurídico brasileiro reconhece que a sociedade brasileira é marcada por uma robusta desigualdade social e por discriminações das mais diversas formas e, nesse cenário, partindo-se da premissa de que a liberdade individual não se relaciona a mera abstenção do Estado, nos casos de manifestações de ódio, é fundamental uma ação estatal – e também da sociedade em geral – que coíba os discursos que silenciam as vozes de suas vítimas<sup>270</sup>.

Portanto, com o respaldo da carta constitucional que dispõe como um de seus principais objetivos a promoção do bem sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o ordenamento jurídico brasileiro obstina-se progressivamente no debate para a criação de leis e medidas que visem o combate contra atos discriminatórios marcados pela violência e intolerância<sup>271</sup>.

Como por exemplo a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989 (com as alterações promovidas pela Lei nº 12.735/2012 e pela Lei nº 12.288/2010), que prevê a punição por crimes de discriminação por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, a Lei nº 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, de forma a garantir a igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica, a Lei nº 12.965/2014, que institui o marco civil da internet

---

<sup>268</sup> Artigo 5º, CRFB

<sup>269</sup> Artigo 1º, III, da CRFB.

<sup>270</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 48.

<sup>271</sup> O Artigo 3º da CRFB assim dispõe “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Adicionalmente, o Artigo 5º, inciso XLI, da CRFB dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; e o inciso XLII do mesmo artigo prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

e prevê eventuais restrições de conteúdos e responsabilização dos provedores de aplicações de internet desde que determinadas por ordem judicial específica para que sejam tomadas as providências cabíveis, assim como o Código penal que prevê a punição para o crime de injúria racial.

Verdadeiramente, na prática, as medidas contra manifestações de ódio não acompanham o ritmo dos atos que promovam ou incitem à discriminação, à violência e à intolerância<sup>272</sup>.

À esse respeito, recentemente, Paulo Leivas, Procurador Regional da República, afirmou que “o discurso de ódio no Brasil está num nível quase epidêmico”, citando como exemplo os atos violentos contra indígenas e manifestações de teor machista e de extrema-direita<sup>273</sup> praticados em campus das Universidades brasileiras. Para Leivas, a liberdade de expressão não protege esse tipo de conduta.

Relevante salientar, contudo, que, à priori, o sistema brasileiro coaduna com a teoria de que juízos de valor são protegidos pela liberdade de expressão, ou seja, asseguram-se as manifestações de opiniões subjetivas, que, ainda que possam criticar ou ofender, integram um Estado pluralista e democrático.

Não obstante, por vezes, a prática se vale de restrições rígidas da liberdade de expressão, como um caso recente que envolveu a artista Mônica Iozzi, que foi condenada pela 2º Vara Cível de Brasília, ao pagamento de uma indenização de R\$ 30.000 (trinta mil reais). A artista publicou em sua rede social, uma foto no Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, com a legenda “Cúmplice? Gilmar Mendes concedeu Habeas Corpus para Roger Abdelmassih, depois de sua condenação a 278 anos de prisão por 58 estupros”. O juiz do caso, concluiu que Mônica “abusou do seu direito de liberdade de expressão, por imputar ao ministro a

---

<sup>272</sup> Conforme destacado por Jorge terras, representante da Rede de Direitos Humanos e Sistema de Justiça no Brasil, a legislação penal brasileira precisa de alterações, já que, 69 % das pessoas julgadas por crimes raciais são absolvidas devido às penas brandas. Disponível em »<http://www.sul21.com.br/jornal/o-discurso-de-odio-no-brasil-esta-num-nivel-quase-epidemico-afirma-procurador-da-republica/>« Acesso em 03 de outubro de 2016.

<sup>273</sup> Nesse sentido, Leivas afirma que “o clima de instabilidade política e os atos de intolerância em relação às opções partidárias contribuem para esse risco. “Há o aumento da retórica incendiária por muitas pessoas, campanhas de incentivo ao ódio por parte de autoridades e parlamentares” Manifestação do Procurador Regional da República, Paulo Leivas, em Audiência Pública contra o discurso do ódio, em 05 de maio de 2016. Disponível em »<http://www.sul21.com.br/jornal/o-discurso-de-odio-no-brasil-esta-num-nivel-quase-epidemico-afirma-procurador-da-republica/>« Acesso em 03 de outubro de 2016.

cumplicidade do crime de estupro, tornando questionável o seu caráter e imparcialidade na condição de julgador”<sup>274</sup>.

Por outro lado, a respeito da negação de fatos históricos, a restrição do direito à Liberdade de expressão já é mais consolidada, notadamente, se estiver vinculado à identidade da pessoa ou grupo ou representa uma forma de discriminação, como o holocausto judeu da Segunda Guerra Mundial, pois manifestações desse jaez evocam à violência e representam uma ideologia de discriminações qualificadas.

Esta posição ficou marcada no emblemático caso Siegfried Ellwanger<sup>275</sup>, de 17 de setembro de 2003, que teve seu habeas corpus negado e condenado em uma ação penal, por maioria dos votos no STF, com base no Artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, com redação dada pela Lei nº 8.081/1990<sup>276</sup>, por publicar livros de caráter anti-semita, com apologia à ideias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus e negação do Holocausto.

As questões que residiam eram, em suma, o conflito entre direitos fundamentais, ou seja, a liberdade de expressão e a dignidade do povo judeu e se o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo e, nesse caso, se o crime de racismo era aplicável ao povo judeu. Ou seja, judeu pode ser considerado raça ou é uma religião? A questão era relevante, pois a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo.

No tocante a questão da raça, o ministro Maurício Correa, em seu voto, ressaltou que “a discussão se os judeus se constituem ou não uma raça perde sentido, na medida em que quem discrimina o está fazendo como uma raça, promovendo e incitando a segregação. Assim, afigura-se mais relevante o conceito antropológico do que o científico. A existência de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, sendo ela a ser considerada na aplicação do Direito”. Ou seja, entendeu o ministro que não há como negar o caráter racista do antisemitismo<sup>277</sup>. A matéria foi vencida por maioria dos votos.

---

<sup>274</sup> Disponível em »<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/monica-iozzi-e-condenada-pagar-r-30-mil-ministro-gilmar-mendes.html>« Acesso em 03 de outubro de 2016

<sup>275</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Caso Siegfried Ellwanger (Habeas Corpus nº 82424 do Rio Grande do Sul), de 17 de setembro de 2003. Disponível em » <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>« Acesso em 03 de outubro de 2016.

<sup>276</sup> “Artigo 20: Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou o preconceito de raça religião, etnia ou procedência nacional. Pena de Reclusão de dois a cinco anos”.

<sup>277</sup> Voto-Vista Maurício Corrêa, p. 3.



Superada essa questão, passou-se a analisar se o livro pode ser um meio de praticar o racismo, tendo em vista o direito constitucional à liberdade de expressão e à liberdade ideológica. Sob essa ótica, por maioria dos votos, restou concluído que o livro só é mais um meio de manifestação de expressão, e, portanto, qualquer divulgação intolerante com intuito de atingir uma determinada raça é uma incitação ao racismo.

Restaram vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que concluíram, em suma, que a publicação de livros representa a liberdade ideológica, de opinião, de pensamento e ideias. Nesse sentido, Marco Aurélio afirmou em seu voto que a ideologia defendida na obra, ainda que cause um repúdio, “não pode ser objeto de reprimenda direta e radical pelo Poder Público, sendo esta possível somente quando a divulgação da ideia ocorra de maneira violenta ou com mínimo riscos de se propagar ou de se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade”. Nesse sentido, afirmou que a obra não incitou à violência, tratando-se de uma “revisão histórica, ainda que muito pouco atraente e em parte quixotesca”.

Finalmente, afirmou o ministro que diferentemente de outros meios que veiculam opiniões, o conteúdo do livro não é transmitido aos leitores independente de sua vontade<sup>278</sup>, ou seja, o livro não é um veículo de massa como a televisão o rádio ou até mesmo a internet, é necessária uma predisposição para leitura de uma obra<sup>279</sup>.

Por fim, no que diz respeito ao conflito entre os direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de expressão do paciente e a igualdade e a dignidade do povo judeu, a maioria dos votos acolheu a teoria do princípio da proporcionalidade, que consiste na restrição de um dos direitos colidentes, a partir de uma ponderação proporcional de direitos e interesses igualmente protegidos pela constituição, em linha com as exigências de adequação dos meios, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito<sup>280</sup>.

No entanto, ainda que sob o mesmo fundamento do princípio da proporcionalidade, o voto do Min. Gilmar Mendes, resultou em uma conclusão diversa do voto do Min. Marco Aurélio.

---

<sup>278</sup> Voto do Min. Marco Aurélio, p. 32/37. Disponível em »<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>« Acesso em 05 de outubro de 2016.

<sup>279</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit, p. 207/208.

<sup>280</sup> MACHADO, Jónatas E. M. DE BRITO, Iolanda Rodrigues. *Bibliografia...* Op. Cit., p 32

No que diz respeito ao requisito de adequação dos meios, em que se avalia se a medida adotada é adequada para almejar o objetivo perseguido, o Min. Marco Aurélio<sup>281</sup> entendeu que o fato do paciente transmitir a sua versão da história não quer dizer que os seus leitores irão concordar e, ainda que concordem não quer dizer que vão discriminar os judeus, até porque o os envolvidos no atual momento histórico são outros. Por outro lado, o Min. Gilmar Mendes<sup>282</sup> afirmou que a proibição da obra é imprescindível para garantia de uma sociedade plural e tolerante.

Com relação ao requisito de necessidade, ou seja, se a restrição adotada não excede os limites indispensáveis para a conservação do objetivo almejado, o Min. Marco Aurélio<sup>283</sup> concluiu que ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente, a obra deveria ser mantida, garantindo, portanto, a liberdade de manifestação de pensamento do paciente, uma vez que a restrição a tal direito não garantiria sequer a conservação da dignidade do povo judeu. Enquanto o Min. Gilmar Mendes<sup>284</sup> afirmou que a proibição da obra seria o meio menos gravoso, de forma que a própria Constituição reconhece o criminalização e a imprescritibilidade do racismo.

Finalmente, quanto a exigência da proporcionalidade em sentido estrito, que exige que o resultado atingido seja proporcional ao meio empregado, o Min. Marco Aurélio<sup>285</sup> entendeu que a proibição da obra não se mostra razoável, na medida em que o sentimento anti-semita não se mostrava plausível na sociedade brasileira, em comparação com a discriminação contra negros e índios e, portanto, não existiam indícios de incitação a prática de violência, mesmo porque existem outros meios mais fáceis, rápidos e econômicos da população ter acesso a tais pensamentos, como a internet. Para o o Min. Gilmar Mendes<sup>286</sup>, contudo, a proibição da obra é razoável na medida em que a liberdade de expressão não protege a intolerância racial e a incitação à violência.

Diante deste cenário, é possível concluir, que a atual posição do STF é quando caracterizado um discurso do ódio, este deve ser proibido, sob pena de ferir outros direitos

---

<sup>281</sup> Voto do Min. Marco Aurélio, p. 40

<sup>282</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 33

<sup>283</sup> Voto do Min. Marco Aurélio, p. 41

<sup>284</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 34

<sup>285</sup> Voto do Min. Marco Aurélio, p. 42

<sup>286</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 34

fundamentais, como no caso em questão em que a dignidade da pessoa humana prevaleceu sobre a liberdade de expressão. O STF reconhece a necessidade de assegurar um caminho meio que não sufoque de forma demasiada o direito a liberdade de expressão, contudo, deve haver uma ponderação entre os valores em causa em cada caso concreto.

Ainda assim, conforme foi possível vislumbrar, a ponderação dos direitos, pautada pelo princípio da proporcionalidade, pode levar a diferentes resultados e, portanto, não é sempre a ferramenta mais adequada para harmonizar os interesses.

Para Sarmiento<sup>287</sup>, “é preciso ir além, indicando alguns parâmetros materiais para esta ponderação, que possam servir de guia para o intérprete, conferindo ao processo mais segurança e previsibilidade, e reduzindo as margens de arbítrio do julgador”.

Com efeito, com o intuito de promover um maior consenso global sobre a relação apropriada entre o respeito à liberdade de expressão e a promoção da igualdade, um estudo que reuniu em Londres os membros da ONU e de outras organizações, em dezembro de 2008 e em janeiro de 2009, elaborou os denominados “Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade”<sup>288</sup>.

O 12º princípio propõe que os Estados elaborem normas legais contra o discurso do ódio, ao dispor no item 12.1 que “Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio). O preceito ainda ressalta a importância de apresentarem de forma clara e objetiva os termos ódio, hostilidade, promoção e incitação, conforme definições sugeridas no dispositivo.

Além disso, a ação recomenda a adoção de alguns critérios para enquadrar um discurso como discurso do ódio, tornando-o passível de punição. Tais critérios incluem a definição de severidade, intenção, conteúdo ou forma do discurso, extensão do discurso, probabilidade de ocorrência de dano, iminência e contexto e foram elaborados para servir de orientação às Cortes para identificar o discurso do ódio<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit.. p. 55

<sup>288</sup> Disponível em »<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>« Acesso em 03 de outubro de 2016

<sup>289</sup> Disponível em » [http://artigo19.org/centro/files/discurso\\_odio.pdf](http://artigo19.org/centro/files/discurso_odio.pdf)« Acesso em 17 de outubro de 2016

Na sequência, o documento declara que os Estados não devem proibir o abrandamento ou negação de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de Guerra, críticas ou debates envolvendo ideias, crenças ou ideologias particulares, ou religiões ou instituições religiosas, ao menos que, de fato, constituam discurso do ódio. Finalmente, garantem um recurso efetivo à favor das pessoas que sofreram danos ou prejuízos com o discurso do ódio e ressaltam que os Estados devem revisar seu marco legal para assegurar que toda regulamentação de discurso do ódio se adeque a essas diretrizes.

#### 4.2 O discurso do ódio como argumento possível a limitação da liberdade de expressão

Em atenção à atual arena global que o discurso do ódio se insere e às doutrinas e aos casos narrados, questiona-se: Existe um caminho meio para garantir a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais diante do discurso do ódio? Estamos diante de um futuro de censura ou de discurso livre?

Conforme foi possível vislumbrar, o regime democrático associa-se ao pluralismo, à tolerância e à abertura de espírito, exige uma esfera de discurso e debate aberto, competitivo e livre de censura, de ideias e opiniões divergentes, em que qualquer assunto esteja disponível para a discussão, incluindo àquelas divergentes ou que figurem como ofensiva para alguns, é o que traduz o mercado livre de ideias.

Contudo, as perspectivas da atual sociedade democrática demonstram um óbice ao garantir, deveras, uma igualdade no exercício desta liberdade de expressão, o que resulta numa forma intrínseca de censura na sociedade, quando determinados grupos são privilegiados pelo seu status social ou por terem mais acesso à determinados meios de comunicação, fazendo prevalecer suas ideias, interesses e necessidades.<sup>290</sup>

Este cenário contribui para o desenvolvimento da desigualdade e repressão de determinados grupos sociais, o que remete a figura do discurso do ódio, reconhecido como qualquer manifestação que tenha como exclusiva intenção de instigar à violência, o ódio ou à

---

<sup>290</sup> MACKINNON, Catharine A. *Only words*, London, 1995, p. 57/58

discriminação ou, simplesmente, insultar, intimidar ou estigmatizar indivíduos e grupos por motivos de raça, etnia, nacionalidade, sexo, religião, entre outros aspectos.

Em face deste panorama, é que se desenvolveu a teoria da restrição do direito à liberdade de expressão, ainda que, nas palavras de Jonatas Machado, seja “discutível a medida em que isso torna desejável a restrição da liberdade de expressão, ou seja, até que ponto é que os benefícios de uma política de restrição da liberdade de expressão em nome da proteção dos interesses de dignidade e status de grupos marginalizados pode colocar em perigo, a esfera de discussão pública que, entre outras coisas, constitui uma parte importantíssima da infra-estrutura da autodeterminação democrática da sociedade no seu todo”.<sup>291</sup>

Conforme demonstrado, ao contrário do que alguns autores progressistas americanos afirmam sobre os demais ordenamentos, a manifestação de ideias e opiniões não perde sua proteção por seu caráter incisivo ou divergente, sendo igualmente amparadas pelo direito a liberdade de expressão protegido pelas constituições modernas<sup>292</sup>, é o que garante o ambiente aberto e plural com respeito mútuo entre os participantes de um debate do Estado democrático de direito.

No entanto, Sarmiento<sup>293</sup> sustenta que este ambiente é inviabilizado pelo discurso do ódio, que está muito mais próximo de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões, na medida em que afirmações de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão.

Neste contexto, portanto, eventuais restrições às expressões devem ser justificadas por meio da referência ao seu impacto, como a probabilidade da expressão conduzir para uma ação ilegal iminente<sup>294</sup>, as limitações a liberdade de expressão não podem se fundamentar em regras gerais ou em suposições.

Ou seja, sob esse prisma, se em determinadas circunstâncias, discursos forem interpretados como manifestações intencionalmente ofensivas, discriminatórias, com uma intenção exclusiva de estigmatizar e minar o status social de um determinado grupo ou de seus

---

<sup>291</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 90

<sup>292</sup> BRUGGER, Winfried. Op.cit., p. 120.

<sup>293</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 32-33

<sup>294</sup> COLIVER, Sandra. Op. cit., p. viii.

membros, incitando ao ódio e à violência, seria legítima a restrição à liberdade de expressão. Portanto, não trata-se de uma mera discordância de opiniões antidemocráticas, são atitudes ativas que visam *exclusivamente* ofender, humilhar, discriminar e estigmatizar outrem.

Portanto, se um determinado indivíduo proclama um discurso contra a política de cotas racial das universidades públicas do Brasil, porque no seu entender o governo negligenciaria ainda mais as falhas do ensino fundamental e médio do Brasil, que asseguraria uma igualdade intelectual entre os alunos que pretendem ingressar na universidade por meio do vestibular, tal opinião, mesmo podendo ser interpretada por alguns de forma discriminatória, não poderia ser restringida, pois a intenção do autor não é excluir a pretensão dos negros de ingressar na universidade, mas sim, insurgir-se a favor de uma atuação política educacional mais apropriada.

Nesse sentido, Kevin Boyle<sup>295</sup> defende que em determinadas circunstâncias outros interesses prevalecem sobre a liberdade de expressão, sem suprimir o valor do direito à liberdade de expressão, bem como, por vezes, em determinada situação, ao preferir a liberdade de expressão, não significa conceder preferência a Liberdade para discriminação. Um direito está subordinado ao outro<sup>296</sup>.

Com efeito, é imprescindível harmonizar os direitos a partir de justificações coerentes de uma dada circunstância particular, sem cair no risco de que a limitação sobreponha ao ponto de ameaçar o próprio direito<sup>297</sup>.

Jonatas Machado assim afirma que “O princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos só faz realmente sentido enquanto o exercício dos direitos fundamentais por parte de cada um deles lhe estiver, em última análise, subordinado”.

---

<sup>295</sup> “To point out that there are circumstances in which other interests should win out over freedom of expression is not inconsistent with a strong commitment to the value of freedom of expression. Equally to argue that the law should not interfere with certain kinds of antisocial speech or insulting and denigrating publication does not mean that free speech advocates are indifferent to the rights of racial or religious minorities. To the contrary, they strongly believe that freedom of expression is a Vital right in the struggle to defeat discrimination, bigotry and intolerance.”. BOYLE, Kevin. *Overview of a dilemma: censorship versus racism*. In: COLIVER, Sandra. Op. cit., p. 2

<sup>296</sup> MACHADO, Jónatas, *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 841

<sup>297</sup> Nesse sentido, o Professor Vieira de Andrade sustenta que “respeitar-se a protecção constitucional dos diferentes direitos ou valores, procurando uma solução no quadro da unidade da Constituição, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema” ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3º ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 324.

#### 4.2.1 A dialética da proteção do direito à dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade diante do discurso do ódio

Diante desta perspectiva, a partir da análise dos ordenamentos e casos narrados, é possível concluir que a proteção do discurso do ódio, bem como a sua proibição levantam questões sérias e difíceis. Os dois panoramas, admitidos, respectivamente, pelos Estados Unidos e por outras democracias ocidentais, apresentam suas vantagens e desvantagens.

A abordagem americana, que defende, veemente, a liberdade de expressão, tem seu aspecto positivo ao admitir o discurso do ódio que representa pouca ameaça e poucos danos, ou seja, assenta uma maior tolerância afastando os riscos decorrentes da restrição da Liberdade de expressão, além de ser mais clara e objetiva aos discursos permitidos ou não. Todavia, ao permitir uma hipertrofia do direito à Liberdade de expressão, despreza os danos potencialmente graves que sobrevenham, notadamente, àqueles contra à dignidade da pessoa humana e à igualdade<sup>298</sup>.

Por outro lado, o discurso do ódio nas demais democracias ocidentais tem a vantagem de combater de forma mais ampla manifestações de ódio, principalmente que atentem contra a dignidade, a igualdade, a autonomia e bem-estar de suas vítimas, de forma que este tipo de intolerância seja passível de punição, contudo, tem como desvantagem o risco de alargar as formas de censura para outros tipos de discurso<sup>299</sup>.

Eric Barendt<sup>300</sup> afirma que é difícil precisar o escopo geral ou o peso que o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana possuem quando considerados simultaneamente e com relação à Liberdade de expressão.

Liern<sup>301</sup>, destaca que a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à toda pessoa, que traz consigo a pretensão de respeito por parte dos demais, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar<sup>302</sup> e destaca ainda que a liberdade é um pressuposto prévio da dignidade humana enquanto que esta última deriva diretamente dele.

---

<sup>298</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 50

<sup>299</sup> Ibid. p. 51

<sup>300</sup> BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 34.

<sup>301</sup> LIERN, Göran Rollnert, Op. cit., 2002, pp. 54-56.

<sup>302</sup> Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Espanhol se manifestou pela primeira vez na sentença nº 53/1985, de 11 de abril.

Nessa linha, Samantha Meyer P-Flug<sup>303</sup> sustenta que ao assegurar o direito à dignidade da pessoa humana, os efeitos na sociedade, de discriminações com fundamento na raça, sexo, nas crenças e na etnia são minimizados. E conclui ao destacar que a discriminação e a desigualdade são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, e, portanto, o discurso do ódio ao agredir tal direito deve ser combatido.

Com efeito, os discursos de incitamento ao ódio atingem não só a dignidade da pessoa individualmente considerada, mas a dignidade de todo um grupo social, na medida em que tais discursos são dirigidos a um determinado grupo visando estigmatizar e discriminar os indivíduos que o compõe<sup>304</sup>.

Entretanto, nos dizeres de Barendt, em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana constituir um limite ao direito à liberdade de expressão, sobretudo nos casos de discursos contrários a esse princípio, é imprescindível uma análise caso a caso, para equilibrar a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no contexto dos casos particulares.

No tocante a igualdade e a liberdade, como preceitos basilares do atual Estado Democrático de Direito, é inevitável reconhecer que ambos são princípios complementares. Nesse sentido, Jónatas Machado<sup>305</sup> afirma que a Liberdade de expressão só se manifesta na sua totalidade quando os indivíduos estão munidos de uma igual Liberdade.

Com efeito, a igualdade em uma sociedade plural, implica, justamente, no igual respeito às diferenças, expressando uma normatividade no sentido de reconhecimento e proteção das minorias<sup>306</sup>, notadamente, para assegurar igual direito para livre manifestação de ideias e opiniões para obter resultados mais justos e aceitáveis por todos<sup>307</sup>. Já dizia Aristóteles, “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”

Entretanto, sob essa ótica, para os defensores da restrição a liberdade de expressão nos casos do discurso do ódio, tal tipo de discurso contradiz fundamentalmente o princípio básico da igualdade, na medida que nega a igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade de

---

<sup>303</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op.cit., p. 125

<sup>304</sup> CODERCH, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 35  
*apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., 126

<sup>305</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 151.

<sup>306</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit.

<sup>307</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade. Op. cit., p. 31



alguns e legitimando a discriminação<sup>308</sup>, sacrificando, portanto, este e outros valores fundamentais.

Por outro lado, os que defendem a proteção do discurso do ódio sustentam que se todos são iguais em dignidade e respeito, a restrição de determinados discursos por motivos de discordância ou contrariedade violaria o direito à igualdade. Ou seja, aqueles que proferem determinados discursos contrários a ideologia estatal, são julgados pelos seus pensamentos.

Ademais, sob a perspectiva dos defensores da proteção do discurso do ódio, eventual restrição a liberdade de expressão seria perigoso até mesmo para os grupos estigmatizados, pois as limitações seriam conduzidas pelos agentes públicos também eivados de preconceito, e, portanto, seria utilizada com parcialidade contra os membros dos próprios grupos estigmatizados, nos seus protestos contra os preconceitos e discriminações de que são vítimas<sup>309</sup>.

Isso leva a refletir sobre a hipótese de que a proibição ou limitação impostos a determinadas expressões de caráter preconceituoso e discriminatório não geraria a inclusão das minorias, tampouco reduziria os problemas da desigualdade e do racismo. Como exemplo, cita-se a “United Kingdom’s Race Relations Law”, de 1965, que definiu os discursos de conteúdo ameaçadores, abusivos ou insultuosos ao ódio a raça, como crime na Inglaterra, e registrou casos de negros que proferiram palavras ofensivas contra brancos<sup>310</sup>.

Ademais, sustentam ainda que a repreensão às manifestações de ódio, ao invés de suprimi-las, traduz em mais publicidade, estimulando, por conseguinte, em mais preconceito, discriminação e intolerância<sup>311</sup>

Baker<sup>312</sup>, renomado mestre americano, em defesa da ampla liberdade de expressão, estabeleceu seis razões em oposição às restrições ao discurso do ódio (1) permitir as

---

<sup>308</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade. Op. cit., p. 33

<sup>309</sup> BAKER, Edwin. *Hate speech*, University of Pennsylvania Law School, 2008, p. 15. Disponível em »<http://ssrn.com/abstract=1105043>« Acesso em 14 de maio de 2016.

<sup>310</sup> ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 36.

<sup>311</sup> Nesse sentido, Baker sustenta que “(...) speech prohibitions can increase (or create) racist individuals’ or groups’ sense of oppression and, thereby, their rage and belief that they must act (...) If this suggestion is right, the primary immediate effect of the speech prohibition may be simply to suppress (or to attempt to suppress) people’s expression of their racist views. The primary dynamic consequence of suppression is to outrage and alienate those suppressed. (...) That is, the prohibition is likely to increase the virulence of their views and their self-understanding of being treated unjustly by a legal order that they see as coddling those whom they despise.”. BAKER, Edwin. *Hate speech*... Op. cit., p. 16. Ver também COLIVER, Sandra. Op. cit., p. vii

<sup>312</sup> BAKER, Edwin. *Hate speech*... Op. cit., p. 19/20.

manifestações contra os discursos do ódio é a única forma de manter viva a compreensão do mal do ódio na sociedade; (2) forçar a vedação ao discurso do ódio dificulta a localização do problema para que a sociedade possa responder; (3) suprimir o discurso do ódio implica na probabilidade de aumentarem os casos de surtos violentos; (4) suprimir o discurso do ódio reduz a auto-compreensão da sociedade; (5) a proibição legal e aplicação das leis contra o discurso do ódio são suscetíveis de desviar energias políticas para respostas mais eficazes e relevantes, especialmente, para as desigualdades que afligem a sociedade e, (6) a proibição legal e aplicação das leis contra o discurso do ódio são suscetíveis de criar uma “ladeira escorregadia” (slippery slope), traduzindo em resultados contrários as necessidades das vítimas do ódio racial e de outros grupos estigmatizados.

Em atenção, ao item 3 acima descrito, Thomas Emerson sustenta que eventual proibição de discursos do ódio podem, a curto prazo, conter a manifestação de tais expressões, contudo, a longo prazo, quase que inevitavelmente, a probabilidade desses discursos reprimidos periodicamente resultarem em surtos violentos é grande. Portanto, ele conclui que a liberdade de expressão de forma mais ampla, ajuda a criar uma estabilidade que reduz a chance de uma violência irracional.

É que, como diz o Professor Jónatas Machado<sup>313</sup>, “uma doutrina de restrição do discurso a partir do ódio (hate speech; hate crimes) em nome de uma moralmente correcta política do amor tem que ser objecto da maior precaução, sob pena de a «nova liberdade de expressão» acabar por se confundir com a “velha censura””.

#### 4.2.2 Proposta de compatibilização entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio

Diante desse cenário, portanto, qual seria a melhor forma de compatibilizar a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais, sobretudo, o direito à dignidade da pessoa humana e o à igualdade, diante do discurso do ódio? A partir da categorização de certos atos expressivos como discursos do ódio, ou a partir da ponderação entre valores constitucionalmente protegidos, pautados pelo princípio da proporcionalidade? Ou existe, ainda, outro meio mais eficaz de harmonizar tais direitos?

---

<sup>313</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...* Op. cit., p. 847.

A categorização de atos expressivos por meio de leis é, notoriamente, difícil de interpretar e aplicar. Leis sobre o tema, devem ser objeto de maior precaução, pois devido ao seu caráter subjetivo, existem dificuldades de delimitar suas definições, interpretações e seu nível de abrangência<sup>314</sup>. Cada Estado retrata de forma diferenciada essa relação, conciliando com seu contexto histórico, cultural, religioso, social e político, o que traduz nas mais diversas abordagens sobre o tema. É imprescindível a avaliação criteriosa das complexidades que abarcam a regulação do discurso do ódio<sup>315</sup>.

Ns palavras de Owen Fiss, a regulação estatal do discurso do ódio deve ser objeto de promoção da liberdade de expressão e não de sua limitação, pois em algumas instâncias “o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão inibindo o discurso”<sup>316</sup>. E ainda completa ao questionar se a regulação em questão aumentaria efetivamente a qualidade do debate? Ou produziria um efeito contrário?<sup>317</sup>

Sem embargo, muitas dessas democracias padecem de dificuldades para delinear diferenças entre fatos e juízos de valor e de justificar de forma concisa os casos de discurso do ódio, o que resulta em riscos para a própria democracia, pois leis neutras podem legitimar restrições excessivas à liberdade de expressão sucedendo em uma censura para outros tipos de

---

<sup>314</sup> COLIVER, Sandra. Op.cit., p. 363/367

<sup>315</sup> “In other words, the standards of constitutionally permissible regulation of hate speech should conform to certain fundamental principles that transcend geographical, cultural and historical differences, and at the same time remain sufficiently open to accommodate certain highly relevant historical and cultural variables. The fixed principles involved are openness to pluralism and respect for the most elementary degree of autonomy, equality, dignity and reciprocity. The variables, on the other hand, include the particular history and nature of discrimination, status as minority or majority group, customs, common linguistic practices, and the relative power or powerlessness of speakers and their targets within the society involved. To minimize problems and to reduce the possibility of bias, regulation of hate speech should be subjected to a dialectic fueled by the tensions created by efforts to reconcile the fixed principles and the relevant variables” (...) One way in which this can be achieved is by taking into account historically significant differences between the proponents and intended targets of hate messages. ROSENFELD, Michel. Op. cit., pp. 61/62.

<sup>316</sup> FISS, Owen. Op. cit., p. 4

<sup>317</sup> Ibid. p, 24

discursos essenciais para a garantia do pluralismo<sup>318</sup>. Ademais, eventuais leis sobre o tema, tendem a desviar a atenção sobre a necessidade de tratar a raiz das questões que envolvem o discursos do ódio<sup>319</sup>.

Diante desse panorama, portanto, entendemos que eventuais regulações estatais que venha a limitar a liberdade de expressão, censurando determinados tipos de discursos, devem, ser sucedidas por àquelas que promovam a liberdade de expressão, de modo que a minoria vítima do discurso possa exercê-la de forma igual, evitando, assim, restrições excessivas e gerais.

No tocante ao método da ponderação a partir do princípio da proporcionalidade, citado no capítulo anterior, que, tradicionalmente, implica na ponderação proporcional entre direitos fundamentais que colidam entre si, ocasionando na restrição de um deles, de acordo com a tríplice dimensão de adequação dos meios, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito<sup>320</sup>, existem algumas questões a serem avaliadas quando se trata de restrição do direito à liberdade de expressão sob a atual perspectiva democrática.

Hodiernamente, o princípio da proporcionalidade se tornou um instrumento jurídico frequente utilizado pelos juizes, notadamente, quando concorrem e quando restringem ou limitam direitos fundamentais<sup>321</sup>. Sem embargo, Suzana Tavares<sup>322</sup> destaca que “a realidade actual veio pôr em destaque as dificuldades metódicas associadas à realização deste princípio, sublinhando a diversidade de “culturas de interpretação”, e a urgência na promoção da metódica do direito comparado. Trata-se de uma área jurídica recentemente autonomizada e que veio a

---

<sup>318</sup> Este cenário remete para a ideia da teoria da “slippery slope”, que nas palavras de Wolfson “the “slippery slope” as the danger that courts will take one breach in content-neutrality and, in the interests of uniformity and coherence, develop other breaches. As an example of slipperyslope reasoning, a court may argue that just as racist speech is emotionally inflammatory and is based on false premises about human nature and should therefore be lawfully censored, so too should the government censor comic books that are emotionally inflammatory and promote violence in the reader. This slippery slope is a serious risk. It is one that should cause us concern with the new theorists” WOLFSON, Nicholas. Op. cit. p. 23

<sup>319</sup> COLIVER, Sandra. Op.cit., p. 363/367

<sup>320</sup> “O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação ao excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”. BARROSO, Luiz Roberto. Op,cit , p. 261.

<sup>321</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos fundamentais na arena global*. Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2014, p. 49.

<sup>322</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana. Op. Cit., p. 50.

generalizar as situações de conflito entre direitos fundamentais e interesse público, (...) motivadas por novas ponderações de valores em consequência da evolução social”.

Por outro lado, Tavares destaca para o fato de que a liberdade de expressão, dificilmente poderá ser trabalhado pela doutrina ou pela jurisprudência como um tema global, pois este é indissociável do concreto contexto histórico-cultural e sociopolítico, que fundamenta as restrições impostas pelo Sistema à liberdade de expressão, além das sensibilidades individuais dos juízes e pelos seus juízos políticos<sup>323</sup>.

Verdadeiramente, eventuais restrições a partir do princípio da proporcionalidade podem traduzir em interpretações diversas entre os ordenamentos jurídicos ou mesmo entre juízes de um mesmo ordenamento, conforme foi possível vislumbrar no capítulo anterior, no caso Siegried Ellwanger, julgado no Brasil, em que, ao aplicar o princípio da proporcionalidade os votos dos ministros resultaram em conclusões consideravelmente diferentes.

De todo modo, ainda que haja um obstáculo de estabelecer um standard global para a metódica da proporcionalidade, a globalização e a internacionalização do contexto das relações intersubjetivas e o exercício do direito comparado, exigem uma otimização deste cenário, de forma que, garanta, através do “diálogo”, a vocação globalizada da solução, ou, ao menos evitar grandes desgastes<sup>324</sup>.

Não obstante, não podemos limitar a solução do discurso do ódio somente ao princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, Sarmiento<sup>325</sup> sustenta que é preciso ir além, e, para tanto, sugere alguns parâmetros materiais iniciais, que sirvam como um norte para o intérprete, atribuindo ao processo mais segurança e previsibilidade, e reduzindo as margens de arbítrio do julgador.

Os parâmetros sugeridos, são, em suma: (i) uma maior tolerância dos excessos comunicativos dos grupos estigmatizados, do que dos grupos hegemônicos que ataquem as minorias, o que nos remete a figura do efeito silenciador, citado no Capítulo 3, da presente investigação, e, por fomentar o direito à igualdade; (ii) fomentar mais debate público e não mais

---

<sup>323</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana. Op. Cit., p. 33/34

<sup>324</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana. Op. Cit., p. 54.

<sup>325</sup> SARMENTO, Daniel, Op. Cit., pp. 55-57

censura, ainda que sejam manifestações desfavoráveis às minorias; (iii) restringir somente as manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito. As demais devem ser combatidas através da crítica pública e não da repressão juridicamente institucionalizada; (iv) a liberdade de expressão associada à liberdade religiosa, deve assumir um peso maior na ponderação de interesses; (v) a decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada à obra que contenha discurso do ódio não tem como ignorar o valor artístico, teórico ou científico da obra como um todo; (vi) o grau de dor psíquica que as manifestações de ódio discriminatórias provocam em suas vítimas deve ser um fator de suma importância na ponderação; (vii) combater, principalmente, a disseminação das idéias de ódio e preconceito contra minorias formadas por crianças e adolescentes, de forma a contribuir para a formação de adultos mais tolerantes e promover um futuro com uma sociedade mais harmônica e menos opressiva e (viii) atentar para os meios de divulgação das manifestações de ódio para um maior controle sobre os excessos cometidos, notadamente, através dos meios de comunicação de massa.

Para além de uma regulação estatal e de aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos concretos, e, em linha, com alguns, parâmetros sugeridos por Sarmento, coadunamos com a posição de que independente do sistema que proíba ou permita o discurso do ódio, o seu combate deve partir, sobretudo, de uma atitude mais tolerante<sup>326</sup>.

O discurso do ódio se apresenta como um limite para a tolerância, pois nega o diálogo e a garantia de um debate público livre e aberto, afastando os valores da dignidade da pessoa humana e da igualdade e a participação de todos no processo democrático.

Dessa forma, é imprescindível a garantia de um debate que perpasse o discurso do ódio, acompanhada de um efetivo reconhecimento do multiculturalismo, do pluralismo, do respeito mútuo às diferenças e de educação.

Assim, deve a sociedade atuar na formação uma estrutura institucional que garanta estes elementos no exercício dos direitos dos cidadãos e deve o Estado atuar<sup>327</sup> no

---

<sup>326</sup> Para Bobbio o estado de tolerância, exige uma reciprocidade, caso contrário figuraria-se um estado de prepotência. BOBBIO, Norberto. *Elogio à serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002, p. 43.

<sup>327</sup> “In view of these important changes the state can no longer justify commitment to neutrality, but must embrace pluralism, guarantee autonomy and dignity, and strive for maintenance of a minimum of mutual respect”. ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 63.

estabelecimento de políticas públicas de educação de forma que fomentem a tolerância e o respeito às diferenças, além de investir em políticas que garantam direitos e oportunidades para todos os cidadãos, valorizando os direitos sociais e promovendo uma justa distribuição de renda<sup>328</sup>. Ademais, há uma necessidade de o Estado atuar positivamente para ampliar a voz dos grupos que estão excluídos do plano comunicativo, afastando o efeito silenciador da sociedade<sup>329</sup>.

Adotamos, portanto, uma posição intermediária, de forma que, ainda que o discurso do ódio possa ser combatido com a restrição da liberdade de expressão, baseada por uma regulamentação ou por medidas judiciais, como o princípio da proporcionalidade e ações de indenização, entende-se que tal medida seria uma ferramenta superficial para o reconhecimento efetivo dos valores que envolvem uma sociedade democrática<sup>330</sup>. É primordial a adoção de ações complementares capazes de tratar a raiz do problema e garantir, efetivamente, a igualdade material e o reconhecimento de que todos são iguais em direitos e respeito<sup>331</sup>.

Verdadeiramente, a mera proibição do discurso do ódio acoberta uma solução para a questão, pois despreza a origem do problema, ignorando a adoção de medidas eficazes para afastar a discriminação, aumentar a tolerância, promover o pluralismo e o respeito.

Não se pretende aqui conduzir à uma posição liberal extrema, mas sim promover a garantia da isonomia nos diálogos e fomentar a prática de ações públicas e políticas de educação capazes de otimizar, a redução da intolerância, conhecer as mazelas que circundam o sistema e

---

<sup>328</sup> “Daí a necessidade de uma ação estatal no sentido de propiciar educação, políticas de inclusão social, de vedação à discriminação e o preconceito, pois aquilo que é conhecido é melhor compreendido. Educar é dotar o ser humano das condições e elementos necessários para se autogovernar e desta maneira questionar as ideias e opiniões que lhe são oferecidas”. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op.cit, p. 249

<sup>329</sup> MACHADO, Jónatas, *Liberdade de expressão...* Op. cit., 189.

<sup>330</sup> Sobre a restrição da liberdade Mill afirma que “afetam, apenas, aquela parte da conduta que a sociedade é competente para coagir, e são injustos unicamente porque, de fato, não produzem os resultados almejados”. MILL, John Stuart. Op.cit. p. 167

<sup>331</sup> “Ora, é evidente que a proibição do hate speech, por si só, não resolverá os problemas de injustiça estrutural e de falta de reconhecimento social que atingem as minorias. É fundamental para isso implementar ações públicas enérgicas, como as políticas de ação afirmativa, visando a reduzir as desigualdades que penalizam alguns destes grupos, e desenvolver, em paralelo, uma cultura de tolerância e valorização diversidade, através da educação e de campanhas públicas. Contudo, nenhuma destas medidas é incompatível com a proibição das manifestações de ódio e preconceito contra grupos estigmatizados. Pelo contrário, elas são estratégias complementares e sinérgicas, que partem do mesmo denominador comum: a necessidade do Estado posicionar-se com firmeza em favor da igualdade e do respeito aos direitos dos integrantes dos grupos mais vulneráveis que compõem a sociedade”. SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 44.

afastar posições e ideias destituídas de veracidade e de caráter discriminatório a partir da opinião pública.

Portanto, para além das soluções citadas, a tolerância, o respeito mútuo e a coexistência pacífica são os alicerces para o combate ao discurso do ódio nas democracias. Insurge-se Pflug<sup>332</sup> sobre a questão ao afirmar que “é imprescindível divulgar as culturas de cada povo, bem como o respeito aos valores adotados por cada sociedade, pois somente com informação, educação e tolerância é que se alcança uma opinião pública livre e consciente e se extirpa do sistema do discurso do ódio”.

---

<sup>332</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op.cit, p. 250.



## 5. CONCLUSÃO

Transcorrido o percurso histórico e conceitual da Liberdade de expressão, foi possível depreender que tal direito pressupõe uma opinião pública autônoma e uma esfera de discurso e debate público livre, plural e aberto, incluindo opiniões e ideias distintas e antagônicas, que constituem elementos fundamentais para construção de diferentes concepções, é o que determina o Estado democrático de direito.

A princípio, esta matriz teórica, remete, portanto, a um debate de respeito mútuo, de tolerância entre ideias e convicções divergentes, em que cada indivíduo expressa sua opinião, mas, eventualmente, examina e pondera os argumentos apresentados pelos outros.

Todavia, na prática, esta ampla liberdade de expressão é alvo de duras críticas, sobretudo, por não garantir, deveras, uma igualdade no exercício deste direito, diante de sociedades marcadas por disparidades sociais e econômicas em que determinadas grupos não tem as mesmas oportunidades de acesso aos meios de comunicação e as classes mais privilegiadas conquistam o campo da verdade com suas ideias, interesses e necessidades.

Este cenário contribui ainda para o desenvolvimento da intolerância e, por conseguinte, para a disseminação da desigualdade e da discriminação de determinados grupos sociais, o que gradualmente, resulta nos casos de discursos do ódio, que se encontra mais próximo de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões, em que manifestações tem como exclusivo intuito insultar, discriminar e estigmatizar, desvalorizar, incitar à violência ou humilhar determinado grupo como um todo ou os indivíduos que o compõe, negando um estatuto de igualdade às suas vítimas.

Sob este contexto, a discussão sobre o discurso do ódio é, em grande parte, um debate sobre os limites da tolerância. Com efeito, parte da doutrina, em que pese defender a tolerância das diferenças, defende que há uma diferença entre a tolerância de crenças e opiniões diversas e a tolerância que implica no preconceito e na discriminação. É necessário diferenciar a tolerância do dissenso.

Logo, a despeito de ser um direito amplo, a liberdade de expressão não é absoluta e ilimitada, estando sujeita a restrições excepcionais, à medida que a liberdade de cada um tem por limites o respeito, a liberdade e os direitos dos outros.

Para tanto, partindo de um reflexo das doutrinas e jurisprudências de algumas Cortes de direitos humanos e de países democráticos, a presente investigação dedicou-se a demonstrar os efeitos das limitações à liberdade de expressão diante do discurso do ódio, na atual transição democrática de diferentes sistemas jurídicos.

Com efeito, vislumbrou-se o sistema dos Estados Unidos, que defendem uma ampla liberdade de expressão, assegurado pela primeira emenda da Constituição Americana, assentando numa maior proteção de determinados discursos, incluindo àqueles que retratem ódio ou ofensa, para promoção de um debate totalmente livre de censura.

Neste cenário, eventuais restrições, são avaliadas de forma criteriosa e desde que esteja diante de um “perigo claro e iminente” (*clear and present*) de um caso concreto que viole um outro direito fundamental, de forma que a mera manifestação de uma ideia ou opinião em abstrato, não é suficiente para configurar sua restrição.

Verdadeiramente, é possível depreender que o sistema americano assumiu uma doutrina rígida no tocante a restrição da liberdade de expressão, conferindo a este direito uma posição preferencial em face de outros direitos fundamentais, o que agrava alguns problemas sociais e enfraquece outros direitos como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

Por outro lado, ainda que as demais democracias, como foram analisados alguns países da Europa, a CEDH, o Brasil e a CIDH, defendam a liberdade de expressão para as mais diversas ideias, inclusive aquelas que ofendem e choquem, reconhecem também que a tolerância e o respeito pela igual dignidade de todos os seres humanos constituem os alicerces de uma sociedade democrática e pluralista. Logo, devem ser ponderados alguns critérios que permitam a restrição à liberdade de expressão.

Com efeito, nos casos de conflito entre valores constitucionais, muitos ordenamentos, ainda que com certas variedades de rigor, admitem a regulação estatal do discurso do ódio e a aplicação do princípio da proporcionalidade, que implica na ponderação entre valores constitucionais que colidam entre si, restringindo um deles, em linha com a tríplice dimensão de adequação dos meios, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito.

Essa perspectiva demonstra que a proibição do discurso do ódio, ao impor limites aos ímpetos do direito à Liberdade de expressão não se mostra incompatível com o Sistema

democrático, ao revés, afasta os abusos do exercício deste direito quando venham a atingir demais direitos fundamentais e promover a intolerância e a discriminação contra minorias.

De todo modo, não devemos deixar de considerar as adversidades dessas limitações, há que se ter cautela no percurso deste caminho, sob pena de que a nova liberdade se estenda para a velha censura e a tolerância e a luta pelos direitos humanos sejam preteridos. À guisa de exemplo, temos a Alemanha, marcada pelas discriminações que culminaram no Holocausto, que apresenta uma posição mais extrema ao vedar a teoria revisionista, pois ao considerar a mera negação ao Holocausto um incitamento ao ódio, dessora o exercício do direito a liberdade de expressão, fundamental para garantir um discurso livre e democrático. Eventualmente, a simples negação de fatos históricos, tem como objetivo fomentar um debate para a busca da verdade e não propagar a discriminação.

Conforme foi possível depreender a complexidade do discurso do ódio assenta na presença da variedade de formas de manifestações de ódio e nas diversas interpretações entre os ordenamentos jurídicos, haja vista os diferentes contextos culturais, sociais, históricos e políticos. Logo, esse cenário indica para uma dificuldade de demarcar uma concepção padrão e, por conseguinte, justificar de forma evidente os limites entre direitos fundamentais, notadamente, envolvendo a liberdade de expressão.

Não obstante, a globalização progressiva do plano comunicativo entre as nações exige uma otimização e uma revisão da hermenêutica deste cenário, de forma que por meio do diálogo entre as diversas ordens, se alcance uma orientação global para a solução da questão.

A imanente tensão dialética entre a Liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, deve ser harmonizada a partir de argumentações coerentes de um determinado caso, sem cair no risco de que a limitação sobreponha ao ponto de ameaçar o próprio direito.

Além disso, por mais que desaprovemos manifestações de ódio e ideias discriminatórias, sua mera proibição ou restrição por meio do princípio da proporcionalidade não afasta integralmente sua estigma.

Com efeito, adotou-se, na presente investigação uma posição intermediária, de modo que ainda que, por vezes, restrições ao direito à liberdade de expressão sejam capazes de combater o discurso do ódio, a liberdade de expressão ainda é a forma mais eficaz de conhecer

as mazelas da sociedade e de combatê-las por meio do debate e da conscientização da tolerância, do pluralismo e do respeito.

Verdadeiramente, a maneira mais eficiente de obstaculizar a discriminação, o ódio e a intolerância é por meio do debate, numa lógica de argumento e contra-argumento, visando, assim, esgotar a incoerência desses tipos de discursos, de forma que uma parcela cada vez maior da sociedade passe a enfrentar seus argumentos, criticá-los, repelí-los e condená-los moralmente.

Dessa forma, é imprescindível uma atuação do Estado na promoção das liberdades comunicativas para que os mais diversos grupos tenham acesso à discussão, sobre os mais diversos assuntos, concedendo, para tanto, uma maior tolerância dos excessos comunicativos dos grupos estigmatizados, do que dos grupos hegemônicos que ataquem as minorias, de modo que gradualmente se formem sociedades mais tolerantes, capazes de reconhecer o multiculturalismo, o pluralismo e o respeito mútuo às diferenças.

Ademais, cabe ao Estado atuar no estabelecimento de políticas públicas de educação de forma que fomentem a tolerância e o respeito às diferenças e de políticas que assegurem direitos e oportunidades para todos os indivíduos.

Por fim, foi possível concluir que para além das linhas argumentativas adotadas por cada ordenamento jurídico, as ações mais eficazes para minimizar a discriminação, o ódio e a intolerância, são às que atingem a raiz do problema, traduzindo no pluralismo, no respeito as diferenças, na tolerância, no reconhecimento de que todos são iguais em direitos e respeito e assegurando, concomitantemente, um debate livre, plural e aberto.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- AFONSO da Silva, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Brasil: Malheiros Editores, 2005.
- ALEMANHA, *Lei Fundamental da Republica Federal Alemã* de 11 de Agosto de 1919.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3º ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- ASENJO, Porfirio Barroso e TALAVERA, María del Mar Lopez, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Madrid: Fragua, 1998.
- ASSEMBLEIA DAS NAÇÕES UNIDAS, *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* de 16 de dezembro de 1966.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA, *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789.
- BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press. 1989.
- \_\_\_\_\_ *Hate speech*, University of Pennsylvania Law School, 2008. Disponível em »<http://ssrn.com/abstract=1105043>«.
- BAKIRCIOLGLU, Onder. *Freedom of Expression and Hate Speech*. Heinonline, 16 Tulsa. J. Comp.& Int'l L. 2008.
- BARENDT, Eric *Freedom of Speech*, Oxford : Clarendon Press, 2007.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Ed. Saraiva: São Paulo. 2009.
- BAZYLER, Michel J. *Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism*. International Institute for Holocaust Studies, Yad Vashem, 2006. Disponível em » <http://www.yadvashem.org/yv/en/holocaust/insights/pdf/bazyler.pdf>«
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- \_\_\_\_\_. *Elogio à serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.
- \_\_\_\_\_. MATTEUCCI, Nirola. PASQUINO, Giafranco. *Dicionário de Política*. 5ª Edição. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- BOLLINGER, Lee C. *The Tolerant Society*. New York: Oxford University Press, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil* de 05 de outubro de 1988
- BRUGGER, Winfried. *Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano*. Revista de Direito público nº 15 – doutrina estrangeira, Trad. Maria Angela Jardim Oliveira 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª. Ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina. 6ª Edição, 1993.
- \_\_\_\_\_. MACHADO, Jónatas E. M. “Reality Shows” e Liberdade de propagação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CAROLAN, Eoin. *The new separation of power: a theory of modern state*. New York: Oxford University Press, 2009.
- CARR, Edward Hallet. *O que é história*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2002.
- CARVALHO, Alberto Arons de. CARDOSO, António Monteiro. FIGUEIREDO, João Pedro. *Direitos da Comunicação Social*. 2ª ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2005.
- CEDH, *Reports of judgments and decisions*. Wolters Kluwer Deutschland . 2007. Disponível em » <http://www.echr.coe.int>«
- CENDRA, Motserrat Comas d'Argemir. *Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión*. IX Jornada de Justicia Penal Internacional y Universal: Prevención y lucha contra los delitos de odio y todas las formas de intolerância. Barcelona, 2016.
- CHEQUER, Claudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie": análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. 2010, p. 2.

Disponível

em

»[http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ\\_0ecca4f256766ef60fe462317027debb/Details](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_0ecca4f256766ef60fe462317027debb/Details)«

COHEN-ALMAGOR, Raphael. *The Scope of Tolerance: Studies on the costs of free expression and freedom of the press*. New York: Routledge. 2006.

COLEMAN, Paul B. *Censored. How Hate Speech Laws are threatening freedom of speech*. Viena: Kairos Publications. 2012.

COLIVER, Sandra. *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

COMITÊ DE REDAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, *Declaração Universal dos Direitos do Humanos* de 10 de dezembro de 1948.

CONSELHO DA EUROPA, *Convenção Europeia de Direitos Humanos* de 04 de novembro de 1953.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Informe Anual 2009. *Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão..* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de dezembro de 2009.

\_\_\_\_\_, Informe Anual 2010. *Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão..* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5. 04 de março de 2011.

\_\_\_\_\_, Informe Anual 2015. *Informe Anual da Relatoria Especial da Liberdade de Expressão..* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48. 31 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. *Opinião Consultiva OC-5/85* de 13 de novembro de 1985.

DAHL, Robert. La democracia. *Uma guía para los ciudadanos*. Taurus, 1999.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DAVID. O. Brink. *Millian principles, Freedom of expression and hate speech*. Legal Theory, 7, 2001.

DELGADO, Richard. *Must We defend Nazis? Hate speech, pornography and the new First Amendment*. New York: New York University Press. 1997.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral Reading of the American Constituion*. New York: Oxford University Press Inc. 1996.

\_\_\_\_\_ *Uma questão de princípio*. Trad. Luis C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPAÑA, Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição dos Estados Unidos de 17 de setembro de 1787.

FERIN, Isabel. *Diálogos sobre censura e liberdade de expressão: Brasil e Portugal* / organização Maria Cristina Castilho Costa - São Paulo: ECA/USP.

FERNÁNDEZ, Antonio Aguilera. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información* (Posibilidades y límites constitucionales) Granada: Comares Editorial, 1990

FIRE - Foundation for Individual Rights in Education, 12 de fevereiro de 2016. *UCLA Study Shows Rise in Student Activism, Free Speech Approval Waning*. Disponível em »<https://www.thefire.org/ucla-study-shows-rise-in-student-activism-free-speech-approval-waning/>«

FISHER, Mark A. PERLE, E. Gabriel, WILLIAMS, John Taylor. *Defamation and related issues*. V. 1. Wolters Kluwer. 2009

FISS, Owen. *The irony of free speech*. Cambridge : Harvard University Press, 1996.

GARD, Stephen W. *The Absoluteness of the First Amendment*, 58 Neb. L. Rev. 1053, 1979. Disponível em »<http://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol58/iss4/4>«

GIL. Rubén Sánchez. *Libertad de expresión. Notas básicas en claves internacional y comparada*. Yucatán, México: Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán - Año 14, V. 34. num. 1, 2014.

GREENAWALT, Kent. *Fighting words, individuals, Communities and Liberties of Speech*, Princeton, N.J., 1995

\_\_\_\_\_. *Speech, Crime, & the uses of language*. New York: Oxford University Press, 1989.

HEINZE, Eric, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, New York: Oxford University Press, 2016.

HERRERA, Daniel A. *La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno de los estados parte*. Prudentia Iuris Nº 78, 2014. Pontificia Universidad Católica de Argentina, Argentina: 2014. Disponível



em » <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/libertad-expresion-sistema-interamericano.pdf>«

HOEPFNER, Soraya Guimarães. *Apontamentos sobre a questão ético-midiática do discurso de ódio na rede social*. Brasília: Revista Esfera. Ano 3, n. 4, 2014.

ITXASO, María Elósegui. *Manual de prácticas de las asignaturas Ética y Derecho y Argumentación jurídica*, Prensas pela Universidad de Zaragoza, 2014.

LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: Regulating Racist speech on Campus, Duke Law, Journal 1990. In: *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, Mari J. Matsuda, Charles R. Lawrence III, Richard Delgado & Kimberlé Williams Crenshaw. Westview Press, 1993.

LUKIANOFF, Greg. *The Least Free Place in America*, 2014.

MACHADO, Jónatas E. M. DE BRITO, Iolanda Rodrigues. *Bibliografia não autorizada versus Liberdade de expressão*. Curitiba: Ed. Juruá. 2014

\_\_\_\_\_ *Curso de direito da comunicação social*. Lisboa: Wolters Kluwer. 2013

\_\_\_\_\_ *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65. Coimbra Editora: Coimbra. 2002.

\_\_\_\_\_. Universidade de Coimbra. V. LXXXV. Coimbra: *Boletim da Faculdade de Direito*. 2009.

MACKINNON, Catharine A. *Only words*, London, 1995.

MATSUDA, Mari J.. “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”. In: *Words that Wound: Critical Race Theory*, ...

MENCHACA, Michelle. *Student activism and free speech*. The Chronicle, 17 de novembro de 2015. Disponível em »<http://www.dukechronicle.com/article/2015/11/student-activism-and-free-speech>«

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_ *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em

»[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf)«

- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MILL, John Stuart. *Ensaio sobre Liberdade*, revisão da tradução de Desidério Murcho, Lisboa: Edições 70, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2014.
- NETO, Cândido Alexandrino Barreto, *O direito de criticar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação ao Programa de Pós graduação em Direito na Universidade de Fortaleza. 2015.
- NEUNHOEFFER, Friederike, *Das Presseprivileg im Datenschutzrecht*, Studium in Konstanz und Munchen, 2004.
- POOLE, Hilary. DEVINE, Carol. HANSEN, Carol Rae. WILDE, Ralph. *Direitos humanos: Referências essenciais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.
- POPPER, Sir Karl R. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiana, 1974.
- PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa de 02 de abril de 1976.
- RODRIGUES JUNIOR. Álvaro. *Liberdade de expressão e Liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009
- ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis*. Cardozo Law School. Working Paper Series No. 41, 2001. Disponível em »[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)«
- SADURSKI, Wojciech, *Freedom of Speech and its limits*. Sidney: Kluwer Academic Publishers. 1999.
- SALGADO, Concepcion Carmona. *Libertad de expresion e informacion y sus limites*. Madrid: Edersa, 1991
- SARMENTO, Daniel. Liberdade. *A Liberdade de Expressão e o problema do “hate speech”*. p. 33. Disponível em »<http://www.dsarmento.adv.br/>«
- SCALON, Tim. *The difficulty of tolerance: Essays in political philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

- SCHÄFER, Gilberto. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. *Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar*. Brasília: Revista de Informação Legislativa. a. 52 n. 207, 2015.
- SECRETARIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Convenção Americana sobre direitos humanos de 22 de novembro de 1969
- SPINOZA, Baruch de. *Tratado Teológico-Político*; Traducion Atilano Domínguez. Editora Altaya. 1997.
- SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problema of Free Speech*, New York: The Free Press, 1995.
- TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos fundamentais na arena global*. Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2014
- TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito Constitucional*. 10º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- THE ECONOMIST, 04 de junho de 2016. *Campus protests and free speech: The colliding of the American mind* Disponível em» <http://www.economist.com/news/international/21699905-university-protesters-believe-they-are-fighting-justice-their-critics-think-free>«
- THWEATT, Elizabeth. *Bibliography of Hate Studies Materials*, 2001, p. 168. Disponível em »<http://journals.gonzaga.edu/index.php/johs/issue/archive>«
- TOLLER, Fernando M. *O formalismo da liberdade de expressão: Discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva. 2010
- VENICE COMMISSION. *Blasphemy, insult and hatred - Finding answers in a democratic society* (Science and Technique of democracy No.47), 2010.
- VILLANUEVA, Ernesto. *Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los Países del Mundo*, Madrid: Fragua, 1997.
- WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- WOLFSON, Nicholas. *Hate speech, sex speech, free speech*. Westport, Conn. 1997.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford University Press. New York. 2000.

#### WEBGRAFIA

<http://www.academia.edu>  
<http://www.article19.org>  
<http://www.btg-bestellservice.de>  
<http://www.bundesverfassungsgericht.de>  
<http://www.corteidh.or.cr>  
<http://www.dgsi.pt/>  
<http://www.dsarmento.adv.br>  
<http://www.dukechronicle.com>  
<http://www.echr.coe.int>  
<http://www.economist.com>  
<http://www.g1.globo.com/>  
<http://www.gddc.pt>  
<http://www.oas.org>  
<http://www.poderjudicial.es>  
<http://www.stf.jus.br>  
<http://www.stj.pt/>  
<http://www.sul21.com.br>  
<http://www.yadvashem.org>  
<http://www.youtube.com>  
<https://supreme.justia.com/>  
<https://www.ssrn.com/en/>  
<https://www.thefire.org>

#### 7. JURISPRUDÊNCIAS

CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ, Caso Luth (BVerfGE 7, 198), de 15 de janeiro de 1958. 250 US 616

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Axel Springer AG (no. 2) v. Germany* (App. n.º. 48311/10), de 04 de novembro de 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Castells v. Spain* (App. n.º. 11798/85), de 23 de abril de 1992.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Erbakan v. Turkey* (App, n.º. 59405/00), de 06 de Julho de 2006

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Garaudy V. França* (App. n.º. 65831/01), de 24 de junho de 2003.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Handyside v. Reino Unido* (App. n.º. 5493/72), de 07 de Dezembro de 1976.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Jerusalem v. Austria* (App. n.º. 26958/95), de 27 de maio de 2001.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Kosiek V. Alemanha*, de 28 de agosto de 1986.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Lingens v. Austria* (App. n.º. 9815/82), de 08 de julho de 1986.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Pavel Ivanov v. Russia* (App. n.º. 35222/04), de 20 Fevereiro de 2007.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Perinçek v. Suiça* (App. n.º 27510/08), de 15 de outubro de 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso S.A.S. v. França* (App. n.º. 43835/11), de 01 de julho de 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Scharsach and news Verlagsgesellschaft mbH v. Austria* (App. n.º. 39394/98)), de 13 de novembro de 2003

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Vejdeland e Outros v. Suécia* (App. n.º. 1813/07), de 09 de maio de 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Ivanov v. Russia* (App. n.º. 35222/04), de 20 Fevereiro de 2007

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Norwood v. the United Kingdom* (App. nº. 23131/03), de 16 de novembro de 2004

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Herrera Ulloa V. Costa Rica*, de 02 de julho de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. de 28 de Janeiro de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 27 de janeiro de 2009

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile. de 05 de fevereiro de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso “*Kimel v. Argentina*”. de 02 de maio de 2008.

SUPREMA CORTE DO CANADA. Caso *R. v. Keegstra* (3 S.C.R. 697), de 13 de dezembro de 1990.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Abrams v. United States* (250 US 616), de 10 de novembro de 1919.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Beauharnais v. Illinois* (343 U.S. 250), de 28 de abril 1952.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Bradenburg v. Ohio* (395 U.S. 444), de 09 de junho de 1969.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483), de 17 de maio de 1954.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Chaplinsky v New Hampshire* (315 U.S. 568), de 09 de março de 1942.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Miller v. Califórnia* (413 U.S. 15), de 21 de junho de 1973

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson* (357 U.S. 449, 460-461) de 30 de junho de 1958.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *National Socialist Party v. Skokie* (432 U.S. 43), de 26 de agosto de 1977.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254), de 09 de março de 1964.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *People v. Brodeur* (2013 NY Slip Op 23246), 18 de julho de 2013.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *People v. Marquan M.* (2014 WL 2931482), de 01 de julho de 2014.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *R.A.V. v City of St. Paul* (505 U.S. 377), de 22 de junho de 1992.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* (395 U.S. 367, 390), de 09 de junho de 1969.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47), de 03 de março de 1919.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Snyder v. Phelps* (562 U.S. \_\_ (2011)), de 02 de março de 2011.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 359), de 07 de abril de 2003

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL, Acórdão nº 48/12.2YREVR.S1, de 05 de julho de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Caso Siefgried Ellwanger (Habeas Corpus nº 82424 do Rio Grande do Sul), de 17 de setembro de 2003.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, Acórdão nº 1712/2008-5, de 20 de janeiro de 2009.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE PORTO, Acórdão nº 0530280, de 03 de março de 2005.

TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STC 107/1988, de 08 de junho de 1988.

TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STC 6/1988, de 21 de janeiro de 1988

TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STS nº 3113/2016, de 13 de julho de 2016.

TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STS nº 676/2009, de 5 de junho;

TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA, STS nº 846/2015, de 30 de dezembro.