

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E *HATE SPEECH* NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

DEBORA PEREIRA SILVA¹
NURIA MICHELINE MENESES CABRAL²
ALESSANDRO GONÇALVES DA PAIXÃO³

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a temática envolvendo Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio, assunto que é objeto de intensos debates nas Cortes Constitucionais. De um lado, alguns alegam a supremacia da Liberdade de Expressão e que tal garantia deve servir como proteção a qualquer manifestação de pensamento, seja ela aceita ou não pela coletividade. Assim, a liberdade de expressão funciona como instrumento para a seleção de ideias, fortalecendo o debate democrático. Outros, ainda, acreditam que a dignidade humana deve prevalecer sobre a liberdade de manifestação de pensamento, rechaçando-se qualquer manifestação de intolerância. Entretanto, toda cautela é necessária na análise da limitação de direitos fundamentais, pois embora os bens em aparente conflito sejam bastante relevantes para o cenário democrático-constitucional, os direitos fundamentais são valores passíveis de múltiplas interpretações.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Hate Speech. Democracia.

ABSTRACT

The article analyzes the relationship between Freedom of Speech and Hate Speech, an issue that is the subject of intense debates in the Constitutional Courts. Despite the controversy, two understandings prevail. The former defends the supremacy of Freedom of Speech and that such a guarantee should protect manifestations of thought, regardless of whether or not they are accepted by the collectivity. So communication would work as a tool for presentation and selection of ideas, strengthening the democratic debate. Already in the second understanding, human dignity prevails over freedom of speech, rejecting any discourse of intolerance. The communication would be marked by human dignity enshrined in constitutional norms. As can be seen, the analysis of both fundamental rights allows for multiple interpretations, which is why all caution is necessary in the limitation of rights, because although the goods may be in apparent conflict, it is agreed that freedom and dignity are relevant to the democratic scenario, reason why hole caution is necessary in the limitation of rights, because interpretations the goods may be in apparent conflict, it is common ground that freedom and dignity are relevant to the democratic-constitutional scenario.

KEYWORDS: Freedom of Speech. Hate Speech. Human Dignity.

INTRODUÇÃO

¹Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Go). Goiânia, Goiás, Brasil. E-mail: debora_p_silva7@hotmail.com.

²Mestra em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Go), especialista em Processo Civil pela Universidade de Cuiabá e master em Ciências Jurídicas pela Escola Superior do MP/MT. Professora de Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Go). Goiânia, Goiás, Brasil. Email: nuria.jur@gmail.com

³Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento e especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Go). Professor nos cursos de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Go) e do Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica). Goiânia, Goiás, Brasil. E-mail: alessandro.paixão@faculdaderaizes.edu.br.

O presente estudo propõe uma análise sobre o aparente conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da dignidade humana evidenciado pelo Discurso de Ódio ou *Hate Speech*, termo pelo qual é estudado e conhecido internacionalmente.

É certo que tanto a Liberdade de Expressão quanto a Dignidade Humana são instrumentos essenciais à perenidade do regime democrático, pois a medida que a primeira é mecanismo de controle popular do governo, a segunda garante aos cidadãos igualdade na participação do debate público. Entretanto, a controvérsia abrange também outros valores, suscetíveis a múltiplas interpretações, como igualdade, tolerância, proporcionalidade e ponderação.

1. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Liberdade de Expressão abrange a liberdade de pensamento e suas derivações (crença, culto, consciência, acesso à informação jornalística, científica, etc.) e também a manifestação, os sentimentos e as sensações desse pensamento. Entretanto somente as manifestações exteriores deste direito podem se submeter ao controle e conseqüentemente à tutela jurídica, assim o pensamento, como livre e absoluto que é, permanece resguardado.

A Constituição de 1988 traz como garantias fundamentais: o direito à liberdade de pensamento e expressão, a vedação ao anonimato (art. 5º, IV e à censura, e o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V). Evidenciando a importância do referido direito na nova ordem jurídica, agora como cláusula pétrea da República, art. 60 §4º, IV da Constituição Federal.

Segundo Taveira (2010), pela primeira vez a Lei Fundamental prevê expressamente no artigo 5º, inciso XIV, o acesso à informação como direito a ser tutelado pelo Estado. Insta salientar que a Constituição de 1988 também apregoa a liberdade de manifestação do pensamento/liberdade de expressão, no artigo 5º, inciso IV, independente de censura ou licença, artigo 5º, inciso IX.

Vale destacar que a perspectiva atual sobre direitos fundamentais é caracterizada pelo pluralismo democrático, ou seja, os direitos e interesses dos cidadãos devem ser compatíveis entre si, respeitando-se a coletividade. É nisso que reside o caráter absoluto dos direitos fundamentais, pois estes só são limitados por seu próprio caráter universal.

Sobre a Liberdade de Expressão, Mendes no julgamento do HC 82.424/2003 comentou que "Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana".

Acerca do equilíbrio entre direitos fundamentais, tratamento idêntico é conferido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, *in verbis*:

Art. XXIV – [...] 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Em síntese, a Liberdade de Expressão para o ordenamento jurídico pátrio é a exteriorização das manifestações de pensamento limitada por outras garantias fundamentais, como a proteção da dignidade da pessoa humana e demais liberdades (profissional, de reunião, de culto, de crença).

Para a compreensão do vínculo entre liberdade de manifestação de pensamento e a democracia, faz-se necessário uma breve síntese teórica acerca do referido direito fundamental.

Alexy (*apud* TAVEIRA, 2010) entende que os direitos humanos se fundamentam na teoria do discurso e esta, por sua vez, se caracteriza como uma teoria do procedimento. Assim, a validade de uma norma está condicionada a sua submissão a um procedimento argumentativo, onde os possíveis afetados, como participantes do debate público fundado em discursos racionais entram em consenso. Logo, validadas as normas do discurso, os direitos fundamentais estariam justificados uma vez que resguardada a participação dos cidadãos em igualdade de condições na formação da opinião predominante.

De forma semelhante, em sua teoria do discurso Habermas (1997) defende que os direitos fundamentais seriam exemplos de uma moral universalista no sentido de formas de vida racionalizadas, a ponto de permitir o discernimento de juízos morais universais propiciando motivações para a transformação do agir moral. Para ele, a razão funciona como mecanismo para a resolução de questões práticas, na reconstrução dos pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem. O autor entende também que a criação do código jurídico que regulará a convivência entre os cidadãos ocorre por meio de uma representação abstrata concretamente internalizada, onde os referidos direitos são impostos obrigatória e reciprocamente e a democracia é o núcleo do sistema jurídico.

Baseando-se no pluralismo, Habermas (1997, pp.159-160) elabora um modelo de democracia deliberativa, cujas condições procedimentais abarcam os direitos fundamentais e estabelece, sob o enfoque democrático, uma classificação dos direitos fundamentais, qual seja:

I. Os direitos fundamentais como fruto do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas;

II. Os direitos fundamentais como exteriorização do status de membro de associação voluntária de parceiros de direito;

III. Os direitos fundamentais como possibilidade de proteção jurídica individual através de sua postulação judicial;

IV. Os direitos fundamentais resguardados à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, em que os civis exercitam sua autonomia política, criando o direito legítimo;

V. Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social e economicamente, na medida de necessidade de aproveitamento dos direitos anteriormente elencados.

Da referida classificação, observa-se que o conjunto I-II-III resguarda os direitos relativos à autonomia privada, enquanto que os direitos estabelecidos em IV e V tutelam a autonomia pública na esfera democrática.

Considerando-se as teorias filosóficas de fundamentação dos direitos fundamentais apresentadas, tem-se que em Alexy a participação no discurso é condicionada àqueles que podem falar, ao passo que em Habermas os direitos fundamentais consubstanciam-se na participação com igualdade de possibilidades, daí, observa-se que em ambas é necessário que se estabeleça um procedimento igualitário na formação de opinião, para o fortalecimento e garantia da democracia participativa.

2. O CARÁTER MULTIFUNCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Segundo Sampaio (2010), T.H Marshall em análise da história britânica, concluíra que *cidadania* era uma expressão semanticamente insaciável, pois os anseios e as necessidades tanto se avolumam pela gravidade do tempo quanto nascem da emergência de novas descobertas e técnicas. Inicialmente requisitam-se direitos da sociedade civil (propriedade e liberdade de expressão), depois se exige o reconhecimento do cidadão como membro de um corpo político e, por fim, postulam-se os direitos da *cidadania social*.

No atual modelo pátrio a liberdade de expressão é entendida como liberdade pública, garantida em iguais condições, pela Carta Maior em seu artigo 5º, IV e IX, a todos brasileiros e estrangeiros residentes no País. Dessa garantia surge o dever do Poder Público em se abster de qualquer ato atentatório como a censura ou licença prévia, tanto em manifestações artísticas quanto na seara comunicativa civil ou social, resguardando-se a liberdade em sua múltipla perspectiva.

Ademais, considerando a importância da liberdade de expressão, a doutrina enumerou

algumas das finalidades do instituto para justificar a sua proteção, segundo Chequer (2011), são elas: (a) assegurar a satisfação individual, (b) alcançar a verdade, (c) garantir a participação dos cidadãos nas decisões sociais e políticas, (d) proporcionar evoluções sociais. Conclui-se da referida classificação que o cerceamento da liberdade de expressão não traz avanços sociais.

Por sua vez, Silveira (2007) entende que sem os direitos sociais consagrados no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, a liberdade de expressão perde seu substrato e sua eficácia. Desta maneira, observa-se que a liberdade de expressão é mecanismo para o gozo de outros direitos fundamentais, é *pedra de toque* em um Estado Democrático, fenômeno pelo qual a doutrina específica denomina a garantia de *direito mãe* ou *cluster right*.

Cabe recordar que a Democracia baseia-se no autogoverno popular, onde os cidadãos podem participar com igualdade e liberdade da formação da vontade do Estado. Souza Neto (2006) explica que o processo de formação da vontade popular deve ser um diálogo voltado para o entendimento entre cidadãos que se reconhecem como livres e iguais e que buscam uma solução que, atendendo ao bem comum, possa ser racionalmente aceita por todos.

Na relação entre Democracia e Liberdade de Expressão, esta é a garantia que possibilita um debate político transparente. Portanto, a liberdade de expressão deve ser valorizada pois, como termômetro democrático, é ela que assegura a comunicação livre entre os cidadãos onde no confronto de crenças, ideologias e opiniões, as ideias se fortalecem e se complementam, formando uma vontade coletiva e, conseqüentemente, conferindo legitimidade à ordem jurídica.

Há que se ressaltar que para uma democracia consciente e efetiva, os indivíduos devem ter amplo acesso a informações e posicionamentos diversos sobre os temas de interesse público, a fim de que através da multiplicidade de ideologias formem livremente suas convicções e auxiliem na formação da vontade popular.

Nesse sentido, a igualdade comunicativa entre os partícipes do diálogo é necessária para que todos possam realmente falar e serem ouvidos, e não haja constrangimentos nas suas interações discursivas senão os decorrentes da força persuasiva dos melhores argumentos. Assim, resta cristalino que a liberdade de expressão somente vem a ser verdadeiramente protegida através de uma *igualdade comunicativa* e, por sua vez, não há igualdade sem liberdade.

Ademais, conforme Shorten (2005), a formação de uma sociedade democrática implica no respeito ao pluralismo, que por sua vez está ligado ao princípio da tolerância. Assim, haveria uma multiplicidade perspectivas possíveis que devem ser respeitadas e não submetidas à discriminação, posto que a liberdade de expressão, em sentido estrito, por se tratar de ideias,

opiniões e pensamentos, está cercada de subjetivismos.

3. O DISCURSO DE ÓDIO

O discurso tal como é empregado em abordagens sociais e políticas, reflete uma produção ideológica historicamente determinada, Foucault (2008, p. 133) o define como: “um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, para uma área social, econômica, geográfica ou linguística”. Desta forma, observa-se que os enunciados do discurso são relativamente mutáveis, sujeitos a condições diversas como tempo, espaço, economia, história, política etc.

Por sua vez, o discurso é fruto de lutas políticas onde um grupo social, hipoteticamente superior, expressa sua rejeição ao outro, humilhando seus integrantes a fim de justificar que estes, por suas características específicas, não são dignos da mesma participação política que o grupo dominante (WALDRON, 2010).

Assim, tem-se que o discurso é poder, é a própria finalidade pela qual se luta e, por sua vez, quem detém o poder, controla o discurso, os valores sociais e a própria sociedade. Portanto, compreende-se a incessante, legítima e até mesmo necessária competição entre grupos sociais pelo controle do discurso, a fim de que a sua fala seja reconhecida como aquela que traz *os verdadeiros valores sociais*.

Ademais, o discurso de ódio guarda relação com a liberdade de expressão, pois além de constituir-se em mecanismo pelo qual o sujeito exterioriza suas ideias sobre fatos, pessoas ou objetos, caracterizando sua situação de cidadão livre, é um instrumento que garante a comunicação social, aqui inseridas as habilidades de raciocinar e discernir, o intercâmbio de experiências entre gerações, culturas e pessoas e a criação de vínculos.

Sob a perspectiva liberal moderna, considerando o discurso um amontoado de palavras e que as discussões e intercâmbio de informações aclaram a dinâmica dos fenômenos sociais, verifica-se que não há nada imune a uma nova perspectiva e conseqüentemente ao exercício da liberdade de expressão. Logo, a manifestação do pensamento seria necessária à afirmação da democracia e não ofereceria riscos à dignidade humana, vez que no plano ideológico não há verdade absoluta.

No entanto, o *Hate Speech* é uma modalidade negativa do discurso, caracterizada por qualquer apologia, como incitação à discriminação, à violência ou à hostilização, relacionada a etnia, crença, gênero, idade, orientação sexual, deficiência física ou mental, preferência política, situação econômica ou qualquer outro aspecto que coloque uma determinada coletividade

marcada por características semelhantes próprias em desvantagem frente a ordem social dominante (FREITAS; CASTRO, 2011).

Há que se pontuar que o foco central do discurso de ódio é a desvalorização do outro como sujeito de direitos. Logo, para que se caracterize é necessário que haja o desrespeito e o desejo de marginalizar o diferente ou sua condição, e não um mero desagrado quanto a sua existência. Por outro lado, para Silveira (2007) ainda que a ofensa seja direcionada a um indivíduo, haverá um dano difuso ao segmento social ao qual ele pertence. Posto que a depreciação ao indivíduo está condicionada ao preconceito por determinadas características que distinguem um grupo social e à identificação do indivíduo como pertencente a este grupo.

O discurso de ódio é uma grave ofensa a todo o corpo social, pois a forma como o indivíduo é visto pela coletividade é pressuposto determinante para o desenvolvimento de sua identidade. Assim, o reconhecimento da importância de cada um para a vida social e, conseqüentemente, o respeito mútuo proporcionam ao cidadão a confiança e a determinação necessárias para empreender as próprias escolhas na esfera pública.

Para Fiss (*apud* SARMENTO, 2007) o principal malefício do discurso de ódio é impedir que os grupos segregados participem das diversas atividades sociais e, em especial, do debate público, ele relata que as pessoas que são vítimas do discurso de ódio passam a sofrer com o denominado *efeito silenciador do discurso*, sua autoestima é reduzida, passam a evitar contatos com pessoas de grupos diferentes do seu, buscam anular suas características distintivas e sua participação social a fim de evitar o preconceito.

Cumprir recordar que durante a Segunda Guerra Mundial, os nazistas utilizando-se de sua propaganda, fundamentada no discurso de ódio, promoveram a ideia da *supremacia da raça ariana*, o que resultou no extermínio de milhões de pessoas sob o pretexto da purificação racial.

Nesse ponto, a escolha do meio e das tecnologias empregadas é extremamente relevante, pois com os instrumentos adequados as pessoas podem ser convencidas de ideias aparentemente absurdas, como por exemplo a inferioridade de determinadas raças ou religiões (SARMENTO, 2007).

Assim, para que se avalie o grau da ofensa provocada há que se considerar o meio de comunicação empregado. Nesse passo, a internet, por sua abrangência e instantaneidade, além de facilitar o agrupamento de indivíduos com ideologias semelhantes, potencializa a divulgação de conteúdo, de forma que os ideais viralizam, sendo facilmente aderidos pelos demais, alcançando visibilidade tal que a ideia parece ser aceita por todos, ou ao menos aceita por todos que realmente importam, revelando-se útil à disseminação de propagandas de ódio.

4. DISCURSO DE ÓDIO E O SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, observa-se uma crescente preocupação com repercussão do discurso do ódio. Nesse sentido, vários tratados internacionais que versam sobre direitos humanos comprometem os países signatários a coibirem o discurso intolerante, a exemplo do Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação de 1968, que objetiva proteger o sujeito de direitos nas suas interações sociais, *ipsis litteris*:

Art. 4º. Os Estados signatários condenam toda propaganda e todas as organizações que sejam baseadas em idéias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de uma cor ou origem étnica, ou que tentem justificar ou promover o ódio racial ou a discriminação de qualquer forma, e comprometem-se a, com a devida atenção aos princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos direitos expressamente estabelecidos no art. 5º desta Convenção, adotar medidas positivas e imediatas destinadas a erradicar todos os atos de incitamento a discriminação, ou de discriminação desta espécie, dentre as quais: a) Declarar como crime punível pela lei toda disseminação de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) Declarar ilegais e proibir as organizações, e também as atividades de propaganda organizada ou não, que promovam o ódio e incitem à discriminação racial, e reconhecer a participação nestas organizações ou atividades como crimes puníveis pela lei.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU ao julgar o caso *Robert Faurisson vs. France*, em 1996, considerou válida a condenação imposta pela justiça criminal francesa a Faurisson, por ele ter defendido publicamente a inexistência de câmaras de gás nos campos de concentração nazistas. A justiça da França ao condená-lo aplicou a *Loi Gayssot*, editada como instrumento de combate ao revisionismo histórico e que criminalizava a contestação dos crimes contra a humanidade reconhecidos pelo Tribunal de Nuremberg.

Ainda no referido julgamento, a *Loi Gayssot* foi reconhecida como extremamente abrangente como violadora do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, de forma que até a publicação de pesquisas históricas que não se alinhassem às conclusões adotadas no Tribunal de Nuremberg seria inviável (SARMENTO, 2007).

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) também já enfrentou o *hate speech* e resguardou o direito à liberdade de expressão sem qualquer ingerência das autoridades públicas ou limitação de fronteiras. Entretanto no item 2 do artigo 10 da Convenção da CEDH, admite-se previsão legal que traga restrições necessárias à segurança nacional, à segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime, à proteção da saúde e da moral, à proteção da honra ou à proteção dos direitos de terceiros, desde que em conformidade com o artigo 17 da mesma

Convenção, que veda que qualquer das normas ali firmadas sejam interpretadas de forma a autorizar que Estados, indivíduos ou grupos destruam direitos ou liberdades por ela reconhecidos.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, o *hate speech* ainda não foi objeto de apreciação. No entanto, o abuso no discurso é explicitamente vedado no artigo 13.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, segundo o qual qualquer apologia em razão de raça, cor, religião, linguagem ou origem nacional que se caracterize como incitação à discriminação ou à violência deve ser proibida.

5. O DISCURSO DE ÓDIO NO DIREITO COMPARADO

O *hate speech* já foi enfrentado por diversos países em suas ordens jurídicas. Em muitos Estados, há verdadeira proibição ao discurso de ódio, como é o caso de Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estônia, França, Holanda, Irlanda, Letônia, Portugal, Romênia e Suécia que proíbem, em termos gerais, o incitamento ao ódio, à violência e à discriminação. Já países como Áustria, Bulgária e Itália limitam a liberdade de expressão em situações em que o *hate speech* é direcionado a grupos específicos.

Observando-se o tratamento dispensado à regulação do discurso de ódio, pela doutrina e pelos Estados em geral, tem-se que o tema geralmente é debatido sob três perspectivas distintas, como sintetiza Knechtle (2008): parte defende que em casos de *hate speech* a liberdade de expressão deve ser entendida como proteção à dignidade dos indivíduos/grupos atingidos; outros acreditam que a liberdade de expressão não deve ser tolhida, ainda que resulte em manifestação de ódio; e o último grupo defende a prática da ponderação, considerando-se o contexto e os critérios específicos para o detrimento de um direito em face de outro.

Assim, a fim de proporcionar uma melhor compreensão do tema e considerando, ainda, a dimensão constitucional alcançada no tratamento ao discurso de ódio nos Estados Unidos, no Canadá e na Alemanha passa-se às próximas análises.

5.1 ESTADOS UNIDOS

Segundo Sarmento (2007) a liberdade de expressão foi incorporada à Constituição norte-americana pela Primeira Emenda da Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos⁴, que em tradução literal dispõe que: O congresso não deverá fazer qualquer lei a

⁴ Primeira Emenda da Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos:

respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.

Com o passar do tempo, a liberdade de expressão consolidou-se como o direito fundamental mais prestigiado pela jurisprudência, entretanto com o seu fortalecimento, garantias, como a privacidade, a honra e a igualdade foram mitigadas. Assim a jurisprudência norte-americana se firmou no sentido de que o Estado deve se abster de qualquer intervenção no debate público, mesmo que a fim de pluralizar o debate e garantir a participação de segmentos excluídos. Nessa perspectiva, as restrições ao *hate speech* são limitações baseadas em concepções subjetivas, logo, são, em regra, ilegítimas e maculadas pela inconstitucionalidade. Ou seja, independentemente de serem ideais de igualdade, favoráveis aos direitos humanos ou ideias segregacionistas como o antissemitismo ou o ódio racial, devem receber a mesma proteção do Poder Público.

5.2 CANADÁ

Silveira (2007) esclarece que a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 veda discriminações, prevê a criação de políticas de ações afirmativas em favor de minorias em situação desvantajosa e faz referência ao multiculturalismo como compromisso fundamental da sociedade canadense. O referido documento resguarda, ainda, a “instituição de limites aos direitos fundamentais, desde que sejam razoáveis, criados por lei e que possam ser ‘demonstravelmente justificados’ numa sociedade livre e democrática” (SARMENTO, 2007, p. 15).

A exigência de que as restrições aos direitos sejam “demonstravelmente justificadas” envolve um controle sobre o motivo da restrição, que deve ser urgente e substancial e um controle sobre a medida restritiva, que deve atender ao princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão, qual seja: (a) razoável conexão entre o motivo e a medida adotada, (b) mínima limitação ao direito fundamental a fim de atingir o objetivo, e (c) os ônus inerentes à limitação do direito não podem exceder às vantagens relacionadas ao objetivo visado.

Nesse sentido, observa-se a preocupação do direito canadense com a garantia da liberdade de expressão, mesmo em hipóteses de manifestações discriminatórias. Entretanto, sob

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or a exercise bridging 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.

o princípio da proporcionalidade, o mesmo ordenamento jurídico autoriza a limitação ao *hate speech* e reconhece tal restrição à liberdade de expressão como constitucionalmente legítima. Assim, o tratamento dispensado pela Corte Canadense ao discurso de ódio revela certa semelhança com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial pela utilização do princípio da proporcionalidade e os subprincípios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5.3 ALEMANHA

Observa-se no sistema constitucional germânico uma clara preocupação com a Liberdade de Expressão. A referida garantia é considerada direito fundamental e é especialmente valorizada em discussões de interesse público. Todavia, tal direito sofre limitações pelos princípios da proporcionalidade e da dignidade humana, destaca-se que este último alcança valor máximo na hierarquia jurídica alemã, consagrado no artigo 1º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha com a seguinte previsão:

Artigo 1º

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário

Nesta ordem jurídica, a liberdade de expressão é compreendida em seu caráter dúplice, é direito subjetivo essencial para a realização do indivíduo no contexto da vida social e é elemento de efetivação da democracia, por permitir o debate plural na formação da opinião pública – a jurisprudência constitucional germânica entende que o Estado deve atuar promovendo o pluralismo de ideias e que a liberdade de expressão não se limita a esfera pública (Cidadão-Estado), mas abrange também as relações entre particulares.

Este tratamento de relevo atribuído pela ordem jurídica alemã à dignidade humana reflete o contexto histórico de elaboração do texto constitucional, onde o fim da Segunda Guerra Mundial, a derrota do nazismo e um saldo imensurável de vidas deterioradas, foram determinantes para a (re)construção de uma sociedade que não se aventura ao risco do surgimento de movimentos fundados no excesso de tolerância com o intolerante.

6. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sobre a limitação dos direitos fundamentais, a doutrina estabelece duas posições: a primeira é denominada de *Interna* e prega a inexistência de conflitos de direitos, ao passo que a segunda, intitulada *Externa*, aceita a possibilidade de colisão de direitos fundamentais e, portanto, admite que mediante a ponderação de bens, estes direitos sejam restringidos.

Segundo a primeira teoria, diante de casos difíceis, seria necessário um juízo de adequação dos direitos fundamentais em análise, determinando-se a abrangência de cada um. Logo, tem-se que o discurso de ódio, estando protegido pelo direito à liberdade de manifestação de pensamento, não deve ser considerado como bem juridicamente em conflito com o princípio da dignidade humana.

Enquanto que na *Teoria Externa*, ainda que seja reconhecido o conflito entre a liberdade de expressão abusiva e outros valores como a dignidade humana, o pluralismo, a democracia e o acesso à informação, estes últimos devem prevalecer, pois sua estrutura axiológica é constitucionalmente mais robusta. Cumpre destacar que predomina na doutrina atual a Teoria Externa.

Por sua vez, sustentando-se na doutrina alemã dos ‘limites imanentes’, num híbrido das *Teorias Interna e Externa* há quem entenda que a limitação de direitos deve ser substituída pela delimitação interna de seu conteúdo essencial: “tal construção se embasaria, pois, na inteligência que pertence ao interior conceitual de um direito fundamental o que não pode ser protegido quando, através de seu exercício, se ponha em perigo o exercício de direitos fundamentais de terceiros ou bens jurídicos necessários para a ‘estabilidade comunitária’”. (SERNA e TOLLER *apud* TAVEIRA, 2010, p. 211).

De forma semelhante, para Häberle (*apud* TAVEIRA, 2010), os direitos fundamentais são ilimitáveis, entretanto o seu conteúdo essencial pode ser restrito pelos *limites imanentes*, que são os bens juridicamente protegidos pelas liberdades públicas e estão insertos no texto constitucional desde o início. Desta forma, sob a ótica da *Teoria Interna* qualquer limitação aos direitos fundamentais estabelecida por lei só poderia ocorrer em caso de expressa autorização do legislador constituinte, concretizando os limites estabelecidos previamente no texto constitucional.

7. O TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO AO HATE SPEECH NO BRASIL

O texto constitucional em seu artigo 3º estabeleceu dentre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim nota-se como um firme propósito da República Federativa do Brasil a promoção da igualdade e o combate ao preconceito.

Lado outro, analisando-se fenômenos como racismo, misoginia, homofobia e outros, onde em função das peculiaridades características de alguns indivíduos estes são tratados como inferiores, tem-se a premissa empírica de que a sociedade brasileira é injusta, desigual e preconceituosa, nota-se também que tais fenômenos permeiam a estrutura social pátria de forma a influenciar inúmeros comportamentos. Por isso a pertinência do texto constitucional ao estabelecer como objetivo fundamental da República a erradicação da discriminação.

Considerando-se que o constituinte originário impôs ao Estado a função de promover a igualdade com o intuito de resguardar os direitos fundamentais frente aos conflitos sociais, os entes públicos não podem se abster como espectadores, mas devem adotar um posicionamento ativo como promotores da diversidade, do debate público e de um processo democrático igualitário na esfera comunicativa.

Nesse contexto, tem-se que a atuação do Estado na limitação à liberdade de expressão a fim de combater o discurso de ódio é ineficaz, pois revela unicamente uma restrição ao princípio da dignidade humana. Assim, para a neutralização dos efeitos do discurso de ódio, cabe ao Estado promover políticas públicas de forma a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada da sociedade, integrando os grupos segregados e fortalecendo o debate público (GOMES, 2001).

Importante destacar que o papel do Estado ao resguardar os direitos dos cidadãos é dúplice, pois deve garantir o exercício à liberdade de expressão a cada indivíduo, quando este for impossibilitado de fazê-lo e, ainda, implementar as condições necessárias para o efetivo exercício da liberdade à manifestação de pensamento.

Há que se considerar também a relevância do pluralismo para a democracia, pois na esfera comunicativa, quanto maior a possibilidade de exteriorização de opiniões diversas, por vezes antagônicas, maior a chance de se alcançar uma opinião pública de qualidade, ciente de suas responsabilidades com a plenitude na liberdade de expressão e capaz de fazer escolhas adequadas à sua realidade. Logo, verifica-se que o pluralismo é mais um dos instrumentos necessário ao fortalecimento da democracia. Nesse sentido, Farias (2004, pp. 79-80), define que:

[...] A multiplicidade de vozes na esfera pública é um dos objetivos colimados com a configuração jurídica da liberdade de expressão e comunicação: a escassez de diversidade quanto à difusão de ideias e notícias na realidade social fatalmente redundará no empobrecimento da cultura cívica. [...] O pluralismo na comunicação pode propiciar às pessoas conhecer as inúmeras concepções políticas, ideológicas e filosóficas existentes na sociedade democrática e com elas travar contato. Dessa forma os cidadãos poderão tornar-se: (i) mais gabaritados para avaliar os assuntos em discussão na arena pública; (ii) mais instruídos para assumir as responsabilidades destinadas à soberania popular num regime constitucional; (iii) até mesmo mais preparados para fruírem adequadamente os seus direitos fundamentais. [...] A relevância do princípio em epígrafe, para a liberdade de expressão e comunicação, pode ser constatada ainda pela congruência do cânone do pluralismo com o reconhecimento de um multiculturalismo, que sinaliza para um mundo marcado pela diversidade, pela tolerância e pelo espírito de abertura [...].

O Brasil como signatário de algumas Cartas de proteção aos direitos humanos, que se posicionam no sentido de combater e punir manifestações discriminatórias de intolerância, vem alinhando seu sistema normativo, no que tange à proteção às garantias fundamentais e ao *hate speech*, aos referidos tratados.

Nesse sentido, o caso brasileiro mais notável é o *Habeas Corpus* n. 82.424 RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, onde o paciente Siegfried Ellwanger foi acusado de discriminação racial⁵ por ter editado e publicado livros onde atribuía aos judeus a responsabilidade pela Segunda Guerra Mundial, negava o Holocausto e defendia a discriminação.

O caso girava em torno da ponderação de interesses entre a liberdade de expressão do autor dos livros e o direito à dignidade daqueles a quem suas ofensas eram direcionadas. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes empregando o princípio da proporcionalidade entendeu que a negativa do *writ* era a medida adequada ao caso, uma vez que salvaguardaria os valores de uma sociedade pluralista, pautada na tolerância e que respeitava o princípio da dignidade humana, justificando assim a limitação da liberdade de expressão de Ellwanger.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio pautando-se também no princípio da proporcionalidade, entendeu de maneira diversa. Para ele, a negativa da ação representaria uma jurisprudência simbólica, onde o STF relativizaria o direito fundamental à liberdade de expressão em prol de transmitir “uma imagem politicamente correta perante a sociedade”. Reconheceu, ainda, que a liberdade de expressão em hipóteses excepcionais, sobretudo mediante o princípio da ponderação, poderia se sujeitar a alguns limites.

Ressaltando a importância da garantia da liberdade de expressão também às ideias populares e minoritárias como mecanismo necessário à democracia, o Ministro Marco

⁵ Conduta prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, que penaliza a prática, indução ou incitamento, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Aurélio entendeu que “garantir a liberdade de expressão apenas das ideias dominantes que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente”, do contrário estar-se-ia garantindo unicamente a manutenção e difusão das ideias já estabelecidas, o que contraria o princípio do pluralismo, caracterizando-se num totalitarismo de ideias.

A Corte concluiu que a dignidade das vítimas de Ellwanger, bem como a igualdade racial deveriam prevalecer em detrimento da liberdade de expressão. Extrai-se da ementa do julgado as seguintes considerações:

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção radical definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimem com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

12. Discriminação que no caso se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, parágrafo 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os crimes contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

Neste contexto, o posicionamento do Supremo passou a nortear o posicionamento dos tribunais inferiores. Portanto, diante do conflito entre o direito à liberdade de expressão e a ofensa aos pilares democráticos como dignidade humana, considerando ainda a constitucionalização dos direitos fundamentais e a irradiação de seus preceitos no ordenamento jurídico como um todo, tem-se que a liberdade de expressão poderá sofrer limitações legítimas.

Ademais, num sistema democrático, pautado pela garantia das liberdades individuais e pela proteção ao princípio da dignidade humana o *Hate Speech* sempre será objeto de calorosos debates, não havendo solução que não esbarre no conflito entre normas e/ou direitos, devendo ser observado o contexto social vigente para uma solução mais adequada.

CONCLUSÃO

No que tange à relação havida entre liberdade de expressão e discurso de ódio, parte da doutrina acredita que a liberdade de expressão deve ser entendida como proteção à dignidade dos indivíduos/grupos atingidos. Outros creem que a liberdade de expressão não deve ser tolhida, arguindo que tal garantia deve servir não só como proteção às ideias amplamente aceitas, mas também àquelas ideias repulsivas, como a discriminação racial, ainda que isso venha a resultar em exteriorização de ódio em relação a um grupo. Assim a liberdade de expressão funciona como mecanismo de seleção das melhores ideias, visando à evolução social. Ainda, há quem acredite que sempre deverá existir uma ponderação, sendo feita a análise caso a caso, considerando-se o contexto e usando critérios específicos para o detrimento de um direito em face de outro.

Analisando o tratamento ao *Hate Speech* no Direito Comparado, observa-se que nos Estados Unidos a liberdade de expressão tem caráter aparentemente absoluto, ainda que o conteúdo da expressão seja uma manifestação preconceituosa. No Canadá, embora haja preocupação com a liberdade de expressão, o ordenamento jurídico autoriza a limitação à liberdade de expressão e reconhece tal restrição como constitucionalmente legítima. Já a Alemanha, ainda sob a influência do pós-guerra, considera a dignidade humana em detrimento da liberdade de expressão, como valor preponderante em seu regime jurídico.

Considerando que a intolerância, a discriminação e a violência vêm aumentando cada vez mais no mundo, que a responsabilidade no combate à intolerância e à disseminação do ódio é coletiva e que a discriminação desestabiliza sociedades, bem como que o discurso pode exercer forte influência sobre os indivíduos, o corpo social e os acontecimentos históricos, revela-se prudente uma análise acerca da limitação da liberdade de manifestação de pensamento a fim de restringir o *Hate Speech*, eis que a limitação ao discurso de ódio não é um ataque à liberdade de expressão ou uma tentativa de silenciar ideias ou críticas, mas é o reconhecimento de que o direito à liberdade de expressão carrega consigo deveres e responsabilidades especiais.

Em atenção à garantia das liberdades individuais e à proteção da dignidade humana, a liberdade de expressão deverá sempre ser relacionada à tolerância e ao comprometimento de cada membro do corpo social em respeitar a dignidade humana como limite ao exercício do direito próprio. Ainda, que remanescente certa controvérsia se a liberdade de expressão deve prevalecer pois auxilia na efetivação da democracia, ou se é a dignidade humana quem deve ser prestigiada.

Atualmente a perspectiva sobre direitos fundamentais é caracterizada pelo pluralismo democrático, ou seja, os direitos e interesses dos cidadãos devem ser compatíveis entre si, respeitando-se a coletividade. É nisso que reside o caráter absoluto dos direitos fundamentais,

pois estes só são limitados por seu próprio caráter universal. Cabe ressaltar, todavia que a questão da mitigação de direitos fundamentais deve ser sempre observada com cautela, pois os direitos fundamentais são valores passíveis de múltiplas interpretações, a exemplo da dignidade humana que tanto pode justificar o discurso de ódio como resultante da liberdade de expressão; quanto o seu repúdio, a exemplo do que foi pontuado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto no caso Ellwanger.

Ademais, a simples limitação do direito fundamental à liberdade de expressão não acaba com a violência constante do discurso de ódio, mas revela tão somente uma restrição ao princípio da dignidade humana. Assim, para que sejam minorados os efeitos de tal animosidade, cabe ao Estado promover ações afirmativas e inclusivas, reduzindo as desigualdades, integrando os grupos segregados e fortalecendo o debate público, e não somente restringindo à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. República Federal da Alemanha. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Aprovada 22 de maio de 1949. Deutscher Bundestag. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez. 1969. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 nov. 1992.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 82.424/RS, 2003. Rel. Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão Ministro Presidente Maurício Corrêa. Diário de Justiça, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

DE FREITAS, Riva Sobrado; DE CASTRO, Matheus Felipe. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michael. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Volume I.

KNECHTLE, John C. Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union. IN: *Florida State University Law Review*, Volume 36, Issue 1, Article 3, 2008. Disponível em <<http://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1130&context=lr>> Acesso em: 20 jun. 2015.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 05 nov. 2016

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n°. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2016.

SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de Expressão e Discurso do ódio*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS, Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/DireitoSilveiraRM_1.pdf>. Acesso em 05 nov. 2016.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na esfera comunicativa: uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp125727.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

recebido em: 14 janeiro 2018
aprovado em: 30 abril 2018