

# A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DO “HATE SPEECH”

**Daniel Sarmiento**

1. Introdução; 2. O “Hate Speech” no Direito Comparado; 2.1. Estados Unidos; 2.2. Canadá; 2.3. Alemanha; 3. O *Hate Speech* e o Sistema Internacional dos Direitos Humanos; 4. Os Argumentos Teóricos; 4.1. O *Hate Speech* e a “Busca da Verdade”; 4.2. *Hate Speech*, Democracia e Autogoverno; 4.3. *Hate Speech*, Autonomia e Livre Desenvolvimento da Personalidade; 4.4. Tolerância e *Hate Speech*; 4.5. Os Danos às Vítimas do *Hate Speech*; 4.6. A Eficiência da Repressão ao *Hate Speech*; 5. O Tratamento ao *Hate Speech* no Direito Constitucional Brasileiro; 6. O Caminho do Meio.

## 1. Introdução

No tempo da ditadura militar, a censura recaía quase sempre sobre manifestações expressivas que o Governo considerava perigosas ou ofensivas aos seus próprios interesses – de notícias jornalísticas denunciando abusos do regime às letras das músicas de protesto de Chico Buarque de Holanda. Do ponto de vista ético, era tudo muito claro. Os atos de censura eram graves erros morais, merecedores da mais severa reprovação. Era um tempo “heróico”, por assim dizer, da liberdade de expressão, porque o preço que se pagava pela rebeldia era muito alto: a liberdade de ir e vir, a integridade física e às vezes a própria vida. Havia os “bons”, que desafiavam o regime, e os “maus”, que censuravam e perseguiram os “bons”. A situação era terrível, mas, sob o prisma dos valores em jogo, não havia um “caso difícil”. Aquelas restrições à liberdade de expressão eram simplesmente erradas e ponto final.

Atualmente, após a redemocratização e constitucionalização do país, problemas desta natureza não aparecem mais, ou, quando surgem, são prontamente equacionados pelos tribunais<sup>1</sup>. A Constituição de 88 protegeu enfaticamente a liberdade de expressão e o Judiciário desfrutava da independência que lhe faltava algumas décadas atrás para fazer valer esta garantia contra eventuais desvios autoritários dos governantes. Hoje, no Brasil, a imprensa trabalha com liberdade, exercendo o seu legítimo papel de controle

---

<sup>1</sup> Triste exemplo de recaída autoritária em matéria de liberdade de expressão ocorreu recentemente, quando o Presidente Lula decidiu expulsar do país um jornalista estrangeiro, correspondente do *New York Times*, porque este, numa matéria, criticara os seus supostos excessos éticos. Contudo, o STJ concedeu liminar suspendendo imediatamente o ato, e o próprio Governo, duramente criticado pela opinião pública, acabou voltando atrás e não recorreu contra a citada decisão.

sobre os atos do Estado<sup>2</sup>, e os artistas podem produzir as suas obras sem o temor das idiossincrasias dos censores de plantão. Respira-se, enfim, um ar mais livre.

Mas é justamente neste novo cenário que surgem as questões mais complexas relacionadas à liberdade de expressão, envolvendo a imposição de limites a este direito fundamental, necessários à proteção de outros direitos igualmente importantes, como igualdade, privacidade, honra e devido processo legal. O quadro hoje é menos o de um Governo autoritário, tentando calar os críticos e dissidentes, e mais o de juízes e legisladores buscando fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes.

No momento em que escrevemos este artigo, este tema dos limites à liberdade de expressão está sob os holofotes da mídia em todo mundo, tendo em vista os graves incidentes que se seguiram à publicação de charges de Maomé em um jornal dinamarquês. Para alguns, tratou-se de legítimo exercício da liberdade de expressão sobre questão de máximo interesse público: o recrudescimento de conflitos em razão do fundamentalismo religioso. Outros já sustentam que as caricaturas, além de representarem uma gratuita ofensa à religião islâmica – que, como se sabe, não permite representações pictóricas do seu Profeta –, também incitaram ao preconceito contra os árabes, ao caracterizá-los, de forma estereotipada, como terroristas.

O objetivo deste estudo é examinar um dos temas ligados à fixação de limites à liberdade de expressão: o relacionado à proteção, ou não, de manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores – tema que, no Direito Comparado, é normalmente estudado sob o rótulo de “*hate speech*”. A análise desta questão transcende a simples interpretação do texto constitucional, envolvendo, necessariamente, o manejo de diversos valores

---

<sup>2</sup> O problema fundamental que hoje se coloca no país é o da democratização dos meios de comunicação – fortemente oligopolizados no Brasil – para que eles possam promover um dos objetivos fundamentais da liberdade de expressão, que é a criação de um debate público plural e aberto, vital para o exercício do autogoverno pelo povo. Enfatizando a relação entre liberdade de expressão e democracia, veja-se Alexander Meiklejohn. *Political Freedom*. Westport: Greenwood Press, 1960; Cass Sunstein. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1995; Owen Fiss. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e, na doutrina brasileira, Daniel Sarmento. “Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado”. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; Fábio Konder Comparato. “A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa”. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 149-166; e Gustavo Binbenojm. “Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa”. In: Daniel Sarmento & Flávio Galdino (Orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 473-498.

extremamente importantes numa sociedade democrática, como liberdade, igualdade e tolerância, que, como não poderia deixar de ser, abrem-se a leituras muito divergentes.

O assunto tem provocado debates apaixonados no mundo todo. Cortes constitucionais e supremas cortes de diversos países já se manifestaram sobre o tema, bem como instâncias internacionais de direitos humanos. Uns, de um lado, afirmam que a liberdade de expressão não deve proteger apenas a difusão das idéias com as quais simpatizamos, mas também aquelas que nós desprezamos ou odiamos, como o racismo. Para estes, o remédio contra más idéias deve ser a divulgação de boas idéias e a promoção do debate, não a censura. Do outro lado estão aqueles que sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais das vítimas.

No Brasil, como se sabe, o tema foi objeto de uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal em 2003, no caso *Ellwanger*<sup>3</sup> – já qualificado por integrantes da Corte como o mais relevante julgado da história daquele tribunal em matéria de direitos humanos. Decidiu-se, naquele julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho anti-semita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo. E há vários outros casos em cortes inferiores apontando na mesma linha.

Esta posição da Suprema Corte brasileira foi aplaudida de forma praticamente unânime, tanto no âmbito da sociedade civil como no meio acadêmico. Alguns constitucionalistas chegaram a criticar a metodologia empregada pela Corte – em especial o recurso à ponderação de interesses<sup>4</sup> – mas não o resultado alcançado, de banimento e criminalização das manifestações de racismo. Portanto, parece existir um forte consenso contrário à proteção constitucional do *hate speech*, pelo menos em relação às expressões de intolerância racial.

Como se verá ao longo do estudo, não discordamos deste consenso e engrossamos o coro daqueles que aplaudem o mérito da decisão do STF. Sem embargo, entendemos que é necessária redobrada cautela quando se trata de limitar a liberdade de expressão em razão do conteúdo das idéias manifestadas. É preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a

<sup>3</sup> HC nº 82.424/RS, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento concluído em 19 de setembro de 2003.

<sup>4</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 167-170; e Marcelo Cattoni. *O Caso Ellwanger: Uma Crítica à Ponderação de Valores na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Mimeo, 2006.

auto-realização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o “politicamente correto”, vigentes em cada momento histórico. A liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem. E daí vem a grande indagação que envolve o nosso tema: até que ponto é possível restringir a liberdade de expressão para proteger direitos fundamentais de grupos estigmatizados, sem deslizar na “rampa escorregadia” (*slipery slope*) que pode levar à submissão do exercício deste direito às ortodoxias morais ou políticas de ocasião?

O objetivo principal deste estudo é tentar dar uma resposta coerente à questão da limitação às manifestações que promovam o ódio ou o desprezo contra minorias. Para isso, pretendemos, em primeiro lugar, expor como o tema vem sendo tratado em outros países e na jurisdição internacional dos direitos humanos. Em seguida, dissecaremos os vários argumentos filosóficos e jurídicos favoráveis e contrários à restrição ao “*hate speech*”. Daí, passaremos a analisar o tema à luz do ordenamento brasileiro, tecendo considerações finais sobre como, na nossa opinião, a questão deve ser enfrentada no Brasil, tendo em vista não só o nosso Direito positivo, como também a realidade empírica das relações sociais existentes no país.

## **2. O “Hate Speech” no Direito Comparado**

O tema do *hate speech* já foi enfrentado nas ordens jurídicas dos mais diversos países. Em obra coletiva organizada pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Essex<sup>5</sup>, por exemplo, há relatos sobre o tratamento da questão na Austrália, Canadá, Rússia, Dinamarca, França, Alemanha, Índia, Israel, Argentina, Uruguai, Holanda, África do Sul, Sri Lanka, Inglaterra e Estados Unidos. Sem embargo, por razões de tempo e espaço, decidimos priorizar a análise do tema no âmbito dos Estados Unidos, do Canadá e da Alemanha, pois são estes os países onde houve, na nossa opinião, um debate mais rico sobre o assunto na dimensão constitucional.

Nosso propósito nesta exposição comparativa é não só o de informar ao leitor sobre as respostas dadas ao mesmo problema em outros países, como também o de trazer à baila a argumentação empregada nas discussões, para, mais à frente, analisá-la de forma mais detida e verificar a sua pertinência em relação à ordem jurídica brasileira.

---

<sup>5</sup> Sandra Coliver (Ed.). *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

## 2.1. Estados Unidos

Embora a garantia da liberdade de expressão tenha sido incorporada à Constituição norte-americana ainda em 1791, por ocasião da aprovação da 1ª Emenda, foi apenas no curso do século XX, após o fim da 1ª Guerra Mundial, que este direito começou a ser efetivamente protegido pelo Judiciário norte-americano<sup>6</sup>. Desde então, tem-se assistido a uma progressiva extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, que é hoje, sem dúvida, o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana<sup>7</sup>. É certo, contudo, que esta expansão na proteção da liberdade de expressão tem se dado em parte ao custo de um enfraquecimento na garantia de outros direitos contrapostos<sup>8</sup>, como privacidade<sup>9</sup>, honra<sup>10</sup> e também igualdade. Nesta linha, formou-se firme jurisprudência nos Estados Unidos no sentido da proteção constitucional das mais tenebrosas manifestações de intolerância e ódio voltadas contra minorias, como será visto abaixo.

É relevante, de início, apontar para a forma aparentemente absoluta como está redigida a garantia constitucional da liberdade de expressão na 1ª Emenda: “o Congresso não pode editar nenhuma lei ... limitando (abridging) a liberdade de expressão ou da imprensa”. Contudo, apesar dos termos peremptórios do texto

---

<sup>6</sup> Cf. Daniel A. Farber. *The First Amendment*. 2<sup>nd</sup> ed., New York: The Foundation Press, 2003, pp. 11-12; e Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet & Pamela S. Karlan. *The First Amendment*. 2<sup>nd</sup> ed., New York: Aspen Publishers, 2003, p. 08.

<sup>7</sup> Cf. Edward J. Eberle. *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*. Westport: Praeger, 2002, pp. 190-191.

<sup>8</sup> Cf. Frederick Schauer. “The Cost of Communicative Tolerance”. In: Raphael Cohen-Almagor (Ed.). *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance: Essays in Honor and Memory of Yitzhak Rabin*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000, pp. 28-42.

<sup>9</sup> Embora a jurisprudência norte-americana tenha reconhecido, desde o caso *Griswold vs. Connecticut*, julgado em 1965, a existência de um direito fundamental implícito à privacidade, em casos de conflito, ela tende a atribuir um peso muito superior à liberdade de expressão. Para ilustrar esta afirmação, basta mencionar que, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, a imprensa tem o direito de divulgar o nome de vítimas de estupro (*Landmark Communications Inc. vs. Virginia* – 435 U.S. 829 (1978)) e de expor ao público o conteúdo de conversas telefônicas de particulares gravadas ilicitamente, sem autorização judicial (*Bartnicki vs. Vopper* – 121 S. Ct. 1753 (2001)). Veja-se, a propósito, Paul Gewirtz. “Free Speech and Privacy”. In: *Supreme Court Review*, 2001, pp. 139-184.

<sup>10</sup> No famoso caso *New York Times vs. Sullivan* (376 U.S. 254 (1964)), ficou assentado no Direito Constitucional norte-americano que, mesmo diante de afirmações falsas que atinjam as suas reputações, as autoridades públicas só podem obter indenizações por danos se lograrem demonstrar que o responsável agiu com dolo real (*actual malice*) ou eventual (*reckless disregard of whether it was false or not*). E, posteriormente, este mesmo *standard* foi estendido para indivíduos que, embora não sendo autoridades públicas, tenham uma posição pública de proeminência, como técnicos de time de futebol americano (*Curtis Publishing Co. vs. Butts*- 388 U.S. 130 (1967)) e advogados em casos rumorosos (*Gertz vs. Robert Welch Inc.*- 418 U.S. 323 (1974)). Veja-se, a propósito, Harry Kalven Jr. *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*. New York: Harper e Row Publishers, 1988, pp. 60-74; e Daniel A. Farber, *Op. cit.*, pp. 79-102.

constitucional, poucos na história norte-americana defenderam o caráter absoluto da 1ª Emenda<sup>11</sup>. Nunca se questionou, por exemplo, que a liberdade de expressão não protege aqueles que gritam falsamente “fogo” num cinema lotado, como registrou Oliver Wendell Holmes<sup>12</sup>. Pelo contrário, desde sempre se aceitou a necessidade de estabelecer algumas limitações excepcionais ao exercício deste direito sem as quais a vida social tornar-se-ia inviável<sup>13</sup>. Atualmente, os Estados Unidos possuem um sistema de proteção à liberdade de expressão extremamente complexo, em que há determinados campos considerados fora do alcance da 1ª Emenda, como o da “obscenidade”<sup>14</sup>, outros que recebem uma proteção menos intensa, como a propaganda comercial<sup>15</sup>, e uma área em que a tutela constitucional é extremamente reforçada, em cujo epicentro está o discurso político *lato sensu*. Por outro lado, há também uma importante distinção entre as formas de regulação estatal desta liberdade: são mais facilmente aceitas as restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, mas há um controle muito mais rigoroso das limitações atinentes ao teor do discurso, que se torna ainda rígido e quase invariavelmente fatal quando a regulação baseia-se em discordância relativa ao “ponto de vista” do agente<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> A mais importante exceção a esta regra foi o *Justice* Hugo Black, da Suprema Corte americana, que defendia uma interpretação literal e absolutista da 1ª Emenda. Nas suas palavras, “*sem exceção, sem nenhum ‘se’, ‘mas’, ou ‘enquanto’, a liberdade de expressão significa que o Governo não pode fazer qualquer coisa com pessoas, ou, nas palavras da Magna Carta, agir contra pessoas seja pelas idéias que tenham ou pelas que expressem, ou pelas palavras que escrevam ou falem (...) Eu simplesmente acredito que ‘Congresso não pode editar nenhuma lei’ significa que o Congresso não pode editar nenhuma lei*” (*Constitutional Faith*. New York: Knopf, 1969, p. 45).

<sup>12</sup> *Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47 (1918).

<sup>13</sup> Cf. Frederick Schauer. *Free Speech: A Philosophical Inquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 131-152.

<sup>14</sup> Há enorme controvérsia nos Estados Unidos sobre se a obscenidade deve ou não ser protegida constitucionalmente, e sobre qual o conceito mais adequado para esta categoria. Atualmente, aplica-se a definição de “obscenidade” estabelecida no caso *Miller vs. Califórnia* (413 U.S. 15 (1973)), segundo a qual considera-se obscena uma obra quando satisfaça todos os seguintes requisitos: “(a) quando a pessoa mediana, aplicando critérios contemporâneos da comunidade, considere que a obra, como um todo, apele aos interesses lascivos (prurient); (b) quando a obra mostre ou descreva, de forma patentemente ofensiva, conduta sexual especificamente definida na legislação estadual aplicável; e (c) quando a obra, considerada como um todo, seja desprovida de qualquer valor literário, artístico, político ou científico sério”. Cf. John H. Garvey & Frederick Schauer. *The First Amendment: A Reader*. St. Paul: West Publishing Co., 1996, pp. 343-375.

<sup>15</sup> Sobre o tratamento constitucional do *commercial speech* nos Estados Unidos, veja-se Geoffrey Stone *et al.* *The First Amendment*, *Op. cit.*, pp. 169-196.

<sup>16</sup> Para o leitor não familiarizado com a dogmática norte-americana de liberdade de expressão, vale a pena explicitar a diferença entre limitação baseada no conteúdo do discurso e regulação baseada no ponto de vista. A rigor, a restrição baseada no conteúdo é gênero, de que é espécie a relacionada ao ponto de vista. Não obstante, quando se alude à limitação baseada no conteúdo, trata-se, em regra, de restrição que não discrimina entre pontos de vista diferentes. Seria o caso, por exemplo, de uma lei que proibisse manifestações políticas de funcionários públicos. Qualquer manifestação, ligada a qualquer corrente ou ideologia, estaria vedada. Já a restrição baseada em ponto de vista implica, pelo contrário, em discriminação relativa à posição adotada pelo agente. Retomando o exemplo anterior, seria o caso de uma norma que vedasse manifestações políticas dos funcionários do Estado em favor do socialismo, mas que permitisse a defesa de outras ideologias.

O primeiro caso importante envolvendo a questão do *hate speech* foi *Beauharnais vs. Illinois*<sup>17</sup>, julgado pela Suprema Corte em 1952. Discutia-se, no julgamento<sup>18</sup>, a condenação criminal de um indivíduo que promovera a distribuição de panfletos em Chicago, nos quais conclamava os brancos a se unirem contra os negros e evitarem a miscigenação racial, acusando os afrodescendentes de serem os responsáveis por estupro, roubos e outros crimes. A condenação baseara-se em lei estadual que proibira a exibição em qualquer espaço público de publicações que imputassem a grupos identificados pela raça, cor, credo ou religião, de características negativas ligadas à “devassidão, criminalidade, falta de castidade ou de virtude”, e que com isso expusessem os integrantes destes grupos ao desprezo ou pudessem implicar em desordem e tumultos. A Suprema Corte manteve a condenação, considerando constitucional a lei aplicada, que havia sido questionada em razão de alegada ofensa à liberdade de expressão, e validou com isso a idéia de *group libel* (difamação coletiva).

A decisão, redigida pelo *Justice* Frankfurter, destacou inicialmente que as ofensas pessoais “*não são parte essencial de qualquer exposição de idéias, e possuem um valor social tão reduzido como passo em direção à verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente sobrepujado pelo interesse social na moralidade e na ordem*”<sup>19</sup>. Em seguida, afirmou que se as ofensas dirigidas contra indivíduos podem ser sancionadas apesar da garantia da liberdade de expressão, o mesmo deveria valer para as ofensas perpetradas contra grupos. Isto porque, nas suas palavras, “*o trabalho de um homem, as suas oportunidades educacionais e a dignidade que lhe é reconhecida podem depender tanto da reputação do grupo racial ou religioso a que ele pertença como dos seus próprios méritos. Sendo assim, estamos impedidos de dizer que a expressão que pode ser punível quando imediatamente dirigida contra indivíduos, não possa ser proibida se dirigida a grupos*”.

Porém, esta posição não tardou a ser revertida<sup>20</sup>. Com efeito, no julgamento do caso *Brandenburg vs. Ohio*<sup>21</sup>, em 1969, a Suprema Corte norte-americana reformou

<sup>17</sup> 343 U.S. 250 (1952).

<sup>18</sup> Os trechos mais importantes da decisão foram reproduzidos em Steven H. Shiffrin & Jesse Choper. *The First Amendment: Cases – Comments – Questions*. St. Paul: West Group, 2001, pp. 50-53.

<sup>19</sup> Esta, bem como as demais traduções constantes neste texto, foram feitas livremente pelo autor, a não ser aquelas expressamente mencionadas.

<sup>20</sup> Embora a idéia de *group libel* adotada no caso *Beauharnais* nunca tenha sido explicitamente repudiada pela Suprema Corte, a doutrina norte-americana afirma que tal idéia não é compatível com julgados supervenientes do Tribunal, que atribuíram prioridade ao robustecimento do debate em detrimento da honra, em questões de caráter público. Cf. Michael Rosenfeld. “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”. In: *Cardozo Law School, Working Paper Series n° 41*, 2001, p. 21.

<sup>21</sup> 395 U.S. 444 (1969).

decisão que condenara Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan no Estado de Ohio, pelo delito de apologia ao crime (*criminal syndicalism*). Este indivíduo organizara e promovera um encontro daquela nefasta entidade, para o qual convidara um repórter, que transmitiu ao público, pela televisão, algumas imagens do evento. Na filmagem, viam-se pessoas encapuzadas queimando cruzeiros e proferindo palavras de ordem contra negros e judeus. Num dado momento, Brandenburg usou da palavra para dizer que “*os crioulos (nigger) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel*”, e, em outra passagem, proferiu ameaça, afirmando que se o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte continuassem a prejudicar a raça caucasiana, a Ku Klux Klan poderia tentar se vingar.

A decisão da Suprema Corte, sem sequer adentrar na questão do racismo, considerou inconstitucional a lei do Estado de Ohio, porque entendeu que ela punia a defesa de uma idéia, o que seria plenamente incompatível com a liberdade de expressão. Nas palavras do Tribunal, “*as garantias constitucionais da liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem que o Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando esta defesa seja direcionada a incitar ou promover ação ilegal, e seja adequada ao incitamento ou à produção desta ação*”<sup>22</sup>. A linha traçada pela Corte distinguiu a defesa de idéias racistas – protegida pela liberdade de expressão – da incitação à prática de atos violentos – não protegida.

Caso ainda mais emblemático envolveu uma passeata organizada pelo Partido Nacional-Socialista da América, de pessoas envergando uniformes militares nazistas e portando bandeiras com suásticas, no município de Skokie – um subúrbio de Chicago com 70.000 habitantes, dos quais 40.000 eram judeus e 5.000 sobreviventes do Holocausto. O município tentou de todas as formas impedir a manifestação, primeiro através de ação, julgada improcedente pela Suprema Corte de Illinois<sup>23</sup>, e depois editando normas que criavam uma série de obstáculos ao evento, todas elas declaradas inconstitucionais pela 7ª *Circuit Court*<sup>24</sup>, por violação à liberdade de expressão, em decisão cujo mérito a Suprema Corte recusou-se a examinar<sup>25</sup>. No final, apesar de terem obtido a permissão desejada, os neonazistas preferiram realizar a sua manifestação não

---

<sup>22</sup> Excertos da decisão constam em Steven H. Shiffrin & Jessé H. Choper, *Op. cit.*, pp. 43-46.

<sup>23</sup> *Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978).

<sup>24</sup> *Collin vs. Smith*, 578 F.2d 1197 (7<sup>th</sup> Cir.).

<sup>25</sup> *Smith vs. Collin*, 436 U.S. 953 (1978).

em Skokie, mas na cidade de Chicago, o que fizeram sob proteção policial para impedir que fossem atacados pelo público<sup>26</sup>.

O entendimento jurisprudencial que se firmou ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais. Assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes idéias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. As concepções defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade. Como exceção, admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência. Trata-se daquilo que a doutrina norte-americana chama de *fighting words*<sup>27</sup>. Note-se, contudo, que a *rationale* da doutrina das *fighting words* não é a proteção ao direito das vítimas, mas sim a garantia da ordem e da paz públicas.

Vale a pena também mencionar o caso – *R.A.V. vs. City of St. Paul*<sup>28</sup> –, decidido em 1992, em que a Suprema Corte relativizou até a doutrina das *fighting words* em favor da proteção às manifestações de racismo. Naquele caso, um grupo de jovens fora preso por ter invadido o quintal de uma família de afrodescendentes e lá colocado fogo numa cruz (recorde-se que o crucifixo em chamas é o símbolo da Ku Klux Klan). Eles foram condenados no âmbito estadual com base em legislação local que instituíra a figura do “crime motivado por preconceito” (*bias motivated crime*), tipificando a conduta daquele que “*colocasse em propriedade pública ou privada algum símbolo, objeto, palavra, sinal ou grafite, incluindo, mas não exclusivamente, cruz em fogo e suástica, sabendo ou tendo base razoável para saber que o mesmo causa raiva, medo ou ressentimento em outros com base em raça, cor, credo, religião ou gênero*”. A Suprema Corte do Estado de Minnesota já havia determinado que a lei em questão deveria ser interpretada de acordo com a Constituição, de forma restritiva, de modo a atingir apenas aquelas condutas que pudessem ser consideradas como *fighting words*, e

---

<sup>26</sup> A história, com todos os seus incidentes processuais, é relatada em Geoffrey Stone *et al.* *The First Amendment*, *Op. cit.*, pp. 89-92.

<sup>27</sup> A doutrina das *fighting words* foi elaborada pela Suprema Corte americana no caso *Chaplinsky vs. New Hampshire* (315 U.S. 568 (1942)). Sobre o conceito em questão, veja-se Daniel Farber. *Op. cit.*, pp. 103-106.

<sup>28</sup> 505 U.S. 377 (1992).

parecia longe de qualquer dúvida que a ação dos acusados enquadrava-se bem naquela moldura.

Não obstante, a Suprema Corte norte-americana invalidou a condenação, por entender inconstitucional a lei em questão, mesmo na exegese restritiva adotada pelo Tribunal de Minnesota. Numa decisão tomada por 5 votos a 4 e redigida pelo *Justice* Scalia, a Corte afirmou que seria lícito ao Estado proibir e penalizar o uso de *fighting words*, mas não fazê-lo de forma parcial, como no caso, visando a atingir apenas determinadas idéias ou concepções repudiadas pela maioria da sociedade. Segundo o Tribunal, o legislador na hipótese em questão pretendia atingir apenas as manifestações de intolerância racial, religiosa ou de gênero, violando, com isso, o seu dever de neutralidade em relação aos diversos pontos de vista existentes na sociedade. Nas palavras de Scalia, para a lei em discussão, “*cartazes contendo algumas palavras – ofensas raciais odiosas, por exemplo – seriam proibidas para os proponentes de todos os pontos de vista. Mas ‘fighting words’ que por si só não invocassem raça, cor, credo, religião ou gênero – afirmações sobre a mãe de alguém, por exemplo – poderiam aparentemente ser usadas à vontade nos cartazes daqueles que defendessem a tolerância e a igualdade raciais, de cor, etc., mas não poderiam ser usadas pelos seus oponentes*”. Isto, segundo a Corte, bastaria para caracterizar a inconstitucionalidade da norma, já que “*St. Paul não tem o poder de autorizar um lado do debate a lutar livre e requerer que o outro lado siga as regras de etiqueta do Marquês de Queensbury*”.

Sem embargo, no caso mais recente sobre *hate speech* – *Virginia vs. Black et al*<sup>29</sup>, decidido em 2003 –, a Suprema Corte americana considerou constitucional uma lei do Estado da Virgínia que criminalizara a queima de cruzeiras realizada com o intuito de intimidação de qualquer pessoa ou grupo. Três pessoas haviam sido condenadas com base na referida lei, mas a Suprema Corte do Estado da Virgínia revertera as condenações, reconhecendo a inconstitucionalidade do estatuto por ofensa à liberdade de expressão. A Corte Suprema, em decisão redigida pela *Justice* O’Connor, reformou a decisão do Tribunal da Virgínia, afirmando que, muito embora a difusão de idéias racistas, como as da Ku Klux Klan, não possa ser punida, os atos de ameaça são suscetíveis de repressão, e reconhecendo que a queima de cruzeiras pode constituir uma forma particularmente virulenta de intimidação. Ela discerniu o caso do julgamento proferido em *R.A.V vs. City of Saint Paul*, acima mencionado, afirmando que enquanto

---

<sup>29</sup> 538 U.S. 343.

naquele processo a lei voltara-se apenas contra o discurso violento dirigido contra determinados grupos, isto não teria acontecido neste novo caso.

Porém, no mesmo julgamento, a Corte afirmou que a instrução transmitida ao Tribunal do Júri em uma das condenações, de considerar a queima de cruzeiros como uma evidência *prima facie* de ameaça, violara a 1ª Emenda. A Corte entendeu que, embora a queima de cruzeiros realizada com propósito intimidatório possa ser criminalizada, ela constitui manifestação legítima da liberdade de expressão quando não é promovida com este intuito, e que essa atividade expressiva teria sido indevidamente ameaçada pela referida instrução.

Enfim, o que assombra nestas decisões norte-americanas sobre *hate speech* não é o que se disse, mas o que se calou. Nenhuma atenção foi dedicada nestes julgados ao princípio da igualdade, previsto na 14ª Emenda da Constituição norte-americana, como se a questão da igualdade racial – verdadeira chaga na história daquele país – não tivesse qualquer relação com o tema. Em *R.A.V. vs. City of St. Paul*, por exemplo, o combate ao racismo por parte do legislador foi tratado como uma ilegítima perseguição encetada contra um ponto de vista impopular, tendo sido simplesmente ignorada a questão da opressão racial, tão intensa nos Estados Unidos<sup>30</sup>. O máximo que o Tribunal “concedeu” naquele julgamento, pela voz do *Justice* Scalia, foi a afirmação de que “*queimar uma cruz no jardim de alguém é repreensível*”. Nem uma única palavra dedicada à igualdade racial ou à necessidade de combate ao preconceito<sup>31</sup>. Um silêncio eloqüente...

Esta posição de defesa quase incondicional do *hate speech* assumida no Direito norte-americano – que, como se verá em seguida, diverge substancialmente daquela prevalente em outras sociedades democráticas que também atribuem um papel essencial à liberdade de expressão – tem várias explicações. Pode-se apontar, por exemplo, para uma valorização maior da liberdade em relação à igualdade na tradição do constitucionalismo e da própria cultura norte-americana<sup>32</sup>, que bem se expressa na fragilidade da rede de segurança social existente naquele país, quando confrontada com a sua incomparável pujança econômica, bem como na completa rejeição por lá da idéia de direitos sociais e econômicos.

---

<sup>30</sup> Cf. Mari J. Matusda & Charles R. Laurence III. “Epilogue”. In: *Words that Wound, Op. cit.*, pp. 133-136.

<sup>31</sup> No mesmo sentido, Akhil Reed Amar. “The Case of the Missing Amendments: *R.A.V. vs. City of St. Paul*”. In: *Harvard Law Review*, n.º 106, 1992, pp. 124-160.

<sup>32</sup> Cf. Michael Rosenfeld, *Op. cit.*, p. 11.

No que tange à própria liberdade, predomina no pensamento jurídico norte-americano uma concepção muito formal deste valor, que tende a abstrair-se da opressão real exercida no mundo da vida sobre sujeitos de carne e osso. Esta visão, ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presentes nas próprias estruturas sociais<sup>33</sup>, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos. Em matéria de liberdade de expressão, ela ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre os seus alvos<sup>34</sup>.

Outro fator decisivo, diretamente ligado aos antes mencionados, é a profunda desconfiança em relação ao Estado, acompanhada de um certo otimismo – nem sempre justificado – em face do mercado, sobretudo no que tange à discussão de idéias<sup>35</sup>. Permeia todo o Direito Constitucional americano a visão do Estado como o grande adversário dos direitos, e não como uma entidade muitas vezes necessária para promovê-los e proteger os mais fracos dos mais fortes no quadro de uma sociedade desigual. Em matéria de liberdade de expressão, esta tendência é especialmente pronunciada, e tem se evidenciado numa jurisprudência altamente libertária, que vê com grande suspeição qualquer iniciativa estatal na área do debate público, mesmo quando destinada a pluralizar as vozes na arena de discussão e ampliar a participação dos segmentos excluídos do mercado comunicativo<sup>36</sup>.

Na mesma linha, deve-se referir ainda à subsistência, no pensamento constitucional norte-americano, da anacrônica visão de que os direitos e princípios constitucionais só vinculam ao Estado, não criando nenhum tipo de obrigação para os particulares<sup>37</sup>. Esta concepção, superada na maior parte das constituições

---

<sup>33</sup> Cf. Owen Fiss. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. Trad. Jorge F. Malén Sena. México: Fontanara, 1997.

<sup>34</sup> Cf. Owen Fiss. *A Ironia da Liberdade de Expressão*, *Op. cit.*, pp. 33-66; e Catharine A. Mackinnon. *Only Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 03-42.

<sup>35</sup> Cf. Cass Sunstein. *Democracy and the Problem of Free Speech*, *Op. cit.*, pp. 17-51; e Owen Fiss. “Why the State”. In: *Harvard Law Review*, n.º 100, 1987, pp. 781-791.

<sup>36</sup> São exemplos os casos *Miami Herald vs. Tornillo* (418 U.S. 241 (1974)), em que a Suprema Corte invalidou uma lei do Estado da Flórida que instituía o direito de resposta, sob o argumento de que obrigar jornais a publicarem aquilo com o que não concordam violaria a 1ª Emenda, e *Buckley vs. Valeo* (424 U.S. 1 (1976)), em que o mesmo Tribunal considerou inconstitucional uma lei federal que estabelecera limites para gastos em campanhas eleitorais, sob o argumento de que ela restringia a capacidade de expressão dos candidatos e partidos. Neste julgado, para refutar a alegação de que a limitação equalizava o acesso à comunicação dos diversos concorrentes num pleito eleitoral, reduzindo com isso a influência econômica no resultado da eleição, a Suprema Corte afirmou que “o conceito de que o Governo pode restringir a expressão de alguns elementos da sociedade visando a promover a voz relativa de outros é completamente estranho à 1ª Emenda.”

<sup>37</sup> Cf. Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. 2<sup>nd</sup> ed., Mineola: The Foundation Press, 1988, pp. 1688-1720; e John Nowak & Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, pp. 470-509.

contemporâneas, em que cada vez mais se tem reconhecido uma eficácia também horizontal dos direitos fundamentais<sup>38</sup>, expressa-se no Direito americano através da doutrina da *State Action*. Sob o prisma desta doutrina, o racismo, o preconceito e a intolerância do Estado e das autoridades públicas violam a Constituição, mas os mesmos comportamentos, quando praticados por agentes privados, tornam-se “indiferentes” constitucionais.

O pano de fundo destas idéias é uma cultura profundamente individualista, que cultiva o ideal do *self-made man*, forte, corajoso e independente do Estado, que quer falar e ser ouvido na sociedade, e que deve, em contrapartida, formar uma couraça dura o suficiente para suportar e superar todas as agressões que possa sofrer no “mercado de idéias”, por mais odiosas que elas sejam<sup>39</sup>.

Mas a verdade é que este modelo jurídico-cultural, pintado acima em pinceladas impressionistas, é hegemônico, mas não é exclusivo. Na fantástica diversidade que caracteriza o pensamento norte-americano, há também outras tradições e cosmovisões, mais sensíveis em relação à igualdade e mais abertas à necessidade de amparar e proteger os mais fracos e as minorias, inclusive no espaço comunicativo.

Neste sentido, é importante salientar que a questão do *hate speech* provocou uma verdadeira fissura entre os defensores dos direitos humanos nos Estados Unidos. Antes do recrudescimento deste debate, a compreensão geral era a de que a liberdade de expressão e a defesa dos direitos das minorias estavam sempre do mesmo lado. Na luta pela afirmação dos direitos civis dos negros nas décadas de 50 e 60, por exemplo, a liberdade de expressão fora sempre uma arma fundamental<sup>40</sup>. Era sempre a Direita que queria restringir o *free speech*, contra a firme oposição da Esquerda, que encarnava os interesses dos grupos mais desfavorecidos. De repente, a liberdade de expressão, tal como interpretada pela Suprema Corte, passa a ser vista por alguns não mais como um instrumento de emancipação, mas como um escudo em favor da opressão de grupos estigmatizados.

---

<sup>38</sup> Veja-se, sobre o tema, Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; e Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Para uma análise focando exclusivamente a perspectiva do Direito Comparado, consulte-se Mark Tushnet. “The Issue of State Action/ Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”. In: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 01, 2003, pp. 79-98.

<sup>39</sup> Cf. Edward Eberle, *Op. cit.*, p. 235.

<sup>40</sup> Veja-se, neste sentido, Harry Kalven Jr. *The Negro and the First Amendment*. Chicago: University of Chicago Press, 1965.

Neste novo contexto, juristas norte-americanos ligados ao movimento da *Critical Race Theory*<sup>41</sup>, feministas<sup>42</sup> – também preocupadas com a exploração da mulher através da pornografia –, junto com alguns liberais<sup>43</sup> do *mainstream* vão se afastar da visão libertária sobre a liberdade de expressão e abraçar uma concepção crítica em relação à posição sobre o *hate speech* adotada pela jurisprudência<sup>44</sup>. Já outros liberais, apesar do seu comprometimento com os direitos das minorias em causas distintas, vão continuar militando no *front* tradicional, contra qualquer tentativa de restrição às liberdades comunicativas<sup>45</sup>.

Atualmente, como são mínimas as chances de alteração da jurisprudência da Suprema Corte em matéria de *hate speech*, os debates de maior importância prática nesta matéria nos Estados Unidos gravitam em torno da regulação do discurso intolerante no âmbito das universidades privadas. Como tais instituições não integram o Estado, elas não são obrigadas a seguir a 1ª Emenda, de acordo com a doutrina da *State Action*. Por isso, algumas universidades privadas adotaram códigos de conduta que proíbem manifestações de racismo ou preconceito contra minorias nos seus *campi*, enquanto outras, embora não estivessem juridicamente obrigadas a tanto, preferiram seguir a orientação da Suprema Corte e não criaram restrições ao discurso dos seus alunos e professores, para não “abafarem” o debate no âmbito da comunidade universitária<sup>46</sup>.

Em resumo, nos Estados Unidos entende-se que as manifestações de ódio e intolerância contra minorias são protegidas pela liberdade de expressão, mas esta posição abraçada pela Suprema Corte está longe de ser consensual na academia e na sociedade. E as consequências práticas deste posicionamento não se circunscrevem ao território norte-americano. A ampla proteção ao *hate speech* nos Estados Unidos tornou

---

<sup>41</sup> Cf. Mari J. Matsuda, Charles R. Lawrence III, Richard Delgado & Kimberlé Williams Crenshaw. *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, 1993.

<sup>42</sup> Cf. Catharine A. Mackinnon, *Only Words*, *Op. cit.*

<sup>43</sup> Cf. Owen Fiss. *A Ironia da Liberdade de Expressão*, *Op. cit.*, pp. 33-65; Michael Rosenfeld. “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”. In: *Cardoso Law School: Working Paper Series* n.º 41, 2001, pp. 50-63.

<sup>44</sup> Os argumentos empregados por ambos os lados da contenda serão examinados no item 3 deste estudo.

<sup>45</sup> Cf. Ronald Dworkin. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 214-226; Lee C. Bollinger. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986; Robert Post. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, pp. 291-331; e David A. J. Richards. *Free Speech and the Politics of Identity*. New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>46</sup> Sobre este debate, confronte-se Nadine Strossen. “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”. In: Henry Louis Gates Jr., Anthony P. Griffin, Donald E. Lively, Robert C. Post, William B. Rubenstein & Nadine Strossen. *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*. New York: New York University Press, 1994, pp. 181-256.

o país a sede da maior parte dos *sites* racistas existentes do mundo, que, no espaço sem fronteiras da *Internet*, alimentam o preconceito e a intolerância contra minorias em todo o planeta<sup>47</sup>.

## 2.2. Canadá

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades, aprovada em 1982, consagra a liberdade de expressão no seu art. 2 (b), segundo o qual todos têm direito “à liberdade de pensamento, crença, opinião, expressão, incluindo a liberdade da imprensa e de outros meios de comunicação”. Por outro lado, a Carta também protege o direito à igualdade, vedando discriminações (art. 15, 1) e prevendo inclusive a possibilidade de instituição de políticas de ação afirmativa em favor de minorias em situação desvantajosa (art. 15, 2). Ela contém, ainda, referência ao multiculturalismo como compromisso fundamental da sociedade canadense (art. 27).

Ademais, a Carta estabelece expressa autorização para 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*” (art. 1º). Desde o julgamento do caso *R. vs. Oakes*<sup>48</sup>, em 1986, tem-se entendido que esta exigência de que as restrições aos direitos sejam “demonstravelmente justificadas” envolve um duplo controle: em primeiro lugar, um controle sobre o objetivo justificador da restrição, que deve ser “urgente e substancial” (*pressing and substantial*). Em seguida, um controle sobre a própria medida restritiva, que tem de atender ao princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão: deve haver, assim, (a) uma “razoável conexão” entre a medida e o objetivo perseguido, (b) a limitação ao direito fundamental deve ser a mínima necessária para atingir aquele objetivo, e (c) os ônus relacionados à limitação do direito não podem exceder às vantagens relacionadas ao atingimento do objetivo visado<sup>49</sup>.

Com este quadro normativo e uma cultura jurídica menos individualista do que a norte-americana, além de extremamente preocupada com a proteção aos direitos das minorias, não foi difícil para a Suprema Corte do Canadá posicionar-se de forma

---

<sup>47</sup> Cf. Friedric Kubler. “How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights”. In: *Hofstra Law Review*, n.º 27, 1998, pp. 358-360.

<sup>48</sup> Can LII 46 (S.C.C.) (1986).

<sup>49</sup> Vê-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade aplicado pela Corte canadense é praticamente idêntico em conteúdo àquele também utilizado no Direito brasileiro, com os seus três subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sobre a proporcionalidade veja-se o item 5 deste estudo.

contrária à proteção constitucional do *hate speech*<sup>50</sup>. Não obstante, como se verá abaixo, o entendimento do referido tribunal apresenta uma série de nuances e não deixa de defender, em alguma medida, a liberdade de expressão mesmo para a difusão da intolerância.

O *leading case* na matéria foi *Regina vs. Kegstra*<sup>51</sup>, julgado em 1990. No caso em questão, discutiu-se a constitucionalidade da condenação criminal de um professor de 2º grau que defendia e ensinava entre os seus alunos doutrinas anti-semitas. Nas suas “lições”, o professor James Kegstra afirmava que os judeus eram “traíçoeiros”, “amantes do dinheiro”, “assassinos de criança”, que queriam destruir a Cristandade e eram responsáveis por depressões, guerras e caos. O Holocausto, segundo ele, teria sido inventado pelos judeus para atrair simpatia da comunidade internacional. O crime que lhe foi imputado era o de “*promover propositadamente o ódio contra algum grupo identificável*”, através de comunicação que não fosse mera “*conversa privada*”, previsto no art. 319 (2) do Código Penal do Canadá. O item 7 deste mesmo dispositivo definira como “grupo identificável” qualquer seção da sociedade que se caracterize pela cor, raça, religião ou origem étnica. A decisão da Suprema Corte canadense, por 4 votos a 3, foi no sentido da manutenção da condenação e afirmação da constitucionalidade da lei que criminalizara o *hate speech*.

A técnica empregada pelo Tribunal no caso, e que é sempre usada no Canadá no escrutínio das restrições a direitos fundamentais, foi aquela descrita acima. Assim, a primeira questão analisada foi a propósito da existência, ou não, de uma restrição à liberdade de expressão no caso. E a resposta neste ponto foi afirmativa. Para o Tribunal, mensagens dotadas de um conteúdo expressivo, desde que não comunicadas de forma fisicamente violentas, são protegidas pela liberdade de expressão, independentemente do seu conteúdo, e isto valeria também para a divulgação de idéias racistas.

Em seguida, o Tribunal passou a analisar se o objetivo perseguido pelo art. 319 (2) do Código Penal canadense, de impedir o mal causado pelas expressões de ódio contra grupos raciais, étnicos, nacionais e religiosos, era substancial, urgente e

---

<sup>50</sup> Sobre o tratamento do *hate speech* no Canadá, veja-se L.W. Sumner. *The Hateful and the Obscene: Studies in the Limits of the Free Expression*. Toronto: University of Toronto Press, 2004; J. Manwaring. “Legal Regulation of Hate Propaganda in Canada”. In: Sandra Coliver (Ed.). *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*. London: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 106-122; Irwin Cotler. “Holocaust Denial, Equality and Harm: Boundaries of Liberty and Tolerance in a Liberal Democracy”. In: Raphael Cohen-Almagor (Ed.). *Op. cit.*, pp. 151-181; e Kathleen Mahoney. “The Canadian Constitutional Approach to Freedom of Expression in Hate Propaganda and Pornography”. In: *Law and Contemporary Problems*, n.º 55, 1992, pp. 77-120.

<sup>51</sup> 3 S.C.R. 697 (1990).

plenamente compatível com uma sociedade livre e democrática. Mais uma vez, a resposta foi afirmativa. A Corte fundamentou o seu entendimento na importância do compromisso constitucional canadense com a igualdade e com o multiculturalismo, que são prejudicados com a *hate propaganda*. Ademais, o Tribunal canadense analisou os principais efeitos negativos que o *hate speech* promove – o mal às vítimas e o mal à sociedade como um todo. Em relação às vítimas, registrou o terrível dano psicológico a que se submetem os integrantes das minorias étnicas e religiosas quando expostos às manifestações de ódio e desprezo, que podem abalar a sua auto-estima, e levá-los a evitar contatos com os não-membros dos seus grupos, ou a buscar anular as suas características distintivas para fugirem ao preconceito. Já em relação ao dano à sociedade, o Tribunal observou que, com o uso das tecnologias e meios apropriados, as pessoas podem ser convencidas das idéias mais abomináveis. Assim, a aceitação da propaganda do ódio poderia eventualmente atrair indivíduos às suas causas, ou sutilmente incutir nos inconscientes dos seus receptores idéias irracionais sobre a inferioridade dos integrantes de determinadas raças ou religiões.

Passou o Tribunal, em seguida, à fase final e mais complexa do exame da constitucionalidade, envolvendo o princípio da proporcionalidade da restrição a direito fundamental. Neste ponto, a Corte avaliou inicialmente a intensidade com que a criminalização do *hate speech* compromete os principais objetivos inerentes à liberdade de expressão – busca da verdade, auto-realização individual e promoção da democracia. E a posição do Tribunal foi no sentido de que este comprometimento é muito reduzido, já que, nas palavras da Corte, “*existe uma chance mínima de que declarações destinadas a promover o ódio contra um grupo identificável sejam verdadeiras, ou que a sua visão de sociedade conduza a um mundo melhor*”. Ademais, ainda que, ao proibir-se os intolerantes de difundirem as suas idéias contra minorias, esteja-se criando uma limitação à sua auto-realização, este prejuízo, segundo o Tribunal canadense, é compensado pelo fato de que a vedação impede que se atente contra a possibilidade de auto-realização das vítimas do discurso. Finalmente, em relação à democracia, a Corte observou que a disseminação de certas idéias profundamente contrárias aos valores democráticos pode prejudicar, ao invés de promover o autogoverno. Este seria exatamente o caso do *hate speech*, que, nas palavras da Corte, é “*completamente incompatível com as aspirações democráticas que a liberdade de expressão garante*”.

Assentada esta premissa, não foi difícil afirmar que a limitação à liberdade de expressão em causa fora adequada, por manter uma relação racional com o fim a que se

destinava, de proteção às minorias e ao próprio processo democrático. Na mesma linha, considerou-se que a restrição em tela tinha sido necessária, já que não atingira outras formas de discurso que não a *hate propaganda*. E, finalmente, considerando que a restrição pouco afetara os valores fundamentais da liberdade de expressão, como acima destacado, entendeu o Tribunal que os efeitos limitativos do art. 319 (2) sobre este direito fundamental “*não são de natureza tão deletéria a ponto de sobrepujarem quaisquer das vantagens obtidas através da limitação*”. Assim, a Suprema Corte do Canadá, valendo-se do princípio da proporcionalidade, reconheceu que a restrição ao *hate speech* de fato implica em limitação à liberdade de expressão, mas trata-se de restrição constitucionalmente legítima.

Esta orientação contrária à proteção às manifestações de ódio e intolerância contra minorias étnicas e religiosas foi seguida em outros casos, como *R. vs. Andrews and Smith*<sup>52</sup> e *Canada (Human Rights Commission) vs. Taylor*<sup>53</sup>. Não obstante, no julgamento do *R. vs. Zundel*<sup>54</sup>, ocorrido em 1991, a Corte invalidou, por 4 votos a 3, com base em alegada ofensa à liberdade de expressão, a condenação criminal de um conhecido historiador revisionista, que publicara obra negando a existência do Holocausto.

No caso em questão, Ernst Zundel havia sido criminalmente acusado com base no art. 181 do Código Penal do Canadá, que punia quem publicasse declaração, narração ou notícia falsa, que causasse dano ao interesse público. O Tribunal canadense considerou que a lei em questão não guardava correlação estrita com o combate à intolerância, e havia sido redigida de forma excessivamente ampla, de modo a exercer um “efeito resfriador” (*chilling effect*) sobre o discurso, já que pessoas poderiam deixar de expor e defender suas próprias idéias pelo medo da persecução penal e da condenação. Portanto, o debate no caso não foi centrado no conteúdo das idéias anti-semitas de Zundel e na sua eventual proteção constitucional, mas em defeitos existentes na legislação incriminadora, cuja aplicação poderia comprometer valores centrais à liberdade de expressão.

O outro caso enfrentado pela Suprema Corte do Canadá em matéria de *hate speech* foi *Ross vs. New Brunswick School District*<sup>55</sup>, julgado em 1996. Discutia-se aqui, em resumo, uma decisão da Comissão de Direitos Humanos de New Brunswick, que,

---

<sup>52</sup> (1990) 3 S.C.R. 870.

<sup>53</sup> (1990) 3 S.C.R. 892.

<sup>54</sup> (1992) 2 S.C.R. 731.

<sup>55</sup> (1996) 1 S.C.R. 825.

com base na legislação antidiscriminação canadense, determinara que um professor, que defendia fora de aula, mas publicamente, idéias anti-semitas, fosse transferido na sua escola para uma posição não-docente, e demitido, caso voltasse a publicar qualquer texto denunciando suposta conspiração sionista ou atacando os judeus. A decisão administrativa baseara-se na constatação de que a presença de professor notoriamente anti-semita em sala de aula comprometeria o ambiente educacional que deve voltar-se à promoção da tolerância e respeito mútuo entre os alunos.

O Tribunal reconheceu a relevância constitucional da defesa de direitos das minorias contra o racismo e a intolerância, que pode justificar restrições à liberdade de expressão, e considerou, nesta linha, proporcional a decisão que determinara a transferência de Ross para atividade não-docente em sua escola. Todavia, a Corte entendeu desnecessária a ameaça de demissão, caso ele voltasse a divulgar suas idéias anti-semitas. De acordo com o julgado, o afastamento do professor das atividades letivas já minimizaria a influência deletéria das suas posições discriminatórias sobre os alunos, sendo, portanto, contrária ao princípio da proporcionalidade a ameaça de demissão, que importaria em restrição excessivamente ampla à liberdade de expressão.

Assim, verifica-se que a jurisprudência canadense aceita a restrição ao *hate speech*, mas mantém uma forte preocupação com a garantia da liberdade de expressão, mesmo quando ligada à difusão de idéias discriminatórias. Nesta linha, a aferição sobre a validade das restrições à liberdade de expressão é realizada sempre caso a caso, pautada pelo princípio da proporcionalidade.

### **2.3. Alemanha**

Na Alemanha, a liberdade de expressão é considerada como um dos mais importantes direitos fundamentais no sistema constitucional, muito embora, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, ela não desfrute de uma posição de superioridade em relação aos demais direitos. Os tribunais com frequência ponderam a liberdade de expressão com outros bens jurídicos, sobretudo direitos da personalidade, empregando o princípio da proporcionalidade<sup>56</sup>, de forma similar ao que ocorre no Canadá. Na

---

<sup>56</sup> Só para citar um exemplo dentre os inúmeros existentes, recorde-se o caso *Lebach* – 35 BVerfGE 202 –, em que a Corte Constitucional proibiu a exibição de um programa de televisão que reconstituiria um crime, vários anos depois da sua ocorrência, no momento em que o culpado estava próximo de ser solto da prisão. O argumento da Corte foi o de que, por um lado, como o crime havia ocorrido há muito tempo, não havia um interesse público atual no seu debate, e, por outro, a exibição do programa inviabilizaria a ressocialização do réu, violando os seus direitos da personalidade. Portanto, na ponderação realizada

verdade, no Direito alemão é a dignidade da pessoa humana, e não a liberdade de expressão, o valor máximo da ordem jurídica<sup>57</sup>.

A liberdade de expressão encontra-se consagrada no art. 5.1. da Lei Fundamental de Bonn, que reza: *“Todos têm o direito de livremente expressar e disseminar a sua opinião e de se informar sem restrições a partir de todas as fontes acessíveis. A liberdade da imprensa e da comunicação através do rádio e do cinema são garantidas. Não haverá censura”*. O art. 5.2. permitiu expressamente restrições a esta liberdade, ao estabelecer que os direitos do 5.1. *“não terão outros limites que os preceitos das leis gerais, as regras de proteção dos menores e o direito à honra pessoal”*. E o art. 5.3., finalmente, determinou que *“a arte, a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensinar não dispensa ninguém da lealdade em relação à Constituição”*.

Entende-se, na Alemanha, que a liberdade de expressão desempenha um duplo papel. Por um lado, trata-se de direito subjetivo essencial para a auto-realização do indivíduo no contexto da vida social. Por outro, a liberdade de expressão, na sua dimensão objetiva, é um elemento constitutivo da ordem democrática, por permitir a formação de uma opinião pública bem informada e garantir um debate plural e aberto sobre os temas de interesse público<sup>58</sup>. Como ressaltou a Corte Constitucional alemã,

*“O direito fundamental à liberdade de expressão da opinião é a mais direta expressão da personalidade humana em sociedade ... Para um Estado livre e democrático, ele não é nada menos do que constitutivo, por que é apenas através dele que o constante debate intelectual, o confronto de opiniões, que é o seu elemento vital, torna-se possível ... Ele é de certa maneira a base de qualquer tipo de liberdade, a matriz, a indispensável condição de quase toda outra forma de liberdade”*<sup>59</sup>

Ademais, a visão germânica sobre a liberdade de expressão não a concebe como um simples direito negativo em face do Poder Público. Pelo contrário, a jurisprudência

---

neste caso, prevaleceram os direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão.

<sup>57</sup> A Lei Fundamental alemã estabelece já no seu art. 1º: *“A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades estatais”*. Esta posição sobranceira da dignidade humana tem forte ligação com o contexto histórico de elaboração do texto, logo após o final da 2ª Guerra Mundial e a derrota do nazismo, que, na sua barbárie deixou profundas marcas na sociedade alemã. A idéia da centralidade da dignidade da pessoa humana exerceu profunda influência sobre as ordens constitucionais de países europeus, como Espanha e Portugal, e posteriormente, também sobre o Brasil. Sobre a dignidade da pessoa humana na Alemanha, veja-se Ernst Benda. *“The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)”*. In: *Southern Methodist University*, n.º 53, 2000, pp. 53-63; e Edward Eberle. *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Op. cit.

<sup>58</sup> Cf. Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 302-310.

<sup>59</sup> 7 BVerfGE, 198, 208 (1958).

constitucional alemã já se manifestou no sentido de que o Estado tem, por exemplo, o dever de agir positivamente, editando a legislação necessária para corrigir o mercado e promover o pluralismo de idéias no âmbito da televisão, a fim de garantir ao público o acesso a uma ampla gama de informações e pontos de vista<sup>60</sup>. Não bastasse, o entendimento da Corte Constitucional alemã é no sentido de que a liberdade de expressão, como valor objetivo da ordem constitucional alemã, também se irradia para as relações entre particulares, não se circunscrevendo à esfera das relações públicas entre cidadãos e Estado<sup>61</sup>.

Outra variável importante no debate alemão sobre *hate speech* é o conceito de “democracia militante” (*streitbare Demokratie*)<sup>62</sup>. A idéia de democracia militante envolve a noção de que o Estado deve defender a democracia dos seus “inimigos”, que não aceitam as regras do jogo democrático e pretendem subvertê-las. Neste sentido, a Lei Fundamental alemã vedou a criação de associações “*dirigidas contra a ordem constitucional ou contra a idéia de entendimento entre os povos*” (art. 9º), previu a possibilidade de decretação de privação dos direitos fundamentais, pela Corte Constitucional, para aquele que abusar das liberdades constitucionais visando a “*combater a ordem constitucional liberal e democrática*” (art. 18), e proibiu os partidos políticos que, pelos seus objetivos declarados, ou pelo comportamento dos seus filiados, proponham-se a atingir ou eliminar “*a ordem constitucional liberal e democrática ou por em risco a existência da República Federal da Alemanha*” (art. 21). Na década de 50, a Corte Constitucional alemã chegou a declarar a inconstitucionalidade do Partido Socialista do Reich (SRP)<sup>63</sup>, pelas suas tendências neonazistas, e – em decisão muito mais polêmica e controversa, adotada no auge da Guerra Fria –, também a do Partido Comunista Alemão (KPD)<sup>64</sup>, porque entendeu que este tinha como “*fixo propósito combater constante e resolutamente a ordem constitucional livre e democrática*”, e que manifestava concretamente esta sua intenção através da sua “*ação política, dirigida por um plano predefinido*”.

<sup>60</sup> *Television I Case* (1961), 12 BVerfGE 205; *Television II Case* (1971), 31 BVerfGE 328; e *Television III Case* (1981), 57 BVerfGE 295. Excertos dos casos *Television I* e *Television III*, traduzidos para o inglês, encontram-se em Donald Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2<sup>nd</sup> ed., Durham: Duke University Press, 1997, respectivamente pp. 404-406 e pp. 408-410.

<sup>61</sup> Esta orientação foi firmada no célebre caso *Lüth*, decidido em 1958, do qual foi extraída a citação acima. Excertos da decisão em inglês encontram-se de Donald Kommers. *Op. cit.*, pp. 361-368.

<sup>62</sup> Veja-se, a propósito, Donald Kommers. *Op. cit.*, pp. 217-238; e Ronald J. Krotoszynski Jr.. “A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany”. In: *Tulane Law Review*, n.º 78, 2004, pp. 78-124.

<sup>63</sup> 2 BVerfGE 1 (1952).

<sup>64</sup> 5 BVerfGE 85 (1956).

Contudo, desde então, esta possibilidade de dissolução de partidos nunca mais foi utilizada e hoje a Corte Constitucional não parece tão disposta a levar adiante o seu papel de guardião da democracia militante. Prova disso ocorreu num caso decidido em 1978<sup>65</sup>, em que três diferentes partidos de inspiração comunista insurgiram-se contra emissoras de rádio e televisão que haviam se recusado a transmitir a sua propaganda política em época de eleições, sob o argumento de que a retórica extremista empregada atentava contra a ordem constitucional. O Tribunal alemão deu razão aos partidos, afirmando que o fato deles defenderem idéias que atentam contra a Constituição não conferia às emissoras o direito de recusarem-se a transmitir a sua propaganda política, enquanto eles não fossem declarados inconstitucionais pela Corte, tendo em vista o princípio da igual oportunidade de todos os partidos.

Sem embargo, o Direito infraconstitucional alemão contempla hoje uma série de instrumentos para combater e punir a prática do *hate speech*. Winfried Brugger<sup>66</sup> listou alguns deles: a criminalização, pelo Código Penal alemão, da incitação ao ódio, insulto ou ataque à dignidade humana de partes da população ou de grupos identificados pela nacionalidade, raça, etnia ou religião; a penalização, ainda, da participação em organizações neonazistas, e da exibição de símbolos, bandeiras, uniformes e saudações nazistas; a proibição, pela legislação administrativa, de reuniões ou manifestações em que seja praticado o *hate speech*, com possibilidade de dissolução imediata pelas autoridades públicas; a colocação dos livros e publicações que incitem ao ódio racial em lista própria, que impossibilita a sua propaganda e aquisição por crianças e adolescentes; a vedação de programas de rádio e televisão que promovam a discriminação, incitem ao ódio, difamem ou ridicularizem grupos raciais, religiosos, étnicos ou nacionais; e as ações injuntivas e de reparação de danos morais no Direito Civil.

O caso mais debatido da Corte Constitucional alemã sobre *hate speech* envolveu a negação do Holocausto. Com efeito, o Tribunal, em julgado de 1994<sup>67</sup>, deliberou sobre a constitucionalidade de ato do governo da Baviera, que condicionara a autorização a um congresso promovido por organização de extrema-direita, para o qual estava convidado o mais conhecido “historiador” revisionista, David Irving, ao compromisso de que, no encontro, não se sustentasse a tese de que o Holocausto não teria acontecido,

<sup>65</sup> 47 BVerfGE 198 (1978).

<sup>66</sup> Winfried Brugger. “The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law”. In: *Acts of the 16<sup>th</sup> Congress of the International Academy of Comparative Law*, Brisbane, 2002, pp. 01-52.

<sup>67</sup> 90 BVerfGE 241. Os trechos mais importantes do julgamento estão reproduzidos em Donald P. Kommers, *Op. cit.*, pp. 382-387.

tratando-se de mera invenção da comunidade judaica. As autoridades estatais tinham baseado o seu ato em lei que permitia a proibição de reuniões em que houvesse violações à lei penal. A principal violação vislumbrada no caso era o insulto contra o povo judeu.

Entendeu a Corte que a negação do Holocausto não era uma manifestação de opinião, mas a afirmação de um fato, e que as afirmações inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não são constitucionalmente protegidas pela liberdade de expressão. No julgamento, o Tribunal ainda destacou que a singularidade do Holocausto o teria convertido em elemento constitutivo da própria identidade do cidadão de origem judaica, que se reflete na sua relação com a sociedade alemã. Portanto, negar este terrível acontecimento histórico implicaria, na ótica da Corte, em continuar a discriminação contra o povo judeu. Com esta argumentação, a Corte alemã reconheceu a validade da restrição à liberdade de expressão praticada pelo governo da Baviera.

Destaque-se, porém, que em outro caso julgado no mesmo ano de 1994<sup>68</sup>, discutiu-se a constitucionalidade da inclusão, numa lista de livros considerados pelo Governo como “imorais” ou “perigosos” – que produzia como consequência a proibição da sua propaganda e da venda a menores de idade – de uma obra com o título “Verdade para a Alemanha: A Questão da Culpa sobre a 2ª Guerra Mundial”. No livro em questão, não se negara a ocorrência do Holocausto, mas fora defendida a tese de que a culpa pela eclosão da 2ª Guerra não teria sido alemã, mas de seus adversários, que a haveriam arrastado para o conflito. A Corte germânica, neste julgamento, deu prevalência à liberdade de expressão, afirmando que aqui não se discutia o relato de fatos inverídicos, mas a expressão de opinião – matéria na qual não caberia o uso do critério de correspondência à verdade.

Ainda em 1994, o Tribunal Constitucional alemão também decidiu o caso *Tucholsky I*<sup>69</sup>. Neste julgamento, discutia-se a condenação criminal de um indivíduo que colara ao seu automóvel um adesivo contendo os dizeres “soldados são assassinos”, juntamente com outros que expressavam mensagens antibelicistas. Ele fora condenado pelo delito de insulto a um grupo determinado da população – no caso, os integrantes das Forças Armadas. A Corte alemã entendeu que a condenação violara a liberdade de expressão do acusado, já que, na verdade, a sua manifestação não representava uma

---

<sup>68</sup> 90 BVerfGE 1 (1994).

<sup>69</sup> 21 EuGRZ 463 (1994).

efetiva acusação de homicídio em relação aos integrantes das Forças Armadas, mas sim uma proclamação veemente de pacifismo, que estaria plenamente protegida pela liberdade de expressão.

O julgamento em questão provocou uma grande comoção na Alemanha, e pouco tempo depois, o Tribunal Constitucional teve de examinar questão praticamente idêntica, no caso *Tucholsky II*. Agora, tratava-se de indivíduos que tinham distribuído panfletos e cartazes também contendo a expressão de que “*soldados são assassinos*” e que haviam sido criminalmente condenados por isto. A Corte manteve a orientação antes firmada, anulando a condenação por contrariedade à liberdade de expressão. Na sua visão, o que ocorrera no caso fora uma forte crítica à guerra e as Forças Armadas e não uma acusação de homicídio dirigida contra todos os militares. Apesar da sua linguagem conciliatória, a Corte deixou claro que “*o Código Penal não pode limitar as instituições públicas da crítica pública, por mais dura que seja, uma vez que esta crítica é expressamente garantida pelo direito constitucional à liberdade de expressão*”.

Portanto, vê-se que a Corte alemã soube distinguir o *hate speech* de manifestações que, conquanto pudessem ferir as suscetibilidades e até ofender os integrantes de determinados grupos, configuravam legítima expressão de opinião em tema de relevância pública.

Finalmente, um último caso que merece ser lembrado é o *Titanic*, julgado em 1998<sup>70</sup>. Cuidava-se, desta vez, da condenação por danos morais da revista satírica *The Titanic*, que publicara, numa coluna intitulada “*as sete personalidades mais embaraçosas do mês*”, uma foto de um militar paraplégico com o título de “*assassino nato*”, porque este, mesmo depois de ter sido reformado por incapacidade após um acidente de automóvel, manifestara-se publicamente dizendo que podia e queria permanecer no Exército alemão, já que sua “*cabeça ainda estava OK*”. Após a publicação, o militar reformado endereçou carta de protesto à revista, e esta, em outra edição, publicou resposta a esta carta, em que afirmava considerar “*obsceno*” o fato de que “*um aleijado ... estivesse determinado a voltar ao Exército alemão ... cujo objetivo é o de aleijar e matar pessoas*”.

O Tribunal Constitucional alemão considerou, por um lado, que a sátira em relação ao desejo do militar reformado de permanecer nas Forças Armadas fazia parte

---

<sup>70</sup> O caso é analisado em Robert Alexy. “Balancing, Constitutional Review and Representation”. In: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 03, 2005, pp. 03-04, e em Edward Eberle. *Dignity and Liberty...*, *Op. cit.*, pp. 226-227.

da crítica pacifista contra o militarismo, verbalizada de forma satírica. Por isso, invalidou a condenação em relação à primeira publicação, em que o ex-militar era descrito como “assassino nato”, considerando que, neste caso, a liberdade de expressão sobrepujava, numa ponderação, os direitos da personalidade envolvidos. Porém, a Corte entendeu que o mesmo raciocínio não poderia ser aplicado em relação ao uso da palavra “aleijado”, na segunda publicação, porque esta fora empregada com o exclusivo propósito de humilhar o militar. Assim, ela entendeu que, neste caso, os direitos da personalidade tinham um peso superior à liberdade de expressão, mantendo por isso, apenas neste ponto, a condenação por danos morais.

Vê-se, portanto, que o modelo alemão não aceita o *hate speech*, mas também não descuida da proteção da liberdade de expressão, sobretudo quando está em jogo a discussão de questões de interesse público. Por outro lado, há, no confronto com as liberdades comunicativas, uma proteção mais intensa dos direitos da personalidade de minorias em situação de desvantagem, como os judeus e deficientes físicos. A metodologia empregada para solucionar as colisões de direitos é sempre a ponderação de interesses, realizada sobre o *background* de um sistema axiológico em cujo centro está o princípio da dignidade humana.

Este modelo germânico pode ser explicado não só a partir da ordem constitucional positiva alemã, mas também da sua cultura jurídica e humanitária, ainda fortemente influenciada pelo trauma do Nacional-Socialismo, que não transaciona com os atentados contra a dignidade individual, e nem está disposta a correr o risco do surgimento de algum novo monstro que possa ser nutrido por um excesso de tolerância com o intolerante.

### **3. O *Hate Speech* e o Sistema Internacional dos Direitos Humanos**

Diversos tratados internacionais sobre direitos humanos editados após a 2ª Guerra Mundial obrigam os Estados signatários a proibirem e coibirem o *hate speech*. Embora a liberdade de expressão seja altamente valorizada no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos – foi garantida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), no Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 19), na Convenção Européia de Direitos Humanos (art. 10), na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13) e na Carta Africana de Direitos Humanos (art. 9º), dentre outros documentos internacionais – é explícito o posicionamento adotado pelas

organizações internacionais de direitos humanos contra a proteção ao exercício abusivo deste direito, voltado ao ataque contra minorias estigmatizadas. Neste sentido, é muito claro o art. 4º do Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>71</sup>:

*“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”.*

Destaque-se, neste particular, que o tema do *hate speech* foi exaustivamente debatido na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001, que salientou, tanto na sua Declaração (itens 86 a 91) como no seu Plano de Ação (itens 143 a 147), a necessidade impostergável de repressão às manifestações de ódio e preconceito voltadas contra grupos raciais e étnicos, dando ênfase especial ao novo perigo relacionado à difusão das idéias racistas através de novas tecnologias, como a *Internet*.

Também o Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi expresso ao afirmar não só que a liberdade de expressão pode ser limitada visando “o respeito aos direitos e à reputação de terceiros” (art. 19.3. (a)), como também que “qualquer defesa do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, hostilidade ou violência deve ser proibida por lei” (art. 20.2). No âmbito da ONU, vale destacar a decisão proferida pela sua Comissão de Direitos Humanos em 1996, no caso *Robert Faurisson vs. France*<sup>72</sup>. Faurisson havia sido multado pela Justiça Criminal na França,

<sup>71</sup> A propósito da interpretação deste dispositivo, veja-se Karl Josef Partsh. “Racial Speech and Human Rights: Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”. In: Sandra Coliver (Ed.). *Op. cit.*, pp. 21-28.

<sup>72</sup> UN Doc CCPR/C/58/D/550/1993 (1996). Excertos da decisão encontram-se em Norman Dorsen, Michael Rosenfeld, Andrés Sajó & Susanne Baer. *Comparative Constitutionalism*. St. Paul: West Group, 2003, pp. 909-911.

por defender publicamente que não teriam existido câmaras de gás nos campos de concentração nazistas. A Justiça francesa aplicara ao caso a *Loi Gayssot*, editada poucos anos antes, que, no afã de combater o revisionismo histórico, criminalizara a conduta daqueles que contestassem a prática de crimes contra a Humanidade reconhecidos pelo Tribunal de Nuremberg. A Comissão aplicou ao caso o art. 19.3. do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, que trata das restrições legítimas à liberdade de expressão, afirmando que, “*como as declarações feitas pelo autor, lidas no seu contexto, eram de natureza a levantar ou fortalecer sentimentos anti-semitas, a restrição destinou-se a garantir à comunidade judia o respeito e a possibilidade de viver livre do medo de uma atmosfera de anti-semitismo*”. Por isso, considerou válida a condenação imposta pela Justiça francesa. Não obstante, a Comissão reconheceu que a *Loi Gayssot* fora redigida de forma excessivamente ampla, de forma a proibir até a publicação, de boa fé, de pesquisas históricas que pudessem contradizer quaisquer das conclusões adotadas no Tribunal de Nuremberg. Em relação a este tipo de publicação, a Comissão manifestou-se no sentido de que sua proibição constituiria, sim, violação ao Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, ainda que pudesse produzir como resultado o aumento do anti-semitismo<sup>73</sup>.

A problemática do *hate speech* também já foi enfrentada pela Corte Européia de Direitos Humanos<sup>74</sup>. O art. 10 da Convenção Européia de Direitos Humanos garante a liberdade de expressão, mas o seu item 2 autoriza restrições que sejam “*previstas por lei e necessárias, em uma sociedade democrática, à segurança nacional, à segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime, à proteção da saúde e da moral ou à proteção dos direitos de terceiros*”. Ademais, o seu art. 17 estabelece que nenhuma das normas convencionais pode ser interpretada de forma a conferir a Estados, grupos ou a indivíduos, “*qualquer direito de se dedicar a atividade ou a praticar ato visando a destruição dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Convenção*”.

A mais recente decisão na matéria foi o caso *Roger Garaudy vs. França*, apreciado em 2003. Neste julgamento, a Corte Européia examinou a condenação de um escritor na França que publicara obra negando a perseguição aos judeus e o Holocausto. O Tribunal manteve a condenação, aduzindo que a negação do Holocausto constitui grave forma de difamação racial contra os judeus e incitação ao ódio, configurando

<sup>73</sup> Cf. Michael Rosenfeld. “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, *Op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>74</sup> Cf. Alexandre H. Catalá Bias. *Libertad de Expresión e Información: La jurisprudência del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Ediciones Revista General del Derecho, 2001, pp. 337-367.

abuso do exercício da liberdade de expressão, tal como definido no art. 17 da Convenção.

Destaque-se, porém, que a Corte tem evitado as “caçadas às bruxas” praticadas em nome do combate à intolerância, buscando traçar uma fronteira entre o *hate speech* e a defesa de posições impopulares. Nesta linha, no caso *Lehideux and Isorni vs. França*<sup>75</sup>, julgado em 1998, ela invalidou a condenação penal imposta pelo Judiciário francês a cidadãos que haviam defendido publicamente certos atos do Marechal Pétain, líder da França colaboracionista durante a ocupação nazista. A Corte destacou que os acusados não tinham pretendido negar ou minimizar as atrocidades nazistas, mas apenas reabilitar a figura humana de Philippe Pétain, o que não configuraria abuso da liberdade de expressão. No mesmo diapasão, ela reverteu, no caso *Jersild vs. Dinamarca*<sup>76</sup>, decidido em 1994, a condenação criminal que fora imposta pela Dinamarca a um jornalista, por entrevistar na televisão jovens integrantes do grupo racista “camisas verdes”, que proferiram acusações desrespeitosas contra imigrantes de diversas etnias estabelecidos naquele país. A Corte ressaltou, neste julgamento, que embora as mensagens dos “camisas verdes” constituíssem manifesto abuso da liberdade de expressão, o jornalista não poderia ser punido por divulgá-las, já que não as tinha endossado. A punição do jornalista, na opinião do Tribunal, inibiria o exercício da liberdade de imprensa para tratar de temas de interesse coletivo.

No âmbito da OEA, a Corte Interamericana ainda não teve a oportunidade de apreciar qualquer questão envolvendo o *hate speech*. Sem embargo, tal prática foi explicitamente vedada pelo art. 13.5. da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, segundo o qual “*qualquer propaganda de guerra ou defesa de ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou a qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas por qualquer razão, incluindo raça, cor, religião, linguagem ou origem nacional, deve ser considerada como crime punível pela lei*”. Por pressão da delegação norte-americana<sup>77</sup>, a redação da Convenção neste ponto foi menos abrangente do que a do Pacto dos Direitos Civis e Políticos em que ela se inspirou, por não incluir expressamente, como aquele, a proibição ao incitamento à discriminação e à hostilidade, mas apenas à “violência ilegal e ações similares”.

<sup>75</sup> *Idem, ibidem*, pp. 346-347.

<sup>76</sup> Cf. Vincent Berger. *Jurisprudence de la Cour Européene des Droits de L’Homme*. 5<sup>e</sup> ed., Paris: Ed. Dalloz, 1996, pp. 418-421.

<sup>77</sup> Cf. Joanna Oyediran. “Article 13(5) of the American Convention on Human Rights”. In: Sandra Coliver (Ed.). *Op. cit.*, pp. 33-34.

Em resumo, a posição dos instrumentos internacionais de direitos humanos e das instituições encarregadas do seu monitoramento, é no sentido de que o *hate speech* deve ser combatido e punido, e não tolerado em nome da liberdade de expressão.

#### **4. Os Argumentos Teóricos**

A seguir, analisaremos as principais razões invocadas contra e a favor da proibição ao *hate speech*. Nossa discussão, neste momento, não estará focada em qualquer ordenamento jurídico em particular, mas sim no impacto que o banimento ou a premissão das manifestações de ódio, preconceito e intolerância podem exercer sobre valores, princípios e objetivos que devem ser valorizados em qualquer sociedade civilizada. Num primeiro momento, debateremos a relação entre a regulação do *hate speech* e os principais objetivos que são associados à liberdade de expressão – busca da verdade, garantia da democracia, autonomia e auto-realização individual, e promoção da tolerância. Em seguida, discutiremos de que forma o “discurso do ódio” pode afetar as suas vítimas e se a sua proibição é ou não um meio eficiente para alcançar os objetivos a que se destina.

##### **4.1. O *Hate Speech* e a “Busca da Verdade”**

A idéia básica da liberdade de expressão como instrumento para a obtenção da verdade parte da premissa de que, no contexto do debate livre entre pontos de vista divergentes sobre temas polêmicos, as melhores idéias prevalecerão. Sob esta perspectiva, a liberdade de expressão é vista não como um fim em si, mas como um meio para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade.

O mais importante defensor desta teoria na filosofia política foi John Stuart Mill, grande pensador liberal e utilitarista inglês do século XIX. O capítulo II da sua obra *On Liberty*<sup>78</sup> – certamente a mais conhecida defesa da liberdade de expressão no âmbito da filosofia –, baseia-se exatamente na necessidade de proteção desta liberdade como meio de atingimento da verdade. Como um liberal, Mill preocupava-se com a possibilidade de os governos, ainda que a serviço da vontade das maiorias, suprimirem do espaço

---

<sup>78</sup> O livro foi publicado pela primeira vez em 1859. Consultamos neste estudo a edição publicada em 1978: John Stuart Mill. “On Liberty”. In: *American State Papers, Federalist, J.S. Mill: Great Books of the Western World*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1978, pp. 267-323.

público posições não ortodoxas ou impopulares sobre questões controvertidas. Mas, para ele, a principal razão para a proteção da liberdade de expressão não estaria ligada ao direito de quem se expressa, mas sim ao interesse de toda a sociedade em ouvir as idéias de cada um, ainda que elas sejam erradas<sup>79</sup>.

Desenvolvendo o seu raciocínio, o filósofo britânico afirma que, como o ser humano não é infalível, é impossível afirmar com certeza que uma determinada idéia seja completamente errada. Assim, proibir a divulgação de determinados pontos de vista porque eles hoje são considerados equivocados pelo governo ou mesmo pela maioria da população seria um grande erro, pois é provável que a idéia em questão esteja certa, ou que tenha pelo menos algum resquício de correção e, assim, a sua supressão privaria a sociedade do acesso a algo verdadeiro. Mas, para ele, ainda que uma idéia seja completamente incorreta, proibir a sua expressão pública continuaria sendo um grave equívoco. Isto porque, o confronto que se estabelece entre os diferentes pontos de vista é sempre benéfico para a sociedade, na medida em que permite que as idéias certas se fortaleçam na discussão, se sofisticuem e continuem vivas nos corações e mentes das pessoas, não se convertendo com o tempo em meros dogmas. Portanto, a liberdade de expressão é, para Mill, vital para a busca da verdade, e deve ser garantida mesmo para a difusão de pontos de vista que pareçam absolutamente errados ou até abjetos para a maioria das pessoas.

A importância da liberdade de expressão para a busca da verdade foi também enfatizada pelo Juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, em voto dissidente que proferiu no caso *Abrahams vs. United States*<sup>80</sup>, julgado em 1919 pela Suprema Corte, e que acabou se tornando canônico no Direito Constitucional daquele país. Nas palavras de Holmes, “o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado”. Para Holmes, a liberdade de expressão, ao garantir o funcionamento do “mercado de idéias” (*marketplace of ideas*), favoreceria a tomada de melhores decisões pela coletividade sobre temas controvertidos<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> *Idem, ibidem*, pp. 275-276.

<sup>80</sup> 250 U.S. 616 (1919).

<sup>81</sup> Existe uma bem articulada crítica contra a tese de que a verdade tende a prevalecer no âmbito do mercado de idéias, tal como defendida por Holmes. Esta posição, que conduz a uma espécie de *laissez-faire* no campo comunicativo, acaba evidentemente favorecendo aqueles que têm mais recursos ou acesso aos meios de comunicação para se fazerem ouvir, e tende a alijar os mais pobres. Numa sociedade capitalista e desigual, em que o acesso aos meios de comunicação tem um custo, o absentismo estatal permite que a voz dos poderosos quase sempre prevaleça, silenciando os excluídos. Portanto, o mercado não parece ser a melhor forma de promover um debate robusto e aberto de idéias, em que as melhores posições possam triunfar. Veja-se, neste sentido, Owen Fiss. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. Trad. Jorge F. Malen Seña. México: Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 28-39; Cass Sunstein. *Democracy and the Problem of Free Speech*, *Op. cit.*, pp. 17-51.

É certo que, no contexto de sociedades plurais e divididas, como as dos países ocidentais de hoje, em que as pessoas não partilham da mesma religião, ideologia ou cosmovisão, a concepção de verdade no campo das idéias vai entrar em crise<sup>82</sup>. Sem embargo, pondo de lado a concepção quase teológica de “Verdade”, com “v” maiúsculo – insustentável após o “desencantamento do mundo” – talvez ainda seja possível insistir no princípio tão encarecido pelo Iluminismo, de que o debate de opiniões contribui para descartar as más idéias e promover o progresso<sup>83</sup>. Não se trata de defender uma fé incondicionada na racionalidade humana – que a história facilmente desmentiria –, mas de reconhecer que, diante do pluralismo social, não há melhor opção do que o debate racional para a escolha das melhores respostas para a sociedade em relação às questões polêmicas e controversas.

Contudo, este cenário propício para a tomada de decisões não é aquele em que pessoas ofendem-se livremente umas às outras pelas razões mais baixas, mas antes pressupõe alguma predisposição de cada participante do debate de ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados pelos outros, e até, eventualmente, de rever as suas próprias opiniões. Ele exige respeito mútuo entre os debatedores, que devem reconhecer-se reciprocamente como livres e iguais. 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<sup>84</sup>.

Mas este ambiente é simplesmente inviabilizado pelo *hate speech*, que está muito mais próximo de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões. Diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada. Nenhum deles contribui minimamente para “a busca da verdade”.

Portanto, não é só porque as idéias associadas ao *hate speech* são moralmente erradas que o Estado deve coibir esta forma discurso. O fato de uma idéia ser considerada errada não é base suficiente para a sua supressão da arena de discussão. Este é o pilar fundamental da liberdade de expressão, que não deve ser ameaçado. Mais

---

<sup>82</sup> Veja-se Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2ª ed., Petrópolis: Ed. Vozes, 1998; e Jürgen Habermas. *Truth and Justification*. Trad. Barbara Fultner. Cambridge: The MIT Press, 2003.

<sup>83</sup> Em sentido contrário, veja-se Frederick Schauer. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, *Op. cit.*, pp. 25-30.

<sup>84</sup> Jürgen Habermas. *Truth and Justification*, *Op. cit.*, pp. 237-273.

relevante do que o erro é a constatação de que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento não justifica a proteção ao *hate speech*, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição.

#### **4.2. *Hate Speech*, Democracia e Autogoverno**

A liberdade de expressão é peça essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático. Ela permite que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de idéias, em que todos os grupos e cidadãos devem poder participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares.

Por isso, o ideário democrático não se circunscreve à exigência de eleições livres e periódicas<sup>85</sup>. Na verdade, uma democracia real pressupõe a existência de um espaço público robusto e dinâmico, em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com franqueza e liberdade<sup>86</sup>. Só assim os cidadãos podem ter acesso às informações e às idéias existentes sobre as mais variadas questões, o que lhes permite formarem as suas próprias opiniões sobre temas controvertidos e participarem conscientemente no autogoverno da sua comunidade política<sup>87</sup>. Só dessa maneira se consolida uma opinião pública livre, que viabiliza o exercício do controle social sobre os atos do governo, a fim de que os governantes tornem-se responsáveis e responsivos perante a população.

Portanto, é interessante analisar até que ponto a proteção ao *hate speech* contribui para o autogoverno democrático. Se, por um lado, a democracia exige realmente a liberdade de expressão, por outro, ela também pressupõe a igualdade<sup>88</sup>. É,

---

<sup>85</sup> De acordo com Giovanni Sartori, as eleições são a “garantia mecânica da democracia”, enquanto a possibilidade de formação de uma opinião pública autônoma, através da liberdade de expressão, representaria a “garantia substantiva da democracia” (*The Theory of Democracy Revisited*. Catham: Catham House, 1987, pp. 86 e ss.)

<sup>86</sup> No cenário norte-americano, a obra clássica que fundamentou a liberdade de expressão no autogoverno popular é de Alexander Meiklejohn. “Free Speech and Its Relation to Self-Government”. In: *Political Freedom*. Westport: Greenwood Press, 1960, pp. 03-89.

<sup>87</sup> Robert Dahl expressou esta idéia com clareza, ao responder à pergunta: Por que a democracia exige a livre expressão? Para ele, a liberdade de expressão é essencial para a democracia por permitir que os cidadãos participem da vida política, por possibilitar que adquiram uma compreensão esclarecida de possíveis atos e políticas do governo, e por atribuir-lhes a capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões de governo. Nas suas palavras, a democracia exige não apenas “*ter o direito de ser ouvido, mas também ter o direito de ouvir o que os outros têm a dizer*”. (*Sobre a Democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 110).

<sup>88</sup> Cf. Norberto Bobbio. *Teoria Geral da Política*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000, p. 378.

aliás, o reconhecimento desta igualdade que está por trás, por exemplo, do princípio majoritário, que se baseia na atribuição do mesmo peso ao voto de cada cidadão – *one man, one vote*. E o *hate speech* destina-se exatamente a negar a igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade de alguns e legitimando a discriminação.

A idéia da democracia militante acima exposta, adotada não só na Alemanha, mas também na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>89</sup>, é a de que posições incompatíveis com as bases fundamentais de uma sociedade democrática não devem ser toleradas, para evitar-se o risco de que a democracia se converta numa empreitada suicida. Para esta posição, o banimento do espaço público de idéias radicalmente antidemocráticas, como as subjacentes ao *hate speech*, não violaria a democracia, mas seria antes uma forma de protegê-la contra os seus adversários. O que aqui justifica a restrição é o temor de que os inimigos da democracia possam usar-se das franquias democráticas, como a liberdade de expressão, para chegarem ao poder e depois aboli-las.

Mas, na nossa opinião, não é o risco de falência completa do sistema democrático a melhor justificativa para restrições pontuais à liberdade de expressão, como a proibição do *hate speech*, pelo menos em contextos políticos de democracias maduras, em que as chances reais de tomada do poder por adversários dos seus princípios elementares são muito remotas. Se adotarmos uma concepção deliberativa de democracia<sup>90</sup>, que a conceba não como uma mera forma de governo da maioria, ou de agregação e cômputo dos interesses individuais de cidadãos egoístas e autocentrados, mas como um complexo processo político voltado ao entendimento, pelo qual pessoas livres e iguais procuram tomar decisões coletivas que favoreçam ao bem comum, buscando o equacionamento de diferenças e desacordos através do diálogo, veremos que o *hate speech* só prejudica o funcionamento do processo democrático.

Prejudica, porque tende a produzir dentre as suas vítimas ou o revide violento ou o silêncio humilhado. No primeiro caso, há riscos evidentes para a paz social e para a ordem pública. Ao invés de uma discussão voltada para o bem comum, corre-se o risco de deflagração de uma verdadeira guerra no espaço público, em que a política ver-se-ia

---

<sup>89</sup> Cf. Alexandre H. Catalã Bas, *Op. cit.*, pp. 337-366.

<sup>90</sup> O tema da democracia deliberativa é por demais complexo para ser deslindado aqui. Veja-se, a propósito, Jon Elster. “The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory”. In: James Bohman & William Rehg. *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997, pp. 03-34; Jürgen Habermas. “Popular Sovereignty as Procedure”. In: *Idem, Ibidem*, pp. 35-66; Carlos Santiago Nino. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; Cass Sunstein. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 162-194; e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

reduzida ao modelo de Carl Schmitt<sup>91</sup>, de batalha entre inimigos, que é tudo menos democrático.

No segundo caso, as vítimas do ódio, oprimidas, humilhadas e sentindo-se deserdadas por um Estado que se recusa a protegê-las, retraem-se e abandonam a esfera pública. O resultado é prejudicial não só a elas, que são privadas do exercício efetivo da sua cidadania, como a toda a sociedade, que perde o acesso a vozes e pontos de vista relevantes, cuja expressão na arena pública enriqueceria e pluralizaria o debate público<sup>92</sup>. Neste sentido, é plausível a afirmação de que a liberação do *hate speech*, no cômputo geral, produz *menos* discurso do que a sua restrição.

Ademais, embora as idéias de inferioridade dos membros dos grupos vitimizados pelo preconceito não obtenham na sociedade contemporânea muitas adesões explícitas, a sua difusão tende a reforçar certos estereótipos negativos e irracionais, levando muitos indivíduos a desvalorizarem inconscientemente as contribuições ao debate público trazidas por componentes destes grupos, deixando de considerá-las devidamente na formação das suas próprias opiniões.

Na verdade, a democracia só se realiza através da inclusão no espaço público dos integrantes dos grupos tradicionalmente excluídos, aos quais também deve ser reconhecida a possibilidade de se autogovernarem. A história da democracia ao longo dos séculos XIX e XX foi exatamente a da paulatina extensão dos direitos políticos aos membros destes grupos – negros, mulheres, pobres, etc. Mas se considerarmos que a democracia não se resume à esporádica participação em eleições, mas envolve também a capacidade de cada membro da coletividade de influenciar com as suas opiniões a formação da vontade coletiva, veremos como a exclusão e a alienação dos integrantes dos grupos estigmatizados, provocadas pelo *hate speech*, são prejudiciais à empreitada democrática.

Não obstante, Robert Post, partindo da mesma premissa de que democracia e autogoverno pressupõem a capacidade de participação do indivíduo na formação da vontade comum através da exposição das próprias idéias, opõe-se à restrição ao *hate speech* no âmbito do debate público<sup>93</sup>. A sua argumentação é muito sofisticada e não

<sup>91</sup> Cf. Carl Schmitt. *O Conceito do Político*. Trad. Álvaro L.M. Valls. Petrópolis: Ed. Vozes, 1992.

<sup>92</sup> Cf. Owen Fiss. “The Supreme Court and the Problem of Hate Speech”. In: *Capitol University Law Review*, n.º 24, 1995, pp. 287-288; Mari J. Matsuda. “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”. In: *Words that Wound, Op. cit.*, p. 24; e Martha Minow. *Breaking the Cycles of Hatred*. Princeton: Princeton University Press, p. 37.

<sup>93</sup> Cf. Robert Post. “Racist Speech, Democracy and the First Amendment”. In: Henry Louis Gates Jr., Anthony P. Griffin, Donald E. Lively, Robert Post, William B. Rubenstein & Nadine Strossen. *Speaking of Race, Speaking of Sex*. New York: New York University Press, 1994, pp. 115-180; e *Constitutional*

teremos como discutir aqui todas as suas nuances, mas, em síntese apertada, o que ele sustenta é que a vedação à expressão das idéias racistas, xenófobas, etc., exclui do espaço público os seus defensores, comprometendo com isso a integridade da democracia. Na sua opinião, a esfera do discurso público tem de se basear num princípio meramente formal de igualdade, pelo qual todos devem ter a capacidade de expor suas idéias, e não numa concepção substantiva da isonomia, como a que proíbe as manifestações de racismo. Dessa forma, o Estado, segundo Post, deve manter-se neutro em relação às diversas concepções substantivas concernentes às formas como deve se articular a vida em sociedade, já que tais concepções têm de emergir do próprio discurso público, ao invés de consubstanciarem limitações prévias impostas pelo Estado aos participantes deste discurso, com base nos padrões de civilidade e moralidade majoritariamente adotados.

Post admite o caráter problemático desta proposição, reconhecendo que a suspensão das regras de civilidade pode comprometer a capacidade do discurso público de promover uma deliberação racional. Contudo, no contexto de uma sociedade plural e heterogênea, composta por várias culturas diferentes – cada uma com as suas regras próprias de civilidade – esta suspensão é, para ele, necessária, pois é ela que libera as interações entre os indivíduos das limitações e expectativas que habitam a cultura de cada comunidade, possibilitando que estas interações desempenhem um papel de crítica em relação aos valores e tradições comunitárias.

Não discordamos de Robert Post quando ele afirma que o debate público requerido numa democracia não pode ser cingido pelas regras de civilidade da cultura dominante. Como ressaltou Iris Marion Young, a expressão das percepções e demandas dos grupos excluídos nem sempre se adequa a estas normas, e desafia muitas vezes certos parâmetros socialmente aceitos<sup>94</sup>. Young, divergindo neste ponto de Habermas e de outros teóricos da democracia deliberativa, enfatizou a importância central de outros tipos de manifestações, além da discussão racional de argumentos, para o funcionamento de uma democracia inclusiva<sup>95</sup>. Muitas vezes a declamação emocionada

---

*Domains: Democracy, Community, Management, Op. cit.*, pp. 291-321.

<sup>94</sup> Iris Marion Young. *Inclusion and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2000, pp. 52-77.

<sup>95</sup> Um dos argumentos de Young é o de que a limitação da democracia deliberativa ao debate racional e objetivo seria excludente, por priorizar o estilo argumentativo dos homens brancos e ocidentais, em detrimento de outras formas de manifestação mais passionais e subjetivas que seriam características do gênero feminino e de minorias étnicas e culturais. Veja-se, a propósito, Iris Marion Young. "Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy". In: Seyla Benhabib (Ed.). *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 120-136.

de um poema ou um ato simbólico de protesto, como a queima de uma bandeira, têm no espaço público a força de mil argumentos. Exigir que estas manifestações se conttenham nos limites das regras de civilidade da cultura dominante é o mesmo que castrá-las.

Contudo, do nosso ponto de vista, não há como estruturar uma esfera do discurso público destinada a viabilizar o autogoverno do povo sem partir de certas premissas normativas, e a mais importante delas é o reconhecimento da igual dignidade de todos seus participantes. Esta premissa é muito mais do que uma regra de civilidade – no sentido de Post. É ela, na verdade, que possibilita que as interações públicas sejam concebidas como verdadeiros diálogos. É certo que a forma de concretização da igualdade é matéria para deliberação no espaço público, mas isto não deve valer para o conteúdo mínimo deste princípio, que tem de compor a própria gramática sobre a qual se articula o discurso público. Sem o recíproco reconhecimento de igualdade, qualquer possibilidade de entendimento fica de antemão frustrada, comprometendo com isto a capacidade do discurso público de atuar como instância de mediação, dinamização, fiscalização e legitimação do procedimento democrático.

Ao contrário do que afirmou Robert Post, parece-nos que em contextos culturalmente heterogêneos, a necessidade de recíproco reconhecimento da igualdade entre os participantes da esfera pública é ainda maior. Este reconhecimento reduz os riscos de atritos insuperáveis – que podem inviabilizar a democracia – e define um mínimo terreno comum no qual é possível tentar equacionar divergências de uma forma que possa ser aceita por todos.

Assim, a restrição ao *hate speech* não envolve necessariamente uma tentativa de estabelecer, à moda comunitarista<sup>96</sup>, limites perfeccionistas ao debate público, impedindo os dissidentes de se insurgirem contra alguma concepção politicamente correta sobre a “vida boa” adotada pela maioria. A proibição pode ser concebida não como vedação ao dissenso em relação aos valores básicos da comunidade, mas como um instrumento necessário à garantia da integridade do próprio discurso público, que, para poder desempenhar o seu papel numa democracia marcada pelo pluralismo, deve estar estruturado sobre regras que assegurem o reconhecimento da igual dignidade de todos os seus participantes.

Enfim, entendemos que a restrição ao *hate speech* não ameaça a democracia, mas antes a fortalece.

---

<sup>96</sup> Para uma interessante defesa da restrição ao *hate speech* a partir da perspectiva de um comunitarismo “moderado”, veja-se Michael J. Sandel. *Public Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, pp. 257-260.

### 4.3. *Hate Speech*, Autonomia e Livre Desenvolvimento da Personalidade

Um dos mais importantes fundamentos da liberdade de expressão é a autonomia do indivíduo. Sendo a pessoa humana essencialmente gregária e social, a sua comunicação com o outro, mais do que uma faculdade, constitui uma verdadeira necessidade. A possibilidade de cada um de exprimir as próprias idéias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e o que sente, é dimensão essencial da dignidade humana. Quando se priva alguém destas faculdades, restringe-se a sua capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu<sup>97</sup>. Trata-se de uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que nossa capacidade de comunicação – nossa aptidão e vontade de exprimir de qualquer maneira o que pensamos, o que sentimos e o que somos – representa uma das mais relevantes dimensões da nossa própria humanidade<sup>98</sup>.

E a preocupação com a autonomia na liberdade de expressão não se centra apenas na figura do “falante”, alcançando também, com a mesma intensidade, a pessoa do “ouvinte”. De fato, para que cada indivíduo possa desenvolver livremente a sua personalidade, formar suas opiniões e eleger seus próprios planos de vida, é importante que lhe seja reconhecido o direito ao acesso às mais variadas informações e pontos de vista existentes na sociedade sobre cada tema<sup>99</sup>. Partindo-se da premissa de que a pessoa humana adulta é dotada de razão e de discernimento para formar as suas próprias convicções, nega-se ao Estado o poder de proibir a divulgação de idéias e informações que ele considere perigosas ou perniciosas. Neste ponto, a idéia fundamental é a de que o Estado não pode ser paternalista, não sendo legítimo que ele se substitua aos próprios indivíduos para decidir o que podem e o que não podem ouvir. Conforme ressaltou Ronald Dworkin, o “*Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade*

---

<sup>97</sup> Cf. Thomas Scanlon. “A Theory of Freedom of Expression”. In: Ronald Dworkin (Ed.). *The Philosophy of Law*. Oxford University Press, 1977, pp. 153-172; Martin Redish. “The Value of Free Speech”. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n.º 130, 1982, pp. 591-629; e Thomas I. Emerson. *The System of Freedom of Speech*. New York: Vintage Books, 1970, p. 06.

<sup>98</sup> Cf. Edilson Farias. *Liberdade de Expressão e Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 66-67.

<sup>99</sup> Cf. Carlos Santiago Nino. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. 2ª reimpressão, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002, p. 262.

*moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas.*”<sup>100</sup>.

Neste sentido, é inegável que, ao proibir a difusão de idéias ainda que abomináveis, como as latentes no *hate speech*, o Estado atinge negativamente a autonomia individual tanto daqueles que têm estas idéias e são impedidos de comunicá-las publicamente, como dos integrantes do público em geral, que ficam privados do acesso elas. Não obstante, esta perda do ponto de vista da autonomia individual deve ser cotejada com o “ganho” que se obtém em relação a este mesmo valor, no que concerne não só à autonomia e auto-realização dos indivíduos que seriam os alvos destas manifestações de ódio, preconceito e intolerância, como também dos outros componentes da sociedade.

Com efeito, é certo que a auto-realização e o desenvolvimento da personalidade pressupõem auto-estima. Como ressaltou John Rawls, o maior filósofo liberal da contemporaneidade, “talvez o mais importante bem primário seja o auto-respeito”, porque, sem ele, o indivíduo não tem a energia necessária para eleger seus planos de vida e persegui-los, ou seja, para conduzir autonomamente a sua própria vida<sup>101</sup>. E não há como negar o tremendo abalo ao auto-respeito que o *hate speech* tende a provocar entre as suas vítimas, sobretudo àquelas pertencentes a segmentos já socialmente estigmatizados.

Por outro lado, o discurso do ódio, como já foi observado, exerce um efeito silenciador sobre a expressão dos seus alvos, e, ao abafar as suas manifestações, prejudica não apenas suas vítimas diretas, como também a cada integrante do público em geral, que perde o acesso a opiniões e pontos de vista que poderiam ser relevantes para a formação das suas personalidades.

Portanto, a restrição às expressões de intolerância e preconceito voltadas para grupos estigmatizados tem um efeito dúplice sobre a autonomia individual e a capacidade de auto-realização de falantes e ouvintes, pois ao mesmo tempo em que as restringe, ela de alguma maneira também as garante e promove.

#### **4.4. Tolerância e *Hate Speech***

---

<sup>100</sup> Ronald Dworkin. “Why Speech Must be Free”. In: *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 200.

<sup>101</sup> John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 440. No mesmo sentido, veja-se Amy Gutmann. *Identity in Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 45.

Numa sociedade plural, marcada por um amplo desacordo moral, a tolerância é uma virtude fundamental, não só para a garantia da estabilidade como para a promoção da justiça. Esta é uma lição que a civilização ocidental vem aos poucos aprendendo, desde o fim das guerras religiosas entre protestantes e católicos que destroçaram a Europa nos séculos XVI e XVII, mas que ainda hoje precisa ser enfatizada. Aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito de viver à sua maneira, é cada vez mais essencial no contexto da crescente diversidade cultural, étnica e religiosa que caracteriza a vida nas sociedades contemporâneas<sup>102</sup>.

A questão mais delicada da tolerância é a dos seus limites. Até que ponto, por exemplo, deve-se tolerar o intolerante? Numa famosa nota de pé de página, Karl Popper chamou esta questão de “paradoxo da tolerância”<sup>103</sup>. Para ele, não se deveria tolerar aquele que, se tivesse a chance, suprimiria a própria tolerância. Em nome da própria tolerância, o Estado deveria reter o poder de coibir e punir os intolerantes. John Rawls, por sua vez, defendeu que, numa sociedade justa, só é legítimo restringir a liberdade do intolerante quando ela chegue ao ponto de ameaçar a segurança das próprias instituições que mantêm esta sociedade<sup>104</sup>. Já Norberto Bobbio foi ainda mais liberal na sua resposta à mesma indagação, ao afirmar:

*“Responder ao intolerante com a intolerância... é certamente algo eticamente pobre e talvez politicamente inoportuno. Não estamos afirmando que o intolerante, acolhido no recinto da liberdade, compreenda necessariamente o valor ético do respeito às idéias alheias. Mas é certo que o intolerante perseguido jamais se tornará um liberal ... 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>105</sup>

A ligação entre a tolerância e a liberdade de expressão é evidente, já que dita liberdade impõe à sociedade o respeito ao direito de cada um de pensar e de expor opiniões que muitas vezes desagradam profundamente a maioria das pessoas. Portanto, a discussão sobre o *hate speech* é, em boa parte, um debate sobre os limites da tolerância.

---

<sup>102</sup> Cf. Michael Walzer. *On Toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.

<sup>103</sup> Karl Popper. *The Open Society and its Enemies*. 5ª. ed., Princeton: Princeton University Press, 1966, p. 266.

<sup>104</sup> John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, pp. 216-220.

<sup>105</sup> Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1990, p. 214.

Em obra influente no cenário norte-americano, Leo C. Bollinger defendeu a proteção constitucional ao discurso do ódio a partir da sua concepção de sociedade tolerante<sup>106</sup>. Para ele, as teorias tradicionais da liberdade de expressão, que ligam a sua garantia a objetivos como busca da verdade, promoção do autogoverno e auto-realização individual não são hoje suficientes para explicar a proteção ultra-reforçada deste direito nos Estados Unidos, que alcança até manifestações desprovidas de qualquer valor positivo, como as envolvidas no *hate speech*<sup>107</sup>. Contudo, ao invés de sugerir uma retração nesta proteção, ele propôs uma justificação alternativa para ela: o seu papel no desenvolvimento da tolerância na sociedade, através do que ele designou de “modelo de auto-contenção” (*self-restraint model*).

Segundo Bollinger, a liberdade de expressão demarca um domínio em que as pessoas são obrigadas a tolerar manifestações e idéias que muitas vezes abominam, exercitando com isso, a sua capacidade de autocontrole emocional. Trata-se, portanto, de uma espécie de treinamento, em que a capacidade de tolerância é desenvolvida para ser aplicada também em outras esferas das relações humanas em que não há os mesmos limites jurídicos<sup>108</sup>.

Esta concepção nos parece não só artificial, como também profundamente injusta por várias razões, mas a mais evidente delas diz respeito à distribuição nada eqüitativa do ônus deste suposto “treinamento para a tolerância”. É verdade que as manifestações do *hate speech* incomodam uma boa parte da sociedade, mas quem sofre profundamente com elas são as suas vítimas. Assim, é sobre os membros dos grupos que já padecem com os efeitos da injustiça e da opressão sistêmicas presentes na sociedade – negros, mulheres, homossexuais, etc. – que, pela fórmula de Bollinger, vai recair quase todo o peso deste “modelo de auto-contenção”.

Ademais, é, no mínimo, muito duvidoso que a liberação do *hate speech* produza um incremento geral da tolerância e da auto-contenção na sociedade. Resultado muito mais provável da licenciosidade estatal neste caso é a disseminação do preconceito contra minorias estigmatizadas e a geração de um ambiente de hostilidade e desarmonia entre os diversos grupos que compõem a coletividade.

A verdade é que nem sempre a tolerância é a resposta moralmente correta diante de um conflito social. E isso ocorre não apenas quando se trate de impedir que o

---

<sup>106</sup> Leo C. Bollinger. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.

<sup>107</sup> *Idem, ibidem*, pp. 08-09.

<sup>108</sup> *Idem, ibidem*, pp. 120-124.

intolerante tome o poder e elimine a própria tolerância – tema que preocupou Karl Popper e John Rawls, acima citados, e que inspirou a idéia da democracia militante, posta em prática no Direito Constitucional alemão. Este risco, como já destacamos antes, é reduzido nas democracias mais estáveis e maduras. Mas além destas razões ligadas à estabilidade e à segurança da ordem democrática, há também imperativos de justiça que reclamam do Estado uma atuação pronta e enérgica em certas circunstâncias. Para usar um exemplo extremo, ninguém pregaria a tolerância estatal como resposta adequada diante de um estupro. Tolerar o estupro seria violar gravemente os direitos fundamentais mais elementares da sua vítima.

Parece-nos que é possível generalizar este exemplo, para afirmar que, diante de violações e ameaças de direitos humanos, a resposta correta do Estado não é a tolerância. O seu papel, pelo contrário, é o de buscar evitar as lesões, e, caso isto não seja possível, punir os culpados e amparar as vítimas. E não temos dúvida de que, como reconhece o sistema internacional de direitos humanos, o *hate speech* envolve, sim, uma grave violação destes direitos. Isto ficará ainda mais claro no próximo item, em que examinaremos os seus efeitos sobre as suas vítimas.

#### **4.5. Os Danos às Vítimas do *Hate Speech***

O exercício da liberdade de expressão não é inofensivo. Muitas vezes as palavras e as idéias ferem e isto faz parte do jogo. Quando, por exemplo, a imprensa publica uma crítica totalmente desfavorável a uma obra literária, é muito provável que este ato cause grande tristeza ao seu autor – há casos até de suicídio –, e lhe traga também prejuízos materiais, pela diminuição das vendas do livro. Quando ela condena como antiéticos os atos de algum político, ela certamente abala a sua reputação e pode definir o seu fracasso numa eleição. Isto, porém, não justifica a proibição destes atos expressivos nem a penalização de quem os escreveu ou veiculou. Na verdade, a formação de um debate livre, robusto e aberto de idéias na sociedade é um dos objetivos fundamentais da liberdade de expressão, e neste debate alguns fatalmente saem arranhados. Este é um preço que vale a pena pagar para viver-se numa democracia.

Contudo, há danos graves e injustificados decorrentes do exercício abusivo da liberdade de expressão que podem e devem ser evitados pelo Direito. E o melhor exemplo é proporcionado exatamente pelo *hate speech*.

Com efeito, as manifestações de ódio, preconceito e intolerância tendem a provocar uma babel de sentimentos negativos nas suas vítimas – angústia, revolta, medo, vergonha. Estes sentimentos, segundo Mari J. Matsuda, jurista expoente da *Critical Race Theory* nos Estados Unidos, são frequentemente psicossomatizados e podem atingir a dimensão do sofrimento físico<sup>109</sup>. Como tais ataques expressivos são quase sempre dirigidos contra integrantes de grupos vulneráveis, que já enfrentam o estigma social, e têm por isso, com frequência, problemas de auto-estima, eles podem desencadear verdadeiras crises de identidade nas suas vítimas, como foi destacado na decisão do já citado caso *Regina vs. Kegstra* proferido pela Suprema Corte do Canadá.

Por outro lado, eles criam um ambiente que reforça o preconceito, mesmo entre indivíduos equilibrados que provavelmente nunca chegariam ao ponto de expressarem-se de forma violenta contra minorias. A repetição, por exemplo, de afirmações como a de que os judeus são traiçoeiros, os índios são preguiçosos ou de que os homossexuais masculinos são fúteis e devassos, acaba afetando a percepção que a maioria das pessoas têm dos integrantes destes grupos, reforçando estigmas e estereótipos negativos e estimulando discriminações.

Ademais, é certo que o modo como a sociedade envolvente enxerga as pessoas é um componente importante da forma como elas mesmas se reconhecem. Por isso, como ressaltou Charles Taylor, “a projeção sobre o outro de uma imagem inferior ou humilhante pode em realidade deformar e oprimir até o grau em que esta imagem seja internalizada”<sup>110</sup>. A falta de reconhecimento social tende a conduzir a uma “perda de auto-estima pessoal, ou seja a uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedade e capacidade características”<sup>111</sup>, como salientou Axel Honneth. E a auto-estima é um bem absolutamente fundamental para o indivíduo, que se conecta não só ao seu bem-estar psíquico, mas à sua própria capacidade de eleger e de perseguir autonomamente os seus planos de vida.

É claro que a intensidade dos danos infligidos pelo *hate speech* depende de uma série de fatores, ligados ao conteúdo, à forma e ao contexto da manifestação, bem como à personalidade e às circunstâncias da vítima. Isto, porém, não impede que se

---

<sup>109</sup> Cf. Mari J. Matsuda. “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”. In: *Words that Wound...*, *Op. cit.*, pp. 17-51.

<sup>110</sup> Charles Taylor. *El Multiculturalismo y la ‘Politica del Reconocimiento’*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 58.

<sup>111</sup> Axel Honneth. *Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 218.

reconheça, de um modo geral, os graves danos que as manifestações de ódio, preconceito e intolerância costumam causar nos seus alvos.

#### 4.6. A Eficiência da Repressão ao *Hate Speech*

O racismo, o sexismo, a homofobia e o preconceito contra pessoas portadoras de deficiência não são fenômenos isolados e pontuais na sociedade. Pelo contrário, eles são ingredientes constitutivos da nossa estrutura social, que permeiam os seus extratos mais profundos e desempenham um papel importante na definição de uma série de práticas que vivenciamos no nosso dia-a-dia, sem nos darmos conta das suas raízes espúrias.

Neste contexto, alguns opositores da restrição ao *hate speech* argumentam que a medida não tem nenhum resultado prático no sentido do combate àquelas mazelas<sup>112</sup>. Outros vão ainda mais longe, advertindo para o perigo de que a punição às manifestações de ódio dê a elas maior publicidade, e possa, por outro lado, criar “mártires”, fomentando com isso os fenômenos do preconceito e da intolerância, ao invés de combatê-los.

E há ainda os que afirmam que, como a liberdade de expressão tem sido, ao longo da história, um instrumento de afirmação dos direitos das minorias estigmatizadas, criar uma exceção à sua aplicação seria um precedente perigoso para estes próprios grupos<sup>113</sup>. Isto porque – prossegue o argumento – esta exceção acabaria sendo manejada por agentes públicos também contaminados pelo preconceito, e tenderia, portanto, a ser usada com parcialidade contra integrantes das próprias minorias, nos seus protestos mais cáusticos contra as injustiças de que são vítimas. E exemplos práticos são invocados: no Reino Unido, integrantes do movimento negro foram processados e condenados em razão de veementes discursos contra os brancos proferidos no Hyde Park, e, em Israel, a lei contra o *hate speech* estaria sendo muito mais aplicada contra árabes que protestam contra os judeus do que no sentido contrário<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Cf. Martha Minow. *Breaking the Cycles of Hatred*, *Op. cit.*, pp. 45-50.

<sup>113</sup> Cf. O argumento é longamente desenvolvido em David Richards. *Free Speech and the Politics of Identity*, *Op. cit.*, pp. 126-228. Veja-se também, no mesmo sentido, em relação aos homossexuais, William B. Rubenstein. “Since When is the Fourteenth Amendment Our Route to Equality? Some Reflections on the Construction of the ‘Hate-Speech’ Debate from a Lesbian/Gay Perspective”. In: *Speaking of Race, Speaking of Sex*, *Op. cit.*, pp. 280-299.

<sup>114</sup> *Idem, ibidem*, pp. 171-176.

São argumentos de peso, que apontam não para a mera inocuidade, mas, pior do que isso, para o caráter contraproducente do banimento das manifestações de ódio, desprezo e intolerância, e que devem ser devidamente enfrentados.

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 da 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.

Na verdade, quando o Estado se omite diante de uma manifestação pública de ódio ou desrespeito contra minorias – ou até age para protegê-las, proporcionando, por exemplo, escolta policial para assegurar o exercício da liberdade de expressão de racistas e neonazistas, como tem ocorrido algumas vezes nos Estados Unidos –, o sinal que se transmite para o público e para as vítimas é o de que ele não vê nada de errado na conduta do ofensor. A dor e a sensação de abandono dos alvos destas manifestações tende a ser amplificada, e o símbolo que fica – e todos sabemos da importância dos símbolos na vida social – é o de um Estado cúmplice da barbárie.

Já a tese de que eventuais processos judiciais e condenações estimulariam o racismo ao invés de combatê-lo carece de prova empírica, que não foi fornecida por quem a sustenta. Ela, por outro lado, parece contra-intuitiva, se considerarmos o efeito geral dissuasório que as sanções penais costumam exercer. E a divulgação de processos e condenações decorrentes do *hate speech*, muito mais do que um instrumento de publicidade de idéias intolerantes, constitui meio de divulgação de que o Estado e a sociedade posicionam-se, sem titubeios, contra o preconceito e a favor da proteção dos direitos humanos das vítimas.

Finalmente, a possibilidade do uso da legislação repressiva pelo discurso do ódio de forma tendenciosa contra as próprias minorias realmente existe e não deve ser negligenciada. Como também existe a possibilidade de que as normas que punem o roubo ou o homicídio sejam usadas de forma preconceituosa contra grupos

estigmatizados – como freqüentemente são –, mas nem por isso se prega que estas condutas devam ser legalizadas. A rigor, em sociedades assimétricas, em que o preconceito tem raízes tão fundas, é necessário lidar com o risco permanente de que toda e qualquer norma seja aplicada de forma desigual, de maneira a perpetuar as relações de poder e de dominação existentes. Não é preciso adotar a teoria marxista do Direito como componente da superestrutura social, ou perfiar a visão microfísica do poder de Michel Foucault, para reconhecer esta realidade; basta ter olhos e ver. Mas um Direito que se pretenda transformador não deve simplesmente capitular diante disto, nem esperar sentado por alguma revolução redentora, e sim desenvolver os instrumentos necessários para enfrentar e superar este risco. Trata-se, portanto, de pensar em mecanismos que evitem ou pelo menos minimizem a possibilidade de que a legislação criada para proteger os direitos de minorias mais vulneráveis possa voltar-se contra os integrantes destas próprias minorias.

Um mecanismo que nos parece relevante é a adoção do princípio de que o Estado deve ser, *a priori*, mais tolerante diante dos excessos expressivos cometidos por membros de grupos estigmatizados contra a maioria, do que em relação aos perpetrados por integrantes da maioria contra estes grupos<sup>115</sup>. Por exemplo, se um indígena, protestando contra o tratamento dado ao seu povo, disser que “os brancos são maus e a sua civilização é uma droga”, este ato deve ser considerado de forma substancialmente diferente daquele praticado por um branco, que faça a mesma afirmação sobre os índios. Esta posição pode ser definida já no texto da própria legislação ou pode ser adotada na sua interpretação e adjudicação, e se justifica sob o nosso ponto de vista considerando-se não só a gama dos interesses constitucionais envolvidos na questão, como também a realidade empírica das relações assimétricas de poder subjacentes aos atos comunicativos.

## **5. O Tratamento ao *Hate Speech* no Direito Constitucional Brasileiro**

A liberdade de expressão ocupa uma posição extremamente destacada no sistema constitucional brasileiro. O texto constitucional chegou a ser redundante ao consagrá-la: art. 5º, inciso IV – liberdade de manifestação do pensamento –; art. 5º, inciso X – liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de

---

<sup>115</sup> Cf. Irwin Cotler. “Principles and Perspectives on Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination: The Canadian Experience as a Case-Study in Striking a Balance”. In: Sandra Coliver (Ed.). *Op. cit.*, p. 126.

comunicação, independentemente de censura ou licença –; art. 5º, inciso XIV – direito à informação e garantia do sigilo da fonte jornalística –; art. 220, *caput* – garantia da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo –; art. 220, § 1º – liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social –; art. 220, § 2º – proibição de qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica. Do ponto de vista histórico, não é difícil compreender as razões que levaram o constituinte a tamanha insistência: tratava-se de exorcizar os fantasmas do regime militar, que praticara aberta censura política e artística, e de assegurar as bases para a construção de uma sociedade mais livre e democrática.

Sem embargo, a liberdade de expressão não foi concebida na ordem constitucional de 1988 como um direito absoluto. O próprio texto constitucional consagrou direitos fundamentais que lhe impõem restrições e limites, como a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X)<sup>116</sup>. E há, ademais, outros bens e valores constitucionais com que a liberdade de expressão pode colidir em casos concretos, como o devido processo legal, a proteção à saúde e a própria igualdade. Nada no sistema constitucional brasileiro autoriza a conclusão de que a liberdade de expressão deva sempre prevalecer nestes conflitos.

Por outro lado, a Constituição de 88 tem um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito. Este compromisso visceral se evidencia na leitura dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º do texto magno: “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (inciso I), “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais*” (inciso III) e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (inciso IV). O constituinte, portanto, não quis atribuir ao Estado o papel de espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Pelo contrário, partindo da premissa empírica de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, ele

---

<sup>116</sup> Consulte-se, a propósito, Edilson Pereira de Faria. *Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000; Jayme Weingarter Neto. *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e Luís Roberto Barroso. “Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade: Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 79-130.

impôs aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados.

Este mesmo compromisso constitucional igualitário se revela também no art. 5º do texto magno, em que o princípio da igualdade é afirmado logo no *caput*, e reproduzido já no inciso I, para afastar as discriminações de gênero. Mais à frente, o constituinte foi expresso, ao determinar que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (inciso XLI), e que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*” (inciso XLII). Em relação ao racismo – cujo combate, aliás, foi também erigido à condição de princípio constitucional de regência das relações internacionais do Brasil (art. 4º, inciso VIII, CF) – o constituinte deu um passo importante, ao reconhecer a gravidade deste mal na sociedade brasileira, afastando-se do mito mistificador da nossa “democracia racial”, que celebrava com ufanismo uma suposta harmonia nas relações entre as etnias no país<sup>117</sup>. Só este reconhecimento explica a excepcionalíssima previsão de imprescritibilidade do crime de racismo.

Destaque-se, ainda, que as concepções de direitos fundamentais e de igualdade presentes na ordem constitucional brasileira não focam exclusivamente as relações entre o Estado e os indivíduos. Pelo contrário, o ordenamento brasileiro, diante da ubiquidade da injustiça e da opressão, adotou o princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo o qual estes direitos também vinculam e obrigam aos particulares, ainda que de forma diferenciada, em razão da proteção constitucional conferida à autonomia privada<sup>118</sup>. Portanto, a Constituição brasileira não vedou apenas ao Estado a prática de atos de discriminação, preconceito e intolerância, mas fê-lo também em relação a cada cidadão ou entidade privada.

Ademais, a compreensão constitucional da liberdade individual não é meramente formal. A Constituição de 88 não é libertária e não associa a liberdade

---

<sup>117</sup> A idéia da democracia racial que dominou o pensamento brasileiro durante boa parte do século XX teve o seu marco mais importante na obra de Gilberto Freire, *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro: José Olympio, 13ª ed., 1968, publicada pela primeira vez no início da década de 30, em que se defendeu a tese de que as relações raciais existentes no Brasil seriam menos opressivas do que as que caracterizam outros países em que também houve escravidão, por várias razões históricas e culturais, dentre as quais o grau elevado de miscigenação, que teria levado à inexistência de uma separação tão rígida entre as raças. Destaque-se, porém, que, à época, tratava-se de uma tese anti-racista, que se opunha às posições abertamente preconceituosas então correntes, como as de Nina Ribeiro, Silvio Romero e outros, que condenavam a miscigenação racial e imputavam à participação do negro na comunhão nacional diversos dos problemas da civilização brasileira.

<sup>118</sup> Cf. Daniel Sarmiento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *Op. cit.*, Wilson Steinmetz, *Op. cit.*, e Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 431-497.

humana à simples abstenção estatal. Pelo contrário, ela se preocupa com a efetiva possibilidade de fruição da liberdade pelos indivíduos, o que supõe o enfrentamento dos obstáculos sociais que atravancam o seu exercício, presentes numa sociedade desigual e opressiva. Esta compreensão mais realista da autonomia individual projeta-se no campo da liberdade de expressão e ampara a pretensão estatal de coibir as manifestações que silenciem as vozes das suas vítimas, como as envolvidas no *hate speech*.

E o nosso marco constitucional não ficaria completo sem a alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, tem-se entendido que, a despeito do caráter plural e compromissório da Carta de 88, os direitos fundamentais nela contidos constituem um sistema, cuja unidade de sentido repousa no princípio da dignidade da pessoa humana, acolhido no seu art. 1º, inciso III<sup>119</sup>. Considera-se que a dignidade da pessoa humana atua não só como limite para a ação do Estado, mas também como fonte de deveres positivos, compelindo-o a agir para promover e proteger a dignidade dos indivíduos em face das ameaças que a espreitam de todos os lados. Ademais, o princípio também se projeta no domínio das relações privadas, fundamentando obrigações negativas e positivas para os indivíduos em face dos seus pares. No caso de colisões de direitos fundamentais – e isto é importantíssimo para os nossos fins – a dignidade da pessoa humana deve operar como um norte substantivo para a atuação do intérprete, balizando e condicionando as ponderações de interesse empregadas para o seu equacionamento<sup>120</sup>.

Não bastasse, o país é signatário dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos referidos no item 3 deste estudo – afora, é óbvio, a Convenção Européia de Direitos Humanos –, e estes, como se viu, consagraram a obrigação de combate às manifestações de racismo, preconceito e intolerância. Mesmo para quem não professa a tese de que os tratados sobre direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira antes da Emenda Constitucional n.º 45 ostentam hierarquia constitucional<sup>121</sup>, não há dúvida de que eles têm relevo na interpretação do sistema

<sup>119</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 77-83; José Afonso da Silva. “A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia”. In: *Revista de Direito Administrativo*, n.º 212, 1998, pp. 91-92.

<sup>120</sup> Cf. Daniel Sarmento. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 73-76.

<sup>121</sup> Sobre a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, veja-se Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 65-117. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo, até a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2005, que, apesar da redação do art. 5º, § 2º, do texto magno, os tratados sobre direitos humanos possuiriam força interna de meras leis ordinárias. Porém, a referida EC 45 inovou na matéria, ao introduzir um parágrafo 3º no art. 5º do texto maior, estabelecendo expressamente que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados em dois turnos em cada casa do Congresso por

interno de proteção aos direitos fundamentais<sup>122</sup>. Ademais, tendo sido definitivamente incorporados ao ordenamento brasileiro, estes instrumentos internacionais não só obrigam o Brasil perante a comunidade global, como também compõem o marco legal dentro do qual a questão do *hate speech* deve ser examinada no país.

Neste contexto normativo e axiológico, não foi difícil para o Supremo Tribunal Federal decidir no caso *Ellwanger* no sentido da constitucionalidade da punição de manifestações de anti-semitismo. Tratava-se de ação penal por crime de discriminação racial proposta contra Siegfried Ellwanger, que escrevera, editara e publicara diversos livros com conteúdo anti-semita, que negavam a ocorrência do Holocausto e atribuíam características negativas ao caráter dos judeus. O tipo penal em questão era o do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, segundo o qual é crime sujeito à pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa, “*praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”.

Inicialmente, teve a Corte que examinar se o conceito de racismo contido na Constituição abrangia ou não as ofensas perpetradas contra o povo judeu, já que, na impetração, sustentara-se, a partir de um conceito biológico/antropológico de raça, que as raças humanas seriam apenas a caucasiana, a negróide e a amarela. Se a resposta a esta questão fosse negativa, a consequência prática seria o reconhecimento da prescrição do ilícito penal, pois se o racismo é crime imprescritível por expresse comando constitucional, o mesmo não ocorre com outras formas de preconceito. O STF, no entanto, afastou este argumento, afirmando que o conceito de raça deve ser cultural, inclusive porque, do ponto de vista estritamente biológico, sequer é possível falar-se em diferentes raças humanas, em razão da desprezível diferença genética existente entre os indivíduos integrantes dos diversos grupos étnicos.

Em seguida, passou o STF a examinar a questão, levantada de ofício pelo Ministro Sepúlveda Pertence, acerca da possibilidade da incidência do tipo penal de racismo sobre atos como os de escrever e editar livros, tendo em vista a garantia

---

maioria de 3/5 passariam a valer com força de emendas à Constituição. Discute-se, contudo, se a referida emenda implicou em recepção, com força de emenda, dos tratados incorporados à ordem jurídica brasileira anteriormente à sua entrada em vigor, ou se, ao revés, seria necessário submetê-los a novo processo de incorporação, agora pautado pelas exigências formais do parágrafo 3º do art. 5º, para que adquirissem esta estatuta superior. A propósito deste debate, veja-se José Carlos Francisco. “Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais”. In: André Ramos Tavares, Pedro Lenza & Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 99-105.

<sup>122</sup> Cf. Celso Lafer. “Parecer: O Caso Ellwanger”. In: *A Internalização dos Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2005, pp. 43-44.

constitucional da liberdade de expressão. Neste ponto, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres de Britto<sup>123</sup>, entendeu a Corte que deveriam prevalecer a igualdade racial e a dignidade humana das vítimas da manifestação racista. Da longa ementa do acórdão relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, destacamos o trecho abaixo, de grande significação para a nossa controvérsia:

*“10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, 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 discriminar com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.*

*11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseado na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.*

*12. Discriminação que no caso se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências 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.”*

Praticamente todos os votos colhidos ressaltaram que o caso envolveria a necessidade de uma ponderação de interesses entre, de um lado, a liberdade de expressão do paciente e, do outro, o direito à igualdade e à dignidade do povo judeu. A questão foi posta com muita clareza no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que destacou a necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade para correto equacionamento das tensões entre normas constitucionais abertas. Empregando este princípio, o Ministro conclui que a condenação de Siegfried Ellwanger fora constitucional, já que adequada para “*salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância*”, necessária em razão da inexistência de outro meio menos gravoso para atingimento do mesmo objetivo, e ainda proporcional em sentido estrito, uma vez

---

<sup>123</sup> O Ministro Moreira Alves, relator originário do HC, também votou pela concessão da ordem, ficando igualmente vencido, mas ele não chegou a adentrar na discussão sobre a liberdade de expressão, atendo-se, em seu voto, à questão possibilidade da prática de racismo contra os judeus.

que a “*preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista*”, e “*da dignidade humana*” compensavam “*o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente*”.

Sem embargo, vale a pena analisar também a argumentação desenvolvida pelo Ministro Marco Aurélio que, empregando o mesmo princípio da proporcionalidade, chegou ao resultado oposto. Na primeira parte do seu voto, o Ministro Marco Aurélio destacou a importância para o funcionamento da democracia da garantia da liberdade de expressão também para as idéias impopulares e minoritárias. Nas suas palavras, “*garantir a liberdade de expressão apenas das idéias dominantes que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida (...) Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar idéias controversas, radicais, desproporcionais*”.

Não obstante, reconhecendo o caráter não-absoluto da referida liberdade, o Ministro admitiu, em casos excepcionais, a possibilidade de imposição de restrições a ela, através de uma ponderação de interesses pautada pelo princípio da proporcionalidade. Porém, partindo da premissa de que não existiria na sociedade brasileira um ambiente cultural receptivo ao anti-semitismo – diferentemente do que ocorre com o racismo contra o negro ou contra o índio, por exemplo – ele afirmou que o risco mínimo de que a divulgação das idéias preconceituosas do paciente pudesse aumentar a discriminação contra os judeus no Brasil não justificaria a supressão do seu direito de exprimi-las. Segundo o Ministro Marco Aurélio, a punição de Ellwanger representaria um caso de “*jurisprudência simbólica*”, em que o STF relativizaria a garantia constitucional da liberdade de expressão visando a transmitir “*uma imagem politicamente correta perante a sociedade*”.

Embora não concordemos com a conclusão do Ministro Marco Aurélio, a sua advertência de que a liberdade de expressão também serve – e serve, sobretudo, diríamos nós – para proteger idéias e opiniões impopulares, e de que o seu exercício não pode tornar-se refém das concepções politicamente corretas é extremamente importante numa sociedade que se pretenda aberta, plural e democrática.

Porém, o seu raciocínio contém, no nosso entendimento, duas falhas. Em primeiro lugar, ele partiu de uma premissa empírica muito duvidosa, sobre a implausibilidade do surgimento do sentimento anti-semita no país. A história do Brasil, desde a discriminação contra os “*crístãos-novos*” na época colonial, até as suásticas dos *skinheads* em São Paulo, passando pelo aberto flerte com o Nacional-Socialismo na Era

Vargas, sugerem conclusão muito diversa. Ademais, na nossa opinião, independentemente dos efeitos que a disseminação de idéias racistas possa ter na opinião pública, a própria expressão pública do racismo já viola, em si, os direitos fundamentais das suas vítimas. Esta violação não figurou na equação ponderativa delineada pelo Ministro Marco Aurélio, e a sua correta consideração, sob o nosso ponto de vista, teria alterado significativamente o ponto de equilíbrio dos pratos da balança.

Enfim, a orientação do STF contrária à proteção constitucional do *hate speech*, que, aliás, vem sendo seguida e aprofundada por outros tribunais inferiores, parece-nos correta e louvável. Não obstante, deve haver um cuidado especial para que não se asfixie além da conta a liberdade de expressão ainda que por propósitos elevados. É desse cuidado que tratará o próximo, e último, item do presente estudo.

## **6. O Caminho do Meio**

Quando foi lançado o filme “Guerra nas Estrelas Episódio 1: A Ameaça Fantasma”, algumas lideranças do movimento negro nos Estados Unidos protestaram. Acharam que o filme tinha um conteúdo racista, porque o seu personagem Jah Jah Binks – um ET desengonçado e trapalhão, com longas antenas dependuradas – lembraria os negros do movimento rastafári, com suas ginga e tranças características, e que teria por isso os ridicularizado.

Este exemplo caricatural mostra que, a rigor, é possível ver preconceito em toda a parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante desconstrutivista, que nela procure encontrar significados latentes ou símbolos ocultos de racismo, sexismo, homofobia ou alguma outra forma de opressão ou preconceito.

Mas o pior não é isso. Exageros à parte, talvez estes caçadores do vício tenham a sua dose de razão. Afinal, vivemos todos numa sociedade impregnada pelo preconceito, cujas práticas sociais tendem a reproduzir e reforçar as suas estruturas de hierarquia e dominação. Assim, como seres enraizados, somos todos de alguma maneira racistas, machistas e homofóbicos, ainda que às vezes sem saber. Por isso, grande parte dos nossos atos expressivos certamente contém, ainda que de maneira velada, os traços destas nossas pré-compreensões desigualitárias.

Portanto, se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não

sobraria quase nada. O resultado seria uma sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes politicamente corretos. A utopia do respeito mútuo no discurso público converter-se-ia na triste distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade, cativa de ortodoxias morais inquestionáveis.

Mas será que cada sociedade tem mesmo de fazer uma “escolha de Sofia” entre a liberdade de expressão e a igualdade? Pensamos que não; que existe um “caminho do meio”, representado pela ponderação<sup>124</sup>, pautada pelo princípio da proporcionalidade<sup>125</sup>, que busque, em cada caso, encontrar a justa medida para a melhor acomodação dos interesses constitucionais em jogo, mas que reconheça, desde a partida, o grande valor da liberdade de expressão, inclusive para a divulgação de idéias tidas como absurdas ou imorais pela maioria da sociedade. É preciso não esquecer, neste ponto, que muitas certezas morais de hoje resultaram de questionamentos e desafios aos consensos morais do passado, que não teriam sido possíveis, não fosse o exercício corajoso da liberdade de expressão.

A metodologia da ponderação parece-nos muito superior para o enfrentamento desta questão do que a técnica da categorização<sup>126</sup>. Esta última, aplicada ao nosso caso,

---

<sup>124</sup> Não há como discutir nos limites deste estudo a metodologia da ponderação, sobre a qual existe hoje uma literatura quase inabarcável. A principal obra de referência sobre a questão é Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 81-172. Na bibliografia nacional, veja-se Daniel Sarmento. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, *Op. cit.*; Wilson Steinmetz. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 131-384.

<sup>125</sup> Por inspiração da dogmática alemã, a doutrina e a jurisprudência brasileira decompõem o princípio da proporcionalidade em três máximas ou subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, assim sintetizados por Luís Roberto Barroso: “(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas para atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.” (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142). Sobre a proporcionalidade no Brasil, veja-se ainda Suzana de Toledo Barros. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; Raquel Denize Stumm. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; Wilson Steinmetz. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, *Op. cit.*; Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 104-119; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Op. cit.*, pp. 319-358.

<sup>126</sup> O método da categorização rejeita a ponderação, por considerá-la irracional, além de contrária à separação de poderes e à democracia, e busca definir os contornos dos direitos fundamentais de forma com que não conflitem com outros direitos ou princípios constitucionais. As colisões, na sua ótica, seriam apenas aparentes. Em cada caso concreto de aparente conflito, tratar-se-ia não de ponderar interesses contrapostos, mas de buscar a norma mais adequada, considerando-se todas as especificidades da situação. Para uma defesa deste método, veja-se Klaus Günther. *The Sense of Appropriateness: Application Discourse in Morality and Law*. New York: State University of New York Press, 1993; e

buscaria definir os “limites internos”<sup>127</sup> à liberdade de expressão, de forma a excluir do seu âmbito de proteção qualquer ato comunicativo que pudesse ser enquadrado como, digamos, uma “manifestação de preconceito, ódio ou intolerância motivada por raça, cor, religião, nacionalidade, gênero, orientação sexual ou deficiência física e mental”. Pela categorização, se determinado ato expressivo se subsumisse a esta definição de *hate speech*, ou a alguma outra semelhante, isto já bastaria para excluir a incidência do princípio da liberdade de expressão sobre o caso<sup>128</sup>.

Mas porque este modo de pensar é problemático? Porque, na nossa opinião, quando ele é realmente aplicado, não se dá à liberdade de expressão o peso que ela mereceria ter na solução deste tipo de questão<sup>129</sup>. Vejamos um caso concreto: “O Mercador de Veneza”, obra-prima de Shakespeare. Quem já leu ou assistiu a esta peça, sabe que ela é profundamente anti-semita. Shylock, o mercador, é um judeu usurário, vil, vingativo e avarento, que exige a execução de uma garantia de dívida que lhe dá o direito de cortar uma libra de carne do peito de Antônio. Colocaríamos então a peça de

---

Pedro Serna e Fernando Toller. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales: Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000. Uma bem fundamentada crítica à categorização, à qual aderimos plenamente, encontra-se em Jane Reis Gonçalves Pereira, *Op. cit.*, pp. 234-243.

<sup>127</sup> A teoria dos limites internos dos direitos fundamentais, que pode ser diretamente associada à técnica da categorização, afirma que só é possível haver restrições a estes direitos em casos em que a própria Constituição expressamente autorize. Ela se opõe à teoria dos limites externos, associada à técnica da ponderação, que admite restrições compatíveis com o princípio da proporcionalidade. Para os adeptos da teoria interna, o papel da legislação e da jurisprudência é o de revelar o sentido e os contornos reais dos direitos fundamentais e não o de impor-lhes restrições, baseadas na ponderação com outros direitos ou princípios constitucionais. Esta definição dos limites de cada direito deve ser realizada levando em consideração não só o texto da norma, como também o fragmento da realidade sobre a qual ele incide, bem como os outros bens jurídicos protegidos pela ordem constitucional. De acordo com esta teoria, ou um caso enquadra-se no âmbito de incidência de um direito fundamental, caso em que será protegido, ou ele não se enquadra, hipótese em que não haverá proteção. Esta tese é defendida, dentre outros, por Friedrich Müller, na Alemanha (cf. *Discours de la Méthode Juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, pp. 96 e ss.), e por Ignácio Otto y Pardo na Espanha. (“La Regulación del Ejercicio de los Derechos y Libertades: La Garantía de lo Contenido Esencial en el Artículo 53.1. de la Constitución”. In: Lorenzo Martín-Retortillo y Ignácio de Otto y Pardo. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, pp. 139 e ss.)

<sup>128</sup> O emprego da categorização em matéria de *hate speech*, para excluir qualquer proteção à liberdade de expressão nestes casos, foi defendido por Pedro Serna e Fernando Toller, *Op. cit.*, pp. 145-154, em análise crítica do caso *Keegstra*, julgado pela Suprema Corte do Canadá. No Brasil, esta também parece ser a posição de Marcelo Cattoni, *Op. cit.*, que, embora sem mencionar o método da categorização, defendeu posição semelhante em relação ao caso *Ellwanger*, do STF, fundamentando-se na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas.

<sup>129</sup> É interessante observar que nos Estados Unidos, até por razões históricas, a ponderação é geralmente associada a uma posição menos protetiva da liberdade de expressão, que se predispõe a aceitar com mais facilidade as restrições impostas a este direito (cf. Laurent Frantz. “The First Amendment in the Balance”. In: *Yale Law Journal*, n.º 71, 1962, pp. 1424 e ss.). Na questão do *hate speech* no Brasil, contudo, como ninguém sequer cogita em proteger de modo absoluto a liberdade de expressão em detrimento do direito à igualdade e à dignidade das minorias, mas há quem se proponha a simplesmente ignorá-la no equacionamento destes casos, o uso da ponderação nesta seara serviria para fortalecer a proteção deste direito, e não para fragilizá-la.

Shakespeare num *Index* de obras proibidas, vedando as suas encenações e privando as futuras gerações do acesso a uma das maravilhas da literatura universal? Se este exemplo não bastou, passemos a outro, em que a liberdade de expressão se amalgama com a liberdade de religião: a Igreja Católica, como se sabe, sustenta que o homossexualismo é pecaminoso e se opõe a qualquer tentativa de proteção pelo Estado das relações homoafetivas. As manifestações da Igreja que tocam a questão são, em geral, exemplos típicos de homofobia e intolerância. Que tal censurá-las?

É certo que os defensores da categorização dificilmente defenderiam as soluções censórias acima aventadas. Com alguma criatividade, eles conseguiriam definir os limites da liberdade de expressão de forma a proteger tanto a peça anti-semita de Shakespeare, como as manifestações homofóbicas do clero católico. Fariam isso depois de sopesar intuitivamente os interesses fundamentais em jogo. Contudo, por rejeitarem a técnica da ponderação, não recorreriam à sua metodologia, que se baseia no princípio da proporcionalidade e confere maior transparência e controlabilidade intersubjetiva ao processo. Realizariam provavelmente uma ponderação disfarçada, escamoteada, que, ao cabo, seria vendida ao público externo na embalagem de uma subsunção. Portanto, o método da ponderação nos parece preferível para o equacionamento deste, como também de outros conflitos entre princípios constitucionais, por corresponder ao que os juízes e intérpretes fazem de fato nestes casos difíceis – pesam e contrapõem interesses, valores, argumentos – e por indicar a eles um caminho mais racional e controlável para esta empreitada hermenêutica.

Mas seria muito pouco afirmar que a questão do *hate speech* resolve-se através de uma ponderação de interesses. 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. Sugeriremos abaixo algumas destas pautas, reconhecendo, desde já, num *mea culpa* contrito, que elas mereceriam um desenvolvimento e uma discussão mais aprofundados, que se tornaram impossíveis em razão dos limites de tempo e de espaço deste estudo:

a) Como se destacou antes<sup>130</sup>, deve haver uma tolerância maior em relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas do que dos membros de grupos hegemônicos quando ataquem estas minorias. Este *standard* se justifica por várias razões, dentre elas: (i) o “efeito silenciador”, que normalmente não atinge o

---

<sup>130</sup> Vide item 4.6. deste estudo.

discurso das maiorias, tende a ser muito maior em relação aos componentes dos grupos estigmatizados; (ii) os integrantes destes grupos, porque já são marginalizados, normalmente sofrem mais com os ataques comunicativos que lhes são desferidos; (iii) a liberdade de expressão, quando exercida com veemência pela minoria oprimida contra a maioria, costuma estar associada à promoção e não à negação da igualdade real; e (iv) há o risco de que as restrições à liberdade de expressão sejam empregadas de forma não igualitária, em razão do preconceito dos seus aplicadores, e o presente *standard* serviria para contrabalançar este risco.

b) As contribuições racionais para o debate de idéias não devem ser censuradas nem reprimidas, ainda que sejam absolutamente desfavoráveis às minorias. Não pode ser proibida a divulgação, por exemplo, de uma tese científica que procure comprovar que os membros de uma raça têm, em regra, Q.I. superior aos de outra, ou de manifestação que, no contexto do debate público sobre o direito dos *gays*, defenda a criminalização das suas práticas sexuais, por mais que tais teorias e posições sejam consideradas erradas, perigosas e até ultrajantes. Aqui, deve valer o princípio de que o melhor remédio para combater uma má idéia é o debate público que desvele os seus desacertos e não a censura.

c) A categoria do *hate speech*, por ensejar restrições à liberdade de expressão, não deve ser banalizada. Não há espaço para que o intérprete se engaje em abstrusas desconstruções dos atos expressivos, visando a encontrar preconceitos e mensagens discriminatórias ocultas, para assim fundamentar limitações às liberdades comunicativas. Só as manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito contam para este fim. As demais podem e devem ser desmontadas e combatidas, mas através da crítica pública e não da repressão juridicamente institucionalizada.

d) Quando a liberdade de expressão estiver associada à liberdade religiosa, ela deve assumir um peso maior na ponderação de interesses. Não se deve admitir, em princípio, restrições à divulgação dos credos religiosos pelo fato de envolverem intolerância em relação aos adeptos de outras crenças ou aos membros de determinados grupos. É absolutamente ilegítimo que o Estado se converta em árbitro da legitimidade dos dogmas de fé.

e) A decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada à obra que contenha *hate speech* não tem como ignorar o valor artístico, teórico ou científico da obra como um todo. Não há como censurar um Shakespeare, proibir a venda dos livros de Nietzsche que também tenham manifestações

de anti-semitismo, nem quiçá interditar a circulação das obras de Aristóteles e Platão em que constem afirmações sobre a inferioridade da mulher.

f) O grau de dor psíquica, angústia, medo ou vergonha que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo motivadas por preconceito possam provocar nos seus alvos é um critério extremamente importante na ponderação, já que, de um dos lados da balança, trata-se exatamente de proteger os direitos humanos das vítimas destas manifestações.

g) A composição do auditório das mensagens do *hate speech* constitui outro critério importante. Quando ele é integrado também por crianças e adolescentes, há um argumento adicional para a restrição e repressão dos atos comunicativos abusivos. De fato, se não é possível, a princípio, falar em ofensa aos direitos dos ouvintes adultos que não sejam os alvos das manifestações, porque se deve presumir que eles, como seres racionais e competentes, têm o discernimento necessário para formarem as suas convicções a partir das idéias com que entram em contato<sup>131</sup>, o mesmo não vale para as crianças e adolescentes, que estão em pleno processo de formação das suas identidades<sup>132</sup>. Ademais, é quase sempre na infância e na adolescência que surgem os desvios de personalidade geradores do *hate speech*. Portanto, combater a disseminação, nesta fase da vida, das idéias de ódio e preconceito contra minorias, é contribuir para a formação de adultos mais tolerantes e aumentar as chances de que tenhamos, no futuro, uma sociedade mais harmônica e menos opressiva.

h) O meio empregado para divulgação das mensagens de *hate speech* é também relevante. Justifica-se, por exemplo, um controle maior sobre a abusividade dos atos expressivos praticados através dos meios de comunicação de massa, do que, por exemplo, daqueles veiculados através de livros. Esta posição se fundamenta no poder muito maior dos *mass media* de penetrarem nas casas e nas vidas de espectadores passivos, que não procuraram aquelas mensagens, bem como na maior probabilidade de que atinjam crianças e adolescentes. Tratando-se de televisão e rádio, este *standard* é confirmado pelo texto constitucional, segundo o qual a programação destes veículos deve atender ao princípio de “*respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*” (art. 221, IV, CF). É difícil conceber maior atentado a este princípio do que a divulgação do *hate speech*.

---

<sup>131</sup> Vide item 4.3. *supra*.

<sup>132</sup> Sobre o impacto do *hate speech* sobre crianças, veja-se Keith W. Saunders. *Saving our Children from the First Amendment*. New York: New York University Press, 2003, pp. 178-201.

É chegada a hora de concluir. Em síntese, o caminho adotado pelo Brasil, que aceita as restrições à liberdade de expressão voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas, parece-nos correto, tanto sob o ponto de vista jurídico como moral. Ele está em plena consonância com a normativa internacional sobre direitos humanos e com a jurisprudência constitucional da maioria das democracias liberais modernas – os Estados Unidos, neste particular, é que representam a exceção. Contudo, num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto.