



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VICTOR VICENTE

LIBERDADE DE EXPRESSÃO
DISCURSO DE ÓDIO E FORMAS DE CONTROLE



Assis/SP 2017

**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VICTOR VICENTE

LIBERDADE DE EXPRESSÃO
DISCURSO DE ÓDIO E FORMAS DE CONTROLE

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Victor Vicente

Orientador: João Henrique dos Santos

Assis/SP 2017

FICHA CATALOGRÁFICA

V632L VICENTE, Victor

Liberdade de expressão: discurso de ódio e formas de controle / Victor Vicente. -- Assis, 2017.

30p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. João Henrique dos Santos

1.Liberdade de expressão 2. Direito constitucional 3. Direito da pessoa humana

CDD 341.2732

LIBERDADE DE EXPRESSÃO
DISCURSO DE ÓDIO E FORMAS DE CONTROLE

VICTOR VICENTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Prof. João Henrique dos Santos

Examinador:

Assis/SP
2017
DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais José Aurélio Vicente e Renata A. G. Vicente por todo o apoio e incentivo, e também aos familiares e amigos que acompanharam e ajudaram no decorrer desta jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais por me darem forças e capacidade para não desistir dos meus objetivos e sonhos.

Aos meus familiares e amigos que me ajudaram durante esta jornada.

Quero agradecer ao meu orientador Prof. João Henrique por toda ajuda, atenção e compreensão.

A todos os mestres e doutores do corpo docente do curso de Direito da FEMA, pelo aprendizado que me proporcionaram nesses anos de curso.

“Somente com a legítima liberdade de expressão, pluralidade de informação, respeito a cidadania, e permanente vigilância contra as tentativas de cercear o Estado democrático de direito, é que poderemos pensar em transformar Regimes de Força, em Regimes de Direito”.

Paulo José Miranda.

RESUMO

O presente trabalho oferece um breve estudo sobre a Liberdade de Expressão, direito humano protegido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e suas limitações. Passando pela sua origem e transformação dentro do cenário político-filosófico Brasileiro. As problemáticas apresentadas pela sua banalização, o conceito ao discurso de ódio e visão das cortes Internacionais e Brasileiras sobre o assunto. Encontrando assim as necessidades na manutenção e controle desse direito indispensável para a manifestação e desenvolvimento de qualquer sociedade libertária e democrática.

Palavras-chave: 1. Liberdade de expressão 2. Direito constitucional 3. Direito da pessoa humana

ABSTRACT

The present work offers a brief study about Freedom of Speech, human right protected on the Universal Declaration of Human Rights, from 1948, and its limitations. Passing through its origins and transformations inside the Brazilian political-philosophical scenery. The problematic presented in its trivialization, the concept of hate speech and the vision of International and Brazilian courts on the subject. Finding then the necessities of its maintenance and control on this right, indispensable for the manifestation and development of any libertarian and democratic society.

Keywords: 1. Freedom of speech 2. Constitutional right 3. Human right

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	10
2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....		11
2.1 ORIGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....		11
2.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL.....		12
2.3 NAS DIVERSAS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS.....		12
2.4 NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....		13
2.5 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....		14
2.4 LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....		15
3. DO DISCURSO DE ÓDIO		16
3.1 CONCEITO.....		16
3.2 DA AUTONOMIA E LIBERDADE DO INDIVÍDUO.....		17
3.3 TOLERÂNCIA AO DISCURSO.....		19
4. DO COMBATE AO DISCURSO DE ÓDIO.....		21
4.1 EFICIÊNCIA DO COMBATE AO DISCURSO DE ÓDIO.....		21
4.2 O TRATAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.....		23
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....		28
6. REFERÊNCIAS		30

1. INTRODUÇÃO

O direito à Liberdade de expressão e Livre pensamento são fundamentais e se incluem no rol de direitos da personalidade sendo indisponíveis, inatos e garantidos por cláusula pétrea segundo artigo 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal de 1988. É necessário notar, no entanto que esse direito não é absoluto tendo causado muitos conflitos durante sua existência e levantando a questão de que deve haver um limite para a manifestação de pensamento do indivíduo perante a sociedade, mas qual seria ele? A doutrina diverge quanto a essa questão há quem diga que o limite se encontra no momento em que o discurso ofende um indivíduo, ou então que o discurso deve limitar-se à verdade das ideias contidas nele, ou ainda que essa liberdade possa ser manifestada até o momento em que não cause prejuízo direto e evidente aos demais indivíduos. Independente desse limite é certo que no Brasil o chamado discurso de ódio é considerado abuso do direito de liberdade de expressão e é tipificado no código penal como os crimes contra a honra e racismo que servem como medida punitiva do Estado para o desencorajamento dessa prática não tem sido eficazes, pois as pessoas além de não conhecerem os limites de seu direito também aproveitam do anonimato, agora possível pela tecnologia, para fazê-lo o que tem aumentado o número de casos do discurso de ódio e transformado o convívio social em um ambiente hostil e de pouca tolerância.

Portanto este projeto tem como objetivo analisar e compreender os limites do uso ao direito de liberdade de expressão, identificar o discurso de ódio e diferenciar as suas formas. Assim como buscar uma possível solução plausível para o emergente problema, para entender porque o aumento desse abuso em determinados ambientes sociais e os possíveis fatores que contribuem para sua disseminação.

2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 ORIGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No século XVI, com a constituição dos reinos em Estado através do fortalecimento da Burguesia e Monarquia acarretam no predomínio político sobre o religioso e, portanto, a ruptura com a Unidade Religiosa da Igreja Católica.

As novas políticas religiosas comandadas pelos monarcas condicionavam a liberdade de consciência dos súditos e acarretava agressão às minorias religiosas.

“Esse pluralismo religioso requisitava tanto a tolerância entre os fiéis das diversas crenças, de modo a permitir a convivência social (Moreira. 2003:177) quanto transferia a liberdade para a esfera íntima da pessoa, consagrando a submissão do “homem exterior” à autoridade terrena (Marcuse. 1972:60). A tolerância assim deveria ser respeitada e protegida pelo Estado, fundamento ideológico e instituição superestrutural do mando burguês” (SAMPAIO, 2004, p.143).

Essas minorias passaram a defender o direito de proferir sua fé, movimento que deu origem a ideia de tolerância religiosa. Essa ideia pode ser vista como uma das primeiras formas modernas do aparecimento de direitos fundamentais e, do próprio Estado Constitucional.

No entanto, a mesma Burguesia que foi aliada da Monarquia na sua independência da Igreja, passa a se tornar uma adversária, já que um poder arbitrário e absoluto dos monarcas passa a não satisfazer mais os interesses da burguesia. Fazendo-se necessária uma nova política que limitasse e regulasse o poder estatal. Já que a economia capitalista necessitava de segurança jurídica para continuar funcionando.

2.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL

É nesse contexto que surge o Estado Constitucional. Produto da Revolução Francesa, a da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é considerada um marco do constitucionalismo, estabelecendo, igualdade, soberania popular e separação dos poderes. Também reconheceu a necessidade de instituir garantias penais e processuais, que eram

de interesse da classe burguesa, assim como liberdade de opinião, liberdade religiosa, liberdade de imprensa e o direito de propriedade.

Também na mesma época os “Bills” americanos eram dominados pelo jusnaturalismo e pelo contratualismo onde os homens têm direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que o estado deve reconhecer e garantir como direitos do cidadão. Nesse modelo coube ao poder Judiciário promover a defesa da Constituição e ser o guardião dos direitos e liberdades dos cidadãos.

2.3 NAS DIVERSAS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS

A Constituição de 1824 previa a liberdade de expressão, sem dependência de censura. Mas não era para valer. Sua sorte era análoga à do princípio da igualdade perante a lei, igualmente proclamado no texto constitucional, e que conviveu com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Com a mesma falta de efetividade, dispunha a Carta de 1891 acerca do tema, acrescentando a vedação do anonimato. Foi contemporânea impotente da coação aos órgãos de imprensa e do empastelamento de jornais. A Constituição de 1934 introduziu expressamente a possibilidade de censura prévia aos espetáculos e diversões públicas.

Logo à frente, dando início à intolerância com as ideias opostas, foi editada a primeira Lei de Segurança Nacional, em 1935. Com o colapso das instituições democráticas e o advento do Estado Novo e da Carta de 1937, implantou-se um rigoroso sistema de censura prévia à liberdade de expressão, abrangendo a imprensa, espetáculos e diversões públicas. Um decreto de 1939 previa, inclusive, a possibilidade de proibição da circulação de periódicos. Por anos a fio, o DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda foi o dono do pedaço).

A Constituição de 1946 retomou a inspiração do Texto de 1934, em reprodução quase literal, com o acréscimo da vedação ao preconceito de raça ou de classe. Contudo, sob os efeitos da guerra fria, prestou-se à interpretação que proscovia o partido comunista, permitindo a condenação de ideias à ilegalidade. Após o movimento militar de 1964, foi editada a Constituição de 1967, logo substituída pela Emenda nº 1, de 1969, outorgada

pelos Ministros do Exército, da Marinha de Guerra e da Aeronáutica Militar. A Carta de 1969, procurando manter a fachada liberal e com penosa insinceridade, enunciava ser livre a manifestação do pensamento, mas afirmava que não seria tolerada a subversão da ordem ou as publicações contrárias à moral e aos bons costumes.

2.4 NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A liberdade de expressão faz parte do rol de direitos individuais garantidos pela Constituição.

Os direitos individuais, pertencentes à categoria dos direitos fundamentais, são aqueles considerados essenciais para a proteção da dignidade da pessoa humana dentro da sociedade civil.

A liberdade de expressão, por sua vez, faz parte da chamada “liberdade de pensamento”, guardada pela Constituição. Além da liberdade de expressão, compreende a “liberdade de consciência”.

Entende-se por liberdade de consciência o processo cognitivo do indivíduo sobre qualquer assunto, tema, posicionamento, enfim, trata-se de um passo anterior ao ato de se expressar.

O legislador achou por bem assegurar a liberdade de consciência (ainda que pareça óbvia a liberdade do indivíduo de pensar, pois é de conhecimento geral de que a humanidade não encontrou meio seguro de interceptar pensamentos) para garantir ao cidadão o direito ao culto. Portanto, cabe dizer que tal artigo ratifica o posicionamento laico do Estado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VI – e inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988, Art. 5º)

Quanto ao segundo passo, qual seja, o de manifestar o pensamento livre, a Constituição vedou o anonimato, porém, estendeu a proteção à expressão de cunho intelectual, artístico, científico e de comunicação, independente de censura ou licença.

2.5 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Liberdade de expressão e direito fundamental garantido pela Constituição Federal, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e adotado pela constituição de vários países democráticos pelo mundo, mas qual seria o seu conceito determinado?

A sociedade moderna não é monocromática ou unitária, mas sim complexa e fracionada, e os fluxos de informação através da comunicação escrita, verbal ou por meio de símbolos, e seu conteúdo nem sempre é uma questão pacífica.

José Afonso da Silva trata liberdade de expressão como:

“possibilidade de exteriorização do pensamento em seu sentido mais amplo”(SILVA, 1998, p.244).

E, portanto, confunde-se com a liberdade de pensamento e seu conteúdo é múltiplo podendo assumir a forma de liberdade religiosa, liberdade de opinião, liberdade intelectual, liberdade de informação, liberdade de imprensa entre outras. Sendo que mesmo a Constituição prevê a versatilidade e desse direito:

“[...]é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, inciso IV); “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, inciso VI); é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, inciso IX). “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220). “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, inciso II) ”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988).

Assim é difícil encontrar com precisão um conceito específico para a liberdade de expressão, e listada neste trabalho como qualquer forma de expressão do ser humano e suas diversas maneiras de manifestação assim como:

Seja através da palavra oral ou escrita - que abrange jornal, circular, brochura, panfleto, cartaz, gravura, revista, livro, entre outros -, seja pela mímica, ou ainda pelos símbolos (sinais convencionais ou qualquer outro representativo de ideias, bandeiras, semáforos, distintivos, desenhos, imagens, composições, sem prejuízo de qualquer outro meio). Não importa também a substância empregada: papel, pergaminho, tela, cartão, madeira, papelão, plástico, tinta etc. (ZISMAN, 2003, p. 33).

2.6 LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de expressão não é absoluto e ilimitado, assim como os demais direitos fundamentais, como por exemplo até mesmo o direito à vida pode encontrar restrições como nos casos da legítima defesa.

Existem três formas de limitações aos direitos fundamentais sendo: as expressamente estabelecidas pela constituição, as mediante leis por autorização da Constituição e as estabelecidas pela Constituição derivadas de interpretação tácita.

Os limites que são expressamente manifestos pelo texto constitucional são simples de resolver. O problema aparece quando um direito fundamental entra em conflito com outro direito fundamental nesses casos os limites só podem ser determinados pela via interpretativa, por serem implícitos na Constituição.

Desta maneira o conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana é nebuloso, apenas possuindo respaldo em leis específicas do código penal de crimes contra a honra e racismo. Mas nos casos não previstos em lei a resolução fica a critério do poder judiciário.

3. DO DISCURSO DE ÓDIO

3.1 CONCEITO

A era moderna admite situações excepcionais em que se torna necessário analisar com maior profundidade os casos postos à discussão. Estas situações se revelam complexas, dentre as quais as que se relacionam ao discurso de ódio.

O discurso do ódio é um tema problemático, principalmente porque não tem como objetivo exclusivo a questão racial. Está-se diante de dois direitos fundamentais em uma sociedade democrática: a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. É preciso defender a liberdade de expressão, fundamental para uma democracia, sendo esta definida como controle popular do governo. Uma vez que o povo não possa expressar seu ponto de vista livremente, o controle popular não se realiza. Portanto, a liberdade de expressão é garantida evitando-se a censura governamental aos discursos e à imprensa. Ao mesmo tempo, faz-se necessária a defesa da igualdade política, elemento central da democracia, que se atinge mediante a proibição de discriminação ou de exclusão de qualquer tipo (inclusive a promovida pelo discurso do ódio), que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política.

Mas o que vem a ser exatamente o discurso do ódio?

O discurso do ódio se caracteriza por qualquer expressão que desvalorize, menospreze, desqualifique e inferiorize os indivíduos. Trata-se de uma situação de desrespeito social, uma vez que reduz o ser humano à condição de objeto. Não basta uma mera discordância a respeito dos estilos de vida, ou discriminação com relação ao sexo, raça, nacionalidade, opção sexual ou condição social de outrem. O simples fato de manifestar implicância para com negros, homossexuais, judeus, mulheres, índios e pobres não basta para que a ação se subsuma ao discurso de ódio. A atitude de marginalização insufla o desrespeito pelo diferente, o que resulta no discurso do ódio.

Não se quer dizer que as atitudes referidas estão de acordo com a moral ou a ética da comunidade, ou que não sejam reprováveis do ponto de vista jurídico. Ao contrário, tais ações devem ser reprovadas, pois implicam em diferenciação que não está amparada pela ordem constitucional.

O ódio pode ser visto como a desvalorização do outro, a falta de reconhecimento dos valores e da própria razão do ser individual e da coletividade.

Embora possa ter a natureza de discriminação pela raça, cultura, orientação sexual, gênero, crença, condição econômica ou outras motivações, é o indivíduo que se torna a vítima e experiencia o dano que o ódio impõe.

Avaliando a complexidade das sociedades modernas, identificamos as relações individuais tornarem-se mais diversas e difusas, surgindo pontos e questões antes não existentes, os quais resultam em nova problematização.

A amplitude do debate sobre o ódio implica, necessariamente, no desconhecimento de seu próprio conteúdo ou essência, o qual remete à tentativa do ser humano de controlar a sua própria natureza pelo poder.

Nesse contexto, o debate sobre a liberdade de expressão e discurso do ódio vem adquirindo relevância atual, sobretudo em função da nova fronteira eletrônica de comunicação, a Internet, que permite às ideias alcançarem um grau anteriormente reservado apenas às grandes empresas de comunicação.

A imposição de restrições à liberdade de expressão na Internet é um problema controverso, pois esta se expandiu de uma maneira relativamente subtraída à censura, e, no entanto, com a generalização de sua utilização, surgem questões que afetam à garantia de bens constitucionalmente protegidos.

É o caso de grupos de usuários da internet que pregam intolerância racial e sexual.

Jovens se reúnem nos chamados “sites de relacionamentos” com objetivo de incitar o ódio contra determinados seguimentos sociais, a exemplificar por judeus, homossexuais, negros e nordestinos. Embora as condições tecnológicas sejam favoráveis para uma melhor comunicação mundial, o diálogo parece estar se tornando pior, pois o fanatismo e a intolerância diminuem as chances do mesmo.

3.2 DA AUTONOMIA E LIBERDADE DO INDIVÍDUO

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 ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa, é dimensão essencial da dignidade humana.

Quando alguém se priva destas faculdades, restringe-se a sua capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu 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.

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.

Partindo-se da premissa de que a pessoa 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 ideias e informações que ele considere perigosas ou perniciosas. Neste ponto, a ideia 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.

“Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas.” (Ronald Dworkin, 1996, p. 200)

Neste sentido, é inegável que, ao proibir a difusão de ideias ainda que abomináveis, como as latentes no discurso de ódio, o Estado atinge negativamente a autonomia individual tanto daqueles que têm estas ideias e são impedidos de comunicá-las publicamente, como dos integrantes do público em geral, que ficam privados do acesso a elas.

Não obstante, esta perda do ponto de vista da autonomia individual deve ser vista com o “ganho” que se obtém em relação a este mesmo valor, no que concerne não só à autonomia 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 autorrealização e o desenvolvimento da personalidade pressupõem autoestima, porque, sem ela, 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.

E não há como negar o tremendo abalo ao auto respeito que o discurso de ódio 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 duplo sobre a autonomia individual e a capacidade de autorrealização de falantes e ouvintes, pois ao mesmo tempo em que as restringe, ela de alguma maneira também as garante e promove.

3.3 TOLERÂNCIA AO DISCURSO

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 na Europa nos séculos XVI e XVII.

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

A questão mais delicada da tolerância é a dos seus limites. Até que ponto, por exemplo, deve-se tolerar o intolerante? Norberto Bobbio responde da seguinte maneira, 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 ideias 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.” (Norberto Bobbio. 1990, p.214.)

A ligação entre a tolerância e a liberdade de expressão é evidente, já que a 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 discurso de ódio é em parte, um debate sobre os limites da tolerância.

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 intolerante tome o poder e elimine a própria tolerância.

Este risco, 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 estuprador seria violar gravemente os direitos fundamentais mais elementares da sua vítima.

Parece 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 discurso de ódio envolve, sim, uma grave violação destes direitos.

4. DO COMBATE AO DISCURSO DE ÓDIO

4.1 EFICIÊNCIA DO COMBATE AO DISCURSO DE ÓDIO

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 discurso de ódio argumentam que a medida não tem nenhum resultado prático no sentido do combate àquelas mazelas.

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.

Isto porque a exceção acabaria sendo manejada por agentes públicos também contaminados pelo preconceito, e, portanto, seria usada com parcialidade contra integrantes das próprias minorias, nos seus protestos mais cáusticos contra as injustiças de que são vítimas.

Fica evidente que a proibição do discurso de ódio, 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 contraditória, se considerarmos o efeito geral dissuasório que as sanções penais costumam exercer. E a divulgação de processos e condenações decorrentes do discurso de ódio, muito mais do que um instrumento de publicidade de ideias 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 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, 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 perfilhar 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.

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.

4.2 O TRATAMENTO NO DIREITO 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 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 ou artística.”(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988).

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).

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 1988 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). “ (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988).

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 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 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).”(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988).

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.

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.

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 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 discurso de ódio.

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.

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.

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 Europeia 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, não há dúvida de que eles têm relevo na interpretação do sistema interno de proteção aos direitos fundamentais.

Ainda, 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 discurso de ódio 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 antissemitismo. Tratava-se de ação penal por crime de discriminação racial proposta contra Siegfried Ellwanger, que escrevera, editara e publicara diversos livros com conteúdo antissemita, 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 negroide 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 constitucional da liberdade de expressão. Neste ponto, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres de Britto, entendeu a Corte que deveriam prevalecer a igualdade racial e a dignidade humana das vítimas da manifestação racista.

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

Ademais, na nossa opinião, independentemente dos efeitos que a disseminação de ideias 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 discurso de ódio, foi seguida e aprofundada por outros tribunais inferiores, sendo 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.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 talvez estes caçadores do vício tenham a sua dose de razão. Afinal, vivemos todos numa sociedade cheia de preconceito, cujas práticas sociais tendem a reproduzir e reforçar as suas estruturas de hierarquia e dominação. Assim, por sermos enraizados, somos todos de alguma maneira racistas, machistas e homofóbicos, ainda que sem perceber. Por isso,

grande parte dos nossos atos expressivos certamente contém, ainda, os traços destes nossos preconceitos.

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, sobre a qual reinariam soberanos os censores presentes, 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 existe um meio termo, representado pela ponderação, pelo princípio da proporcionalidade, 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 ideias 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.

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 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.

6. REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

GAGLIARDONE, I.; GAL, D.; ALVES, T.; MARTINEZ, G. **Countering Hate Speech** © UNESCO 2015.

GUIMARÃES, J.; LIMA, Venicio A. **Liberdade de expressão: As várias faces de um desafio.**

JUNIOR, Álvaro R. **Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação - Limites e Formas de controle.**

OMMATI, José Emilio Medauar. **Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na constituição brasileira de 1988.2006.149f.** Tese (Doutorado) Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUPREMO Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>> Acesso em: 01 dez. 2006.
SUPREME Court Judgments. By Supreme Court Reports Volume. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/index.html>>

