

Liberdade de expressão e a questão do discurso de ódio

Aluna: Carolina Henrique da Costa Braga

Orientador: Fabio Carvalho Leite

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é direito reconhecido como fundamental e protegido como tal por diversos tratados internacionais de direitos humanos, assim como se encontra previsto em todas as ordens constitucionais democráticas.

A existência de fóruns públicos de debate é essencial para a saúde de um sistema democrático, pois assegura o autogoverno de uma sociedade assim como a formação e circulação de idéias permitindo que indivíduos conheçam opiniões alheias e formem suas próprias. Garante também, outros direitos fundamentais como a liberdade religiosa.

No entanto, nem todos os tipos de expressão são igualmente protegidos¹ sendo possível que alguns sofram maiores restrições que outros.

Em meio à amplitude do tema, este trabalho pretende analisar o tópico considerado como o limite da liberdade de expressão: *o hate speech*.

O discurso de ódio representa uma ruptura em relação à maioria das formas de expressão, junto com a pornografia, pois diferentes destas permite um discurso de opressão, por vezes de destruição, de certo grupo de pessoas. Seus efeitos podem ser tão danosos que, para muitos, permitir tal discurso configuraria um abuso da liberdade de expressão. Para os defensores da liberdade de expressão, por outro lado, deve-se aturar este tipo de discurso pois

¹ A própria Suprema Corte americana já expos o entendimento de que certas expressões não fazem parte do núcleo da 1ª emenda e portanto são menos protegidos, podendo sofrer restrições.

se trata de uma garantia da própria liberdade de expressão, que deve ser a mais ampla possível para que possa ter a eficácia desejada.²

Pretende-se verificar, neste trabalho, se seria possível uma restrição da liberdade de expressão em casos de discurso de ódio e como se daria tal restrição. Para tal o estudo centra-se na análise do debate que ocorre atualmente nos Estados Unidos sobre o tema focando em trabalhos doutrinários.

Dá-se especial destaque aos debates surgidos nos campus de diversas universidades americanas que levaram à criação de leis proibindo o *hate speech*.

Após visa-se analisar a questão do discurso de ódio no Brasil. Será utilizada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para que se possa observar como é tratado o tema pelos juristas brasileiros. A seguir se estuda também o projeto de lei contra a homofobia, que pretende proibir o *hate speech* em relação aos homossexuais.

Antes, no entanto, de dar início a estas análises é necessário uma referência preliminar aos fundamentos da liberdade de expressão, assim como ao moderno conceito de discurso e aos efeitos danosos que podem ser gerados pelo *hate speech*.

2. Fundamentos da liberdade de expressão

É do conhecimento geral que o princípio da liberdade de expressão é de fundamental importância para qualquer Estado Democrático a tal ponto que dizê-lo chega a ser considerado como redundante. O Brasil não é uma exceção a esta regra, consagrando tal princípio como fundamental, inserindo-o no rol de princípios basilares do estado, elencados no art.5 da Constituição de 1988.

² “An Austrian journalist, Peter Michael Lingens, had written articles charging a politician with the “basest opportunism.” The politician sued for libel, and the Austrian courts awarded him damages. Lingens went to the European Court of Human Rights, which found that the libel judgment against him violated the Convention on Human Rights – its clause guaranteeing freedom of expression. That freedom, the court said, “constitutes one of the essential foundations of a democratic society...It is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favorably received or regarded as inoffensive...but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’.” In other words, as Justice Oliver Wendell Holmes Jr. of the United States Supreme Court said, “Freedom for the thought that we hate.””. LEWIS,Anthony “freedom for the Thought that we hate – A Biography of the First Amendment Ed. Basic Books, New York, p. 9 – 10.

No entanto, a real importância deste princípio é muitas vezes ignorada pela doutrina e, principalmente, pelo judiciário. Os tribunais superiores do ordenamento brasileiro correntemente, em casos que tratam de liberdade de expressão, tendem a afastá-lo sumariamente em prol de outros princípios.

Devido a este tratamento este trabalho pretende, antes de ingressar na discussão principal, a possibilidade ou não de restrição da liberdade de expressão em casos de *hate speech*, lembrar a importância deste princípio para que se possa melhor compreender as reais dificuldades do tema e as consequências de uma eventual restrição.

2.1. Liberdade de expressão como direito preferencial

Desde o século XVII que diversos pensadores já apontavam para a importância da liberdade de expressão. Surgiram diversas teorias, algumas compreendendo tal direito como um fim em si mesmo e outras que o compreendiam como um fim a possibilitar o exercício do autogoverno em uma sociedade democrática ou a livre circulação de informações e opiniões.

Espinosa já apontava para os graves riscos que uma eventual supressão da liberdade de expressão poderia trazer para a sociedade defendendo que “em um estado democrático (...) os governantes devem conceder aos cidadãos a liberdade de expressão e opinião de modo a que, mesmo que todos professem opiniões diversas e até contrárias, vivam em harmonia.”³

Tal orientação foi retomada no século XIX por John Stuart Mill apontando que ainda que toda a humanidade, menos uma pessoa, fosse de uma mesma opinião, a humanidade não teria o direito de silenciar esta única pessoa, da mesma forma que esta pessoa, se tivesse poder para tal, não teria o direito de silenciar a humanidade⁴.

Para Mill uma restrição no direito à liberdade de expressão constituiria em um roubo à raça humana, ainda mais para aqueles que discordam da opinião do que para os que concordam com ela. Isso por que, conforme esclarece Stuart Mill, se uma opinião é certa, a

³MELLO, Rodrigo Gaspar, tese de mestrado “A censura judicial como meio de restrição da liberdade de expressão – Análise comparativa da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Suprema de Justiça da Nação argentina e do Supremo Tribunal Federal”, pg.8.

⁴ MILL, John Stuart “On liberty”, p.60

sociedade é privada de trocar a opinião errada pela certa; se errônea, eles perdem a possibilidade de uma percepção mais clara da verdade, produzida pela colisão com o erro⁵.

O pensamento de Mill exerceu, e ainda exerce, grande influência nas teorias de defesa da liberdade de expressão, principalmente na doutrina norte-americana, ajudando a criar o que se convencionou denominar de caráter preferente do direito à liberdade de expressão.

Segundo esta visão, se defende que, quando em confronto com outros direitos fundamentais, deve prevalecer preferencialmente (para alguns em caráter absoluto) a liberdade de expressão pelas seguintes razões: (a) a liberdade de expressão é condição necessária para a existência de um autogoverno democrático; (b) permite a formação do livre mercado de ideias⁶ de forma a permitir que uma sociedade possa ser plural, além de democrática; (c) assegura o exercício livre da crítica; (d) permite aos indivíduos a auto-realização pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade.⁷

Qualquer forma de democracia exige discussão pública e plural e a melhor maneira se assegurar o fluxo de informações e o debate é através da liberdade de expressão permitindo que qualquer pessoa possa opinar não importando quão impopular seja sua mensagem. Conforme explica Daniel Sarmento:

“o ideal democrático norteia-se pela busca do autogoverno popular, no qual os cidadãos podem participar com igualdade e liberdade da formação da vontade do Estado. (...) Mas, para que ela seja consciente e efetiva, as pessoas devem ter amplo acesso a informações e pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar livremente as suas próprias convicções.”⁸

Dessa forma, se permite uma ampla manifestação da sociedade nos assuntos políticos e de interesse social tornando possível o autogoverno.

Além disso, o livre debate permite a possibilidade de se alcançar a melhor decisão possível. A teoria do livre mercado de ideias, conforme explica Stuart Mill, permite o embate

⁵Idem, p.60

⁶ A noção do livre mercado de ideias foi construída por John Stuart Mill - MILL, John Stuart “On liberty”

⁷ MELLO, Rodrigo Gaspar, tese de mestrado “A censura judicial como meio de restrição da liberdade de expressão – Análise comparativa da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Suprema de Justiça da Nação argentina e do Supremo Tribunal Federal”, pg.13

⁸ SARMENTO, Daniel “Livres e Iguais - Estudos de Direito Constitucional” 2ª tiragem Ed. Lumen Juris 2010, pg.281

de diferentes posições em um ambiente robusto e livre de intervenção do qual se consagrará vencedora a melhor opinião. Para ele, uma opinião geral raramente contém toda a verdade e só estará completa com a colisão com as opiniões contrárias e mesmo que a ideia aceita englobe toda a verdade, ela perderá suas bases racionais e será assimilada como preconceito se não for continuamente contestada.⁹

Tal concepção foi adotada por Oliver Wendell Holmes Jr. que defendeu que “a verdade é concebida como algo relativo, que só pode ser avaliado pelo mercado contra o pano de fundo de um encontro livre e aberto entre diferentes opiniões”¹⁰. Seguindo essa lógica, a Suprema Corte americana entendeu que o Estado estaria proibido de suprimir qualquer tipo de discurso com base apenas em um ponto de vista, ou seja, as diferentes ideias não podem ser excluídas *a priori*, apenas refutadas *a posteriori*, após sua consideração e discussão através do mercado. A exceção seria no caso de haver um “perigo real e iminente”.

Tal debate só será possível caso a liberdade de expressão seja garantida da forma mais ampla possível de forma a evitar o denominado *chilling effect*, ou seja, o resfriamento do discurso por temor de uma censura ou punição pela opinião expressa.

Por fim, em relação ao livre desenvolvimento da personalidade, a livre circulação de ideias permite ao homem a formação de sua própria personalidade ao possibilitá-lo de desenvolver e manifestar todas as suas potencialidades criativas, bem como de conhecer as potencialidades uns dos outros e, assim, continuar a se desenvolver. Nesse sentido, a liberdade de expressão seria um fim em si mesmo, por ser parte essencial da liberdade do homem.

Estes são, em síntese, os principais argumentos de justificação do direito à liberdade de expressão.

2.2 O discurso como ação

Segundo a doutrina clássica da liberdade de expressão tal direito fundamental deve ser protegido até o limite em que a linguagem seja capaz de gerar uma conduta perigosa.¹¹ Esse entendimento, construindo pela jurisprudência da Suprema corte americana tem como base a

⁹ Mill “On liberty”, p.94 – 95.

¹⁰ Compilações da Universidade de Coimbra “liberdade de expressão” pg.247

¹¹ Teoria do “*present and perfect danger*”

noção tradicional de linguagem como meramente descritiva. Para essa corrente há uma separação entre o sujeito e o objeto e entre linguagem e ação.

Essa visão tradicional tem sido criticada modernamente e afastada por novas teorias, entre elas a apresentada por J. L. Austin, que foi o primeiro a tratar a linguagem como ação.

Para Austin, a linguagem é uma forma de ação, um mecanismo que interfere no real, deixando de ser uma mera descrição da realidade. Ele chama esta nova forma de linguagem de ato performativo.

O ato performativo, segundo Austin, se subdivide em três: ato locucionário, ato ilocucionário e o ato perlocucionário. O primeiro ato produz os sons que pertencem a um vocabulário e a articulação entre sintaxe e semântica. Em outras palavras é a simples realização de um ato de dizer alguma coisa. O segundo é o ato de realização de uma ação através de um enunciado. Por fim, o último, é o ato que produz o efeito no interlocutor.¹²

A partir da teoria de Austin as afirmações não somente dizem sobre o mundo, mas também fazem algo no mundo. A ação não é mais puramente descrita, mas sim praticada. A fala produz um ato que tem uma força e gera um efeito.

Essa mudança de entendimento levou a um reexame de diversos temas relativos à linguagem, inclusive no campo da liberdade de expressão. A visão da linguagem como ação gerou a criação, no campo do *hate speech* do termo “*words that wound*” levando ao entendimento de que certas formas de linguagem são, por sim só, prejudiciais, gerando danos a quem são direcionadas.

Os estudiosos do tema se dividem sobre a classificação do *hate speech* como um ato ilocucionário ou perlocucionário. Conforme explica Judith Butler, o primeiro seria um discurso em que a ação ocorre no momento em que há a fala e o segundo seria um discurso que produz certos efeitos como consequência, ou seja, os efeitos são diferentes do ato de fala em si.¹³

¹² VIDAL, Adriana, tese de doutorado “A Constituição da mulher brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembléia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional”, defendida em 11 de abril de 2012, p.30-31

¹³ BUTLER, Judith “*Excitable speech: A politics of the performative*”, p.3.

Para MacKinnon, dentre outros, o *hate speech* deve ser entendido como discurso ilocucionário, pois ele não apenas age sobre o ouvinte, mas também contribui para a constituição social da pessoa a que foi dirigido.

Para essa corrente, tal discurso reinvoca uma estrutura de dominação e a reconstitui, ou seja, ele relembra ao ouvinte sua posição na sociedade e, dessa forma, causa a injúria. Em outras palavras, o discurso não apenas reflete uma relação de dominação pré-existente, mas gera dominação, pois renova essa relação. Logo, o *hate speech* não descreve uma ofensa ou a produz como consequência, ele é a ofensa em si mesma, sendo essa ofensa entendida como subordinação social.¹⁴

Nesse caso, o *hate speech* pode ser entendido como um mecanismo de reprodução das relações de poder.

Isso por que certas denominações, "nomes", tem uma história que é invocada e reconstruída toda em que este nome é utilizado. Essa utilização está, então, ligada a um trauma social, que é lembrado, de forma implícita, toda vez que esse nome é repetido subjugando o ouvinte.

Esse é o principal argumento utilizado ao se defender a restrição do *hate speech*, pois ele não apenas renova relações de subordinação social, sofridas por grupos oprimidos na sociedade, como também impede que estes grupos sejam capazes de oferecer oposição, devido exatamente a esta subjugação a que são expostos. Esses e os demais argumentos a favor da restrição do *hate speech* serão aprofundados oportunamente no próximo capítulo.

Interessante constatar que, segundo Butler, o fato desse tipo de discurso carregar um trauma não é razão suficiente para proibi-lo.¹⁵

Ser denominado por outro é sempre traumático e não há como purificar a linguagem completamente. Além disso, não haveria outra forma de superar o trauma que não através de um esforço para direcionar o curso de sua repetição e, assim, abrir novas possibilidades.

Seguindo essa linha de argumentação, Butler defende o *hate speech* como ato perlocucionário. Portanto, tal discurso produz efeitos injuriosos apenas até o limite em que ele

¹⁴ Idem, p.18

¹⁵ Idem, p.38

produz certos efeitos. Se outros efeitos seguirem ao discurso seria possível a apropriação e recontextualização destes efeitos.¹⁶

Conforme exposto, esta nova teoria dos atos de fala levou os pensadores da liberdade de expressão a se dividirem quanto à possibilidade ou não de restrição do *hate speech* devido aos efeitos nocivos que se constatou que podem ser gerados.

Esse debate, rico em argumentos de ambos os lados, será o tópico do capítulo a seguir.

3. O debate entre Liberdade de expressão e *hate speech* nos EUA

3.1. Surgimento do debate

A partir do último século, a Suprema Corte americana vem desenvolvendo a chamada doutrina da liberdade de expressão, tornando a proteção garantida pela primeira emenda a mais abrangente possível.

Conforme exposto anteriormente, tanto a doutrina como a jurisprudência tradicional norte americana consideram a liberdade de expressão de extrema importância e, por isso, entendem que ela deve ser mantida livre de restrições.

Com este intuito foram dadas diversas justificativas. Para alguns, a liberdade de expressão¹⁷ tem um caráter instrumental e daí deriva sua importância. Trata-se de uma “aposta” de que tal liberdade trará mais bem do que mal para a sociedade.

Uma segunda justificativa defende que a liberdade de expressão tem valor não apenas em virtude das consequências que provoca, mas, principalmente, por que faz parte da essência de uma sociedade justa, na qual cada indivíduo retém sua autonomia e dignidade de forma

¹⁶ Ibidem, p.39.

¹⁷ “Free speech is said to be important, for example, because, as Holmes declared in his *Abrams* dissent, politics is more likely to discover truth and eliminate error, or to produce good rather than bad policies, if political discussion is free and uninhibited. Or for the reason Madison empathized: that free speech helps to protect the power of the people to govern themselves. Or for the more commonsense reason that government is less likely to become corrupt if it lacks the power to punish criticism.” DWORKIN, Ronald – “Freedom’s Law – The moral reading of the American constitution”, Ed. Harvard University Press, 1996, p.200.

que nem uma autoridade nem uma maioria podem impor a sua opinião a eles sob o argumento desta ser melhor para a sociedade.¹⁸

A doutrina da liberdade de expressão se estruturou de forma a obrigar o Estado a manter uma posição neutra permitindo-se assim uma ampla manifestação de opiniões, ainda que impopulares ou desprezíveis.

No entanto, em meados da década de 90, diversos estudiosos, como os movimentos feministas, dentre outros, ganharam força apontando os diversos problemas sociais que perduram na sociedade americana, como o racismo e o sexismo, sobre os quais o livre mercado de ideias é menos eficaz. O discurso, argumentam, é menos efetivo onde a sua eficácia é mais requerida.

Como confirmação dessa afirmativa, em diversas universidades por todo o país ocorreram casos de violência racial de forma que algumas optaram por criar regras internas proibindo opiniões ofensivas contra pessoas em razão de sua etnia, religião ou orientação sexual.

Diante de tais regras, muitos defensores da liberdade de expressão se insurgiram contra elas, alegando ser uma violação à este direito. Apontam que estas são excessivas, devendo haver outras soluções mais benignas para o problema e que podem vir a se tornar uma censura para as discussões nos campos das universidades.

Além disso, pode-se apontar também o risco de tal restrição se expandir para outros tipos de discurso dentro do campus (*slipery slope theory*).

Por outro lado, os favoráveis à proteção da igualdade defendem que tais restrições certificam um tratamento mais isonômico¹⁹ nos campus além de impedir que violência contra grupos minoritários se expanda.

Essas regras levantaram o debate já existente entre esses grupos antagônicos.

¹⁸ Idem

¹⁹ “Martha Minow (...), points out that “neutrality does not mean no state regulation. The state is not neutral when it permits some private groups to wield power over others.” – DELGADO, Richard & STEFANCIC, Jean “ Must we defend Nazis? – Hate speech, pornography and the new first amendment”, Ed. New York University Press, 1997, p.55.

3.2. Os argumentos pros e contra a restrição da liberdade de expressão

Os defensores à restrição à liberdade de expressão apontam que o discurso ofensivo (*hate speech*) deve ser limitador em função do mal que causa a quem é dirigido.

Conforme visto no capítulo anterior, este tipo de discurso fere a própria dignidade e auto-estima de seu destinatário, de forma que interioriza a mensagem insultuosa e passa a definir a posição deste na sociedade, assim como a das gerações futuras.²⁰

Diante desse discurso, o destinatário se vê diante de uma escolha: ou ele opta por odiar a si mesmo, assimilando a cultura imposta, ou renegar a si mesmo e sua identidade.

Além disso, a estigmatização atinge também a sociedade, pois impede a realização do ideal de igualdade, já que algumas pessoas são continuamente objeto de degradação por não representarem um ideal. Em outras palavras, o discurso de ódio contribui para a manutenção de um sistema de classes.

Quanto à possibilidade de restrição à liberdade de expressão especificamente, argumenta-se que a Suprema Corte já decidiu em *Chaplinsky v New Hampshire* que palavras capazes de, por si mesmas, causar injúria não estão protegidas pela primeira emenda.²¹ Tampouco teria caráter político, pois aquele que fala não tem a intenção de informar ou disseminar uma opinião, mas meramente de ferir a vítima, logo, não poderia ser parte do núcleo da primeira emenda, sendo, portanto, alvo de menor ou nenhuma proteção.

Apointa-se que o *hate speech* deve ser restringido, pois seu valor é mínimo, se não nulo, e contrário a todos os valores da liberdade de expressão, que podem ser resumidos em três principais: formação do indivíduo, descobrimento da verdade e a possibilidade de participação de todos os indivíduos nas decisões da comunidade.

Em relação ao primeiro, a ideia de melhoramento individual através do contato com diversas opiniões não pode ser atingida através de ofensas à identidade de um grupo ou indivíduo, estas, ao contrario, reduzem o crescimento individual, ao invés de ampliá-lo.

²⁰ "According to psychologist Kenneth Clark, "Human beings (...) whose daily experience tells them that almost nowhere in society are they respected and granted the ordinary dignity and courtesy accorded to others will, as a matter of course, begin to doubt their own worth." Minorities may come to believe the frequent accusations that they are lazy, ignorant, dirty and superstitious." *Idem*, p.5

²¹ "...words which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace are not protected by the first amendment." Ver *Chaplinsky*

Conforme apontam os autores clássicos da liberdade de expressão, no contexto do livre debate de opiniões, irão prevalecer as melhores ideias, aquelas consideradas como mais “corretas” e que beneficiem a sociedade.

No entanto, as manifestações de ódio não têm, como regra, a intenção de informar ou convencer o ouvinte, ao contrário, elas abafam o debate ao impedirem seu alvo de responder adequadamente, pois o colocam em uma posição de inferioridade.

Por fim, a liberdade de expressão visa a garantir uma sociedade democrática. Conforme as palavras de Daniel Sarmento:

“Ela permite que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de ideias, em que todos os grupos e cidadãos devem poder participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos pelos seus pares.”²²

Sendo assim, pode-se entender que, para que o autogoverno seja possível pressupõem-se a igualdade entre todos os participantes. Ocorre que, o *hate speech* trabalha em sentido contrário, contribuindo para o alargamento das desigualdades existentes e impossibilitando uma participação isonômica da população.

A manifestação odiosa desiguala as pessoas retirando seu poder de manifestar suas opiniões e de serem ouvidas perante a coletividade. Por esse motivo, diversos estudiosos, como Catharine MacKinnon e Richard Delgado, entre outros, defendem que a democracia estará mais bem protegida com a restrição da liberdade de expressão, ao invés de sua proteção.

Do outro lado, se encontram aqueles contrários, a princípio, a uma limitação à liberdade de expressão.

Primeiramente, cabe apontar seus argumentos em relação ao por que da necessidade de a liberdade de expressão se manter livre.

O argumento tradicional da liberdade de expressão, oferecido por Madison, não explica por que uma maioria não poderia impor uma censura sobre algum tema que eles acham que deve ser restringido, através do qual se obterá uma melhoria para a sociedade.

²² SARMENTO, Daniel “Livres e iguais – Estudos de Direito Cosntitucional” Ed. Lumen Juris, 2010, p.237.

De fato, a expansão sofrida pela liberdade de expressão após a primeira guerra mundial se deu mais no sentido de diminuir, ao invés de expandir, o poder da maioria.

Essa expansão, pela justificativa de Holmes, corrobora que existe uma maior chance de se encontrar a verdade se nenhuma ideia for excluída do debate. Mas tal argumento não justifica a proteção concedida aos discursos de ódio pela Suprema Corte, em casos como *Brandenburg v. Ohio*²³ ou em *R.A.V. v. St. Paul*²⁴, pois o mercado de ideias não ficaria prejudicado com o silêncio desses grupos.

No entanto, considera-se importante proteger, nas palavras de Holmes, inclusive os discursos que odiamos. Isso é crucial por que define a premissa central da liberdade de expressão: que o fato de uma ideia ser odiosa, ou de apresentar problemas para as demais ideias não é motivo o suficiente para sofrer censura.

Além disso, há o perigo da norma restritiva acabar proibindo mais do que se pretende originalmente, pois dificilmente há como se definir perfeitamente o objeto a ser limitado.²⁵

Conforme aponta Ronald Dworkin, seria no mínimo inconsistente com o ideal americano de respeitar as pessoas como seres responsáveis, escolher o que elas podem ou não ler com base em um julgamento sobre o que iria melhorar seu caráter, ou ainda com base no que poderia fazer com que elas tivessem uma visão incorreta sobre algum assunto.²⁶

O próprio Dworkin concede que em alguns casos a restrição é possível quando direcionada a proibir um discurso eminentemente perigoso, como a incitação de uma multidão à violência, ou uma opinião que seja particularmente ou desnecessariamente inconveniente,

²³ Nesse caso foi decidido que não se puniria um integrante da Ku Klux Klan que, em uma reunião do grupo declarou que “The nigger should be returned to Africa, the Jew returned to Israel,”

²⁴ Nesse caso Robert Viktora foi processado por queimar uma cruz no quintal de uma família negra na cidade de St. Paul. A Suprema Corte o absolveu considerando a lei da cidade, que proíbe que se utilize qualquer símbolo capaz de causar raiva, alarme ou ressentimento em outros em razão de seu sexo, raça ou religião, violadora da primeira emenda por ser excessivamente abrangente e parcial.

²⁵ Por exemplo, Catharine MacKinnon, junto outras proeminentes feministas, propôs um projeto de lei em Indianapolis, Indiana que proibiria a pornografia. O projeto definia pornografia como “the graphic sexually explicit subordination of women, whether in pictures or words” e especificava, dentre o material que encaixava nessa categoria, aqueles que mostravam a mulher desfrutando de dor, humilhação ou estupro, ou ainda sofrendo torturas ou em posição de submissão. No entanto, tal definição acabaria por incluir literaturas clássicas como *Ulysses* de James Joyce ou *Memoirs of a Woman of Pleasure de John Cleland*. - DWORKIN, Ronald – “Freedom’s Law – The moral reading of the American constitution”, Ed. Harvard University Press, 1996, p.217.

²⁶ DWORKIN, Ronald – “Freedom’s Law – The moral reading of the American constitution”, Ed. Harvard University Press, 1996, p.208.

como um carro de som de madrugada em áreas residenciais. Mas nada deve ser censurado por que a mensagem é ruim, ou expressa algo que não deve ser ouvido.²⁷

Se fosse permitida a censura das ideias que a maioria das pessoas odeia, esvaziar-se-ia a liberdade de expressão já que não há necessidade de se proteger ideias agradáveis. A essência da liberdade negativa²⁸ é exatamente possibilidade de ofender, e esse direito se aplica tanto para as ideias humilhantes quanto para as heróicas.²⁹

Em relação aos argumentos utilizados por aqueles a favor da regulação, foi apontado que o *hate speech* restringe, ou nega completamente, a liberdade positiva dos grupos minoritários pois interfere em seu poder de participar do mercado de ideias em igualdade com os demais participantes.

Segundo esse argumento as manifestações de ódio seriam não uma consequência ou sintoma de como esses grupos minoritários tiveram sua identidade reconstruída por outras pessoas, mas uma importante causa dessa reconstrução.

Segundo Dworkin, essa afirmação seria implausível, pois tais discursos, embora revoltantes, não tem a abrangência necessária, pois não atingem um público grande o suficiente para exercer tal influência. Não seria surpreendente que se comprovasse, através de diversas pesquisas, que outros mecanismos mais discretos, se utilizando de subterfúgios, exerçam muito mais influência como veículo gerador da reestruturação da identidade desses grupos.³⁰

De fato, como o Juiz Easterbrook declarou, é preciso que o governo deixe para as pessoas a avaliação das ideias, pois seja ela boa ou ruim uma ideia tem poder apenas na medida em que sua audiência permita que o tenha.³¹

²⁷ Idem, p.218.

²⁸ Isaiah Berlin, professor de teoria política e social de Oxford, em seu tratado "Two Concepts of Liberty", explica que há dois sentidos para liberdade: a liberdade negativa que é o direito do indivíduo de não ser impedido de fazer o que desejar; e a liberdade positiva que seria o poder de controlar ou participar em decisões públicas. (DWORKIN, Ronald – "Freedom's Law – The moral reading of the American constitution", Ed. Harvard University Press, 1996, p.215).

²⁹ Idem, p.218-219

³⁰ "Sadistic pornography is revolting, but is not in general circulation, (...).It seems unlikely that it has remotely the influence over how women's sexuality or character or talents are conceived by men, and indeed by women, that commercial advertising and soap operas have." – Idem, p.220.

³¹ Idem, p.221.

3.3. Posição atual do direito norte-americano

Ambos os grupos estão munidos de argumentos fortes, que devem ser seriamente considerados, assim como ambos estão representados por autoridades de diversos campos do conhecimento.

Embora o debate esteja acirrado, e apesar das diversas normas das universidades, assim como projetos de lei como o de Catharine MacKinnon, a jurisprudência da Suprema Corte permanece inalterada, suas decisões sempre favorecendo a liberdade de expressão e declarando as leis inconstitucionais por contrariarem a primeira emenda.

No entanto, autores como Richard Delgado acreditam estar ocorrendo uma mudança, embora lenta, para o que ele nomeia de *First Amendment legal realism*. Entretanto, como o direito norte-americano se baseia principalmente em precedentes judiciais é difícil de verificar se e como esta dita mudança poderá ocorrer.

4. Liberdade de expressão e *hate speech* no Brasil

Enquanto o debate se desenrola no direito norte-americano, assim como em diversos países europeus, no Brasil o tema é recebido com silêncio quase absoluto pela doutrina e jurisprudência, salvo raras exceções.

Dentre essas exceções, entre elas Daniel Sarmiento, parece haver um consenso pela defesa da restrição da liberdade de expressão no que concerne às manifestações de ódio pelos argumentos já apontados anteriormente. No entanto, mesmo posicionando-se pela limitação do discurso, esses autores apontam que tal restrição deve se dar com a máxima cautela, pois “...É preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a auto-realização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o “politicamente correto”, vigentes em cada momento histórico.”³²

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwanger*. A ação tratava de uma ação penal por discriminação racial proposta contra Siegfried Ellwanger que escreveu, editou e publicou diversos livros de conteúdo anti-semita que negavam a ocorrência

³² SARMENTO, Daniel “Livres e iguais – Estudos de Direito Constitucional” Ed. Lumen Juris, 2010, p.209.

do holocausto e atribuíam características negativas aos judeus. Por maioria, a Corte entendeu que deveria prevalecer a igualdade racial e a dignidade humana das vítimas da manifestação racista em prol da liberdade de expressão, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Brito. Assim, a Corte entendeu pela negação do *Habeas Corpus* e a favor da condenação.

No entanto, constata-se que essa decisão não apresenta nenhum consenso entre os votos dos Ministros. Cada qual deu prevalência aos direitos da personalidade por motivos inteiramente diferentes entre si. Cabe apontar, apenas a título exemplificativo, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que se apoiou principalmente no instituto da ponderação, entendendo ele que a condenação atenderia aos três elementos da ponderação: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

“É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. (...) Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. (...) A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proteção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório.”³³

O Ministro Celso de Melo, por sua vez, considerou em seu voto que merece prevalecer a condenação argumentando, resumidamente, que a liberdade de expressão não pode proteger manifestações revestidas de ilicitude penal.³⁴

A Ministra Ellen Grace defendeu a condenação com base no entendimento de que a conduta do acusado configurou a prática de racismo e, portanto, a condenação pelo crime é válida.³⁵

³³ HC 82.424-2 Rio Grande do Sul, p. 33-34.

³⁴ Idem, p. 17-18.

³⁵ Idem, p.7.

Conforme exposto, a decisão da Suprema Corte carece de uniformidade, demonstrando a ausência de consenso dos julgadores sobre o assunto. Além disso, constata-se que dentre os Ministros que foram a favor da restrição da liberdade de expressão nenhum abordou com a profundidade necessária os argumentos verificados no debate no direito norte-americano.

Tal fato reflete um comportamento que vem se repetindo na jurisprudência pátria. Embora a maioria dos tribunais aponte a importância da liberdade de expressão para o ordenamento brasileiro, assim como para a democracia, tendem a dar sempre prevalência aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana, sob o argumento de não ser uma liberdade absoluta.

Na verdade, o que ocorre é um afastamento da liberdade de expressão sempre que ela colide com os direitos da personalidade. Sob o argumento desta liberdade não ser absoluta acabam os tribunais, ao contrário, por esvaziá-la. Conforme aponta Cláudio Chequer:

“Pensar que a liberdade de expressão, quando violar os direitos da personalidade (...) deve gerar indenização (pois ocorreu ofensa a direito alheio), na verdade, é dar preferência, em tese, aos direitos da personalidade e considerar a liberdade de expressão, nesse conflito posterior com a intimidade, letra morta. (...) Aceitar outra premissa é o mesmo que disséssemos: a liberdade de expressão pode ser exercida sempre, desde que não atinja os direitos da personalidade.”³⁶

Novamente, resta evidente a ausência de argumentação consistente por parte da jurisprudência brasileira, se satisfazendo esta em afirmar que a liberdade de expressão não é absoluta e, quando muito, apontando a necessidade de ponderação entre princípios, embora este instrumento não seja efetivamente utilizado.³⁷ Dos argumentos utilizados por ambos os grupos debatedores no direito americano, poucos, ou nenhum, são levantados e, dentre esses, quase todos são contrários à liberdade de expressão. Fica a impressão de que no Brasil não existe qualquer controvérsia sobre o assunto.

³⁶ CHEQUER, Cláudio “ A liberdade de Expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* – análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro”, Ed. Lumen Juris, 2011, p.206-207.

³⁷ “Apesar da maioria dos julgados falarem, formalmente, em ponderação, o que se vê, de fato, em muitas decisões, é um esvaziamento completo da liberdade de expressão e uma preferência, algumas vezes implícita, outras até mesmo expressa, aos direitos da personalidade.” – Idem, p.207.

No entanto há diversas ocorrências que demonstram o contrário, em que há casos de *hate speech* que acabam sendo solucionados utilizando-se os argumentos utilizados para proteger os direitos da personalidade. Em outras palavras, o conflito entre liberdade de expressão e o discurso de ódio, no Brasil, se resume a apenas mais um caso de liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade.

Um caso emblemático é o da Federação Israelita do Rio de Janeiro contra o grêmio recreativo e escola de samba Unidos do Viradouro, que ocorreu no carnaval de 2008.

Nesse carnaval, o carnavalesco Paulo Barros pretendia fazer desfilhar um carro alegórico que retratava o holocausto. Informada dessa pretensão, a Federação Israelita do Rio de Janeiro (FIERJ) conseguiu que a Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedesse uma liminar proibindo a exibição do carro sob pena de multa. A juíza que proferiu a decisão alegou que tal exibição seria uma ferramenta de culto ao ódio e banalização dos atos sofridos pelos judeus.

Outro caso emblemático ocorreu em 2010, durante o programa do televisão Bandeirantes, intitulado “Brasil Urgente”, apresentado por José Luiz Datena, no qual este, após apresentar o caso de um assassinato, passa quase uma hora do programa proferindo diversas ofensas contra os ateus. Na decisão, o juiz condenou o apresentador a pagar uma indenização ao autor da ação alegando que, no caso, sua conduta não estava amparada pela liberdade de informação, visto que suas declarações externaram apenas uma opinião pessoal e preconceituosa, desprovida de qualquer caráter informativo ou de interesse público, além de terem conteúdo ilícito.³⁸

Como demonstrado, a falta de discussão pelo poder judiciário sobre o *hate speech* não se espelha em uma ausência de casos em que há o conflito deste tema com os direitos da personalidade ou com a dignidade da pessoa humana.

Além disso, o tema tem sido debatido dentro do poder legislativo com a apresentação do PLC 122/06, projeto de lei que visa a alterar a Lei 7.716, de 1989 para incluir os crimes de discriminação por gênero ou orientação sexual, igualando-os ao de racismo.

³⁸ Processo nº 940/10, 3ª Vara Cível de Taubaté - <http://www.progressosustentavel.com/sentenca.pdf>

O projeto só não foi aprovado ainda devido à polêmica que gerou entre os parlamentares, em especial no que se refere ao artigo que criminalizou as manifestações de pensamento contrárias à homossexualidade decorrentes de fé e noção de moralidade.³⁹

Embora os argumentos levantados tenham sido mais sobre liberdade de consciência e de crença do que liberdade de expressão propriamente, o debate tem acontecido, inclusive com a participação dos grupos religiosos e militantes dos direitos dos homossexuais.

No entanto é preocupante que tal debate esteja ocorrendo sem qualquer participação do poder judiciário. Não se está dizendo que ele deva interferir no processo de produção da lei, já que esta é área de competência do poder legislativo. Entretanto, poderia contribuir para o debate, já que se trata de tema jurídico, pois teriam os aplicadores do direito melhores condições de prover argumentos de forma a enriquecer a discussão. Mais ainda, este debate resultará, muito provavelmente, em uma lei a qual eles terão de dar aplicação nos casos concretos.

5. Conclusão

O presente trabalho visou apresentar a importância da liberdade de expressão, bem como os problemas apresentados pelo *hate speech*.

Frente a esse quadro, verificou-se como a doutrina e a jurisprudência norte-americana analisou esses problemas e o debate que surgiu entre os grupos que defendiam a restrição da liberdade de expressão em relação às manifestações odiosas e os que protestavam que a expressão deve se manter livre.

Por fim, este trabalho apontou como a liberdade de expressão é tratada pelo direito brasileiro, demonstrando a ausência de um debate relevante sobre o tema, ainda mais em comparação com o direito americano. Tal silêncio se torna ainda mais preocupante quando se constata a ocorrência de casos de *hate speech* com decisões em que o problema sequer é levantado pelo judiciário e, principalmente, a existência de projeto de lei visando restringir a liberdade de expressão que muito provavelmente será discutido e votado sem que os estudiosos do direito tenham proferido qualquer ponderação sobre o tema. Os magistrados

³⁹ <http://www.plc122.com.br/plc122-em-pauta-em-maio/#axzz1rqw9nB7r>

serão obrigados a lidarem com a futura lei, após sua publicação, de forma individual, não contribuindo para formar qualquer tipo de consenso sobre o assunto criando, ao contrário, apenas causando maior insegurança jurídica para a sociedade.

7. Bibliografia

1. BUTLER, Judith – Excitable Speech: A politics of the performative – Ed. Routledge, 1997
2. CHEQUER, Cláudio – A liberdade de expressão como direito fundamental *prima facie*: Análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro – Ed. Lumen Juris, 2011
3. DELGADO, Richard e STEFANCIC, Jean – Must we defend Nazis? – Ed. New York University Press, 1997
4. HARE, Ivan e WEINSTEIN, James - Extreme speech and democracy – Ed. Oxford university press, 2009
5. LEWIS, Anthony – Freedom for the thought that we hate: A biography of the first amendment – Ed. Basic Books, 2007
6. MACKINNON, Catharine - Only words – Ed. Harvard University Press, 1996
7. MATSUDA, Mari J.; LAWRENCE, Charles R.; DELGADO, Richard e CRENSHAW, Kimberlè Williams – Words that wound – Ed. Westviw Press, Inc., 1993
8. MILL, John Stuart - On liberty – Ed. The Walter Scott Publishing Co.,Ltd.
9. O'BRIEN, David M. – Congress shall make no law: The first amendment, unprotected expressions, and the U.S. Supreme Court – Ed. Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2010.
10. SANKIEVICZ, Alexandre – Liberdade de Expressão e Pluralismo – Ed. Saraiva 2011
11. SARMENTO, Daniel – Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional – Ed. Lumen Juris, 2010
12. SUNSTEIN, Cass R. – Democracy and the problem of free speech – publicado em 1995, Ed. The Free Press
13. TSEISIS, Alexander – Destructive Messages: How hate speech paves the way for harmful social movements – Ed. New York University Press, 2002