

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RÉGIS TADAO NOSO

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO

Curitiba

2011

RÉGIS TADAO NOSO

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado

TERMO DE APROVAÇÃO

RÉGIS TADAO NOSSO

A liberdade de expressão e o discurso do ódio.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídica da Universidade Federal do Paraná, ela seguinte banca examinadora:

ENEIDA DESIREE SALGADO

Orientador

EMERSON GABARDO – Direito Público

Primeiro Membro

DANIEL WUNDER HACHEM

Segundo membro

AGRADECIMENTO

À professora Dra. Eneida Desiree Salgado, pela atenção, confiança e principalmente paciência para ensinar e demonstrar o caminho correto. Aprendi a encarar a teoria do direito com um olhar mais crítico.

À minha família pelo constante incentivo e ajuda. Às vezes, pequenas palavras ou gestos têm resultados extremamente benéficos na superação de momentos difíceis.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a liberdade de expressão contemporânea, mais especificamente em relação aos limites para o seu exercício. Dentro desse contexto é que surge o problema do discurso do ódio, que é aquele que tem por única e exclusiva função discriminar determinado grupo social. Essa questão traz à tona conflitos entre direitos fundamentais que devem ser resolvidos tendo em vista a construção de uma sociedade democrática mais justa e plural. Com isso, não se quer encontrar todos os limites da liberdade de expressão, mas sim evidenciar que tal direito não é absoluto e, quando necessário, pode, e deve, ser restringido.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Restrição. Discurso do ódio. Caso Siegfried Ellwanger.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE A LIBERDADE	9
2.1. ESTRUTURA CONCEITUAL DA LIBERDADE.....	9
2.2. A LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988...	11
3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	12
3.1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	12
3.2. A ESTRUTURA CONCEITUAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	19
3.3. OS FUNDAMENTOS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	21
4. RESSALVAS À ABSOLUTA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E QUESTÕES POLÊMICAS	24
4.1. A IGUALDADE E O EFEITO SILENCIADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	25
4.2. PORNOGRAFIA.....	27
4.3. CAMPANHAS ELEITORAIS: FINANCIAMENTO E PROPAGANDA.....	29
5. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO	30
5.1. ESTRUTURA CONCEITUAL E DELIMITAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO.....	31
5.2. O DISCURSO DO ÓDIO NO BRASIL E O CASO SIEGFRIED ELLWANGER.....	34
5.3. ARGUMENTOS PARA A RESTRIÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO.....	39
6. CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	47

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um dos direitos mais importantes dos cidadãos. É um direito fundamental inerente ao ser humano e é através dele que se possibilita a participação do indivíduo na vida em sociedade e nas decisões do Estado, ou seja, ele é essencial para autodeterminação do indivíduo. Forma juntamente com outros princípios, tais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, um dos pilares do Estado Democrático. Por isso, eventuais restrições a esse direito não são vistas com bons olhos e, em muitas vezes, são taxadas de inconstitucionais. Nesse contexto é que surge o problema das práticas sistêmicas de discriminação a determinados grupos sociais. O discurso do ódio, ou *hate speech*, tem sido tema de acalorados debates constitucionais na doutrina mundial, principalmente nos Estados Unidos. Ele suscita o conflito entre direitos fundamentais que estão constituídos na própria estrutura das sociedades contemporâneas. Trata-se, em simples definição, de um discurso que tenha por pura e exclusiva função discriminar determinados grupos sociais.

No Brasil, porém, a doutrina não tem tratado o tema com devida profundidade, o que pode suscitar incertezas acerca da abrangência do direito à liberdade de expressão. O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar o discurso do ódio tendo em vista sua teórica incompatibilidade com a liberdade de expressão (vista sob um enfoque absoluto).

No primeiro capítulo será discutido o direito à liberdade (em um sentido amplo), pois esta é o direito-base da liberdade de expressão. Assim, vai se delimitar seu conteúdo e se discutir o papel desempenhado por ela no sistema normativo. Para isso, serão analisadas as múltiplas facetas assumidas pela liberdade bem como seu tratamento conferido pela ordem constitucional pátria, ou seja, a Constituição Federal de 1988.

No capítulo seguinte, discorrer-se-á sobre o princípio da liberdade de expressão propriamente dito. Em primeiro lugar, será apresentado um breve histórico do tratamento dado a esse direito ao longo das Constituições Brasileiras visto que a noção de liberdade de expressão recebeu diferentes tratamentos ao longo das constituições. Demonstrar-se-á que a proteção conferida à liberdade de

expressão varia conforme o grau de democracia de cada sociedade. Nessa primeira fase já é importante destacar que a liberdade de expressão abarca tanto o direito de formar livremente o pensamento, sensações e sentimentos como também o direito de se utilizar as mais variadas formas para exteriorizá-los. Em seguida, serão examinados os motivos pelos quais tal direito passou a ser visto como elementar à sociedade.

No capítulo seguinte serão abordados dois dos principais temas contemporâneos que estão relacionados à liberdade de expressão: a pornografia e as campanhas eleitorais. É de ser ver que tais assuntos são considerados controversos, pois, de alguma forma, limitam o direito à liberdade de expressão. Dessa maneira, examinar-se-á a definição de cada um, bem como os argumentos utilizados para essa restrição.

No quarto e último capítulo passa-se ao estudo do discurso do ódio, que é um desses aspectos polêmicos da liberdade de expressão. Nesse prisma, sua primeira parte será destinada à delimitação daquilo que se entende por discurso do ódio. Tal análise será de suma importância, pois vai se afirmar que todo discurso do ódio deve ser proibido. Na seqüência debruçar-se-á sobre o discurso do ódio no Brasil, analisando o Caso Siegfried Ellwanger. O *habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal no qual seu paciente estava sendo acusado de publicar obras de caráter anti-semita foi um marco na história constitucional brasileira. É através dele que vai se desenhar os limites a que a liberdade de expressão no Brasil está sujeita. A última parte, enfim, será dedicada a oferecer argumentos para a restrição do discurso do ódio.

2. BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE A LIBERDADE

2.1. ESTRUTURA CONCEITUAL DA LIBERDADE

O direito à liberdade tem um caráter histórico, pois foi produto do desenvolvimento das sociedades ao longo do tempo: era reflexo da maneira do homem interpretar o mundo ao seu redor¹. José Afonso da Silva diz que “o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais”.² Assim, é claro que a noção de liberdade ao longo dos anos não foi sempre a mesma: inicialmente, a liberdade dizia respeito ao poder de o indivíduo poder participar ou não da sociedade; estava mais ligada à idéia de participação política. Posteriormente, a liberdade passou a ter um caráter mais individualista, no sentido de impedir quaisquer ações que pudessem interferir no exercício de um direito ou atividade de cada pessoa.³ Esta noção surgiu como uma proteção do indivíduo contra a tirania dos governos. Isso porque o governante pode vir abusar do poder que detém. E este poder, mesmo na sociedade contemporânea, sem controle, é inimigo da liberdade.

Atualmente, porém, não se pode dizer que existe um conceito exato para a liberdade. Na verdade, o assunto está eivado de polêmicas e acepções. Apesar disso, o professor Carlos Eduardo Pianovski ressalva que é preciso reconhecer que “A prevalência de um ou de outro perfil da liberdade pode conduzir a fundamentações diversas que podem acarretar perfis eficaciais também diversos”.⁴ Por isso é preciso analisar os principais perfis da liberdade para que a noção desejada – liberdade de expressão – seja mais bem entendida.

¹ Para Pontes de Miranda: “Os direitos de liberdade individual foram produtos da evolução jurídica e moral dos povos – de alguns povos”. (MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade e Igualdade (os três caminhos)*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1979, pág. 243).

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 231.

³ Como assevera Harold J. Lasky “Define-se geralmente a liberdade como ausência de restrições às garantias necessárias para assegurar um harmonioso desabrochar do indivíduo.” (LASKY, Harold Joseph. *A Liberdade*. Salvador: Progresso Editora, sem data, pág. 7).

⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2009, pág. 12

Há quem entenda a liberdade apenas como ausência de restrições. É a chamada liberdade negativa. Para os adeptos desta teoria, os indivíduos têm o poder de fazer tudo aquilo que não é proibido pelo Direito – restrições essas que devem ser mínimas para o bom funcionamento do Estado. Defendem o Estado mínimo por entenderem que um Estado maior do que o necessário viola os direitos individuais dos cidadãos; aceitam, basicamente, apenas restrições relacionadas aos direitos dos outros indivíduos. Nesse ponto, John Stuart Mill é enfático:

a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a auto-proteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é a auto-proteção.⁵

A liberdade negativa, portanto, estaria no reverso do Estado: as escolhas individuais seriam tão mais amplas quanto menor fossem as coerções do Estado.⁶ Porém tal conceito mostra-se insuficiente. Isso porque se se adotar uma unicidade conceitual para uma palavra carregada de complexidade como a liberdade correr-se-ia o risco de injustificáveis limitações em seu campo de abrangência. Note-se, porém, que não se está desconsiderando tal conceito. Pelo contrário, apenas se está afirmando que essa visão negativa da liberdade é insuficiente e deve ser complementada. Aí que surge a idéia da liberdade sob seu aspecto positivo.

A liberdade sob o ponto de vista positivo está relacionada ao poder do cidadão de participar das decisões políticas de uma sociedade. É a compreensão da liberdade em um sentido de autodeterminação. Assim, refere-se, basicamente, à real possibilidade de se realizar os fins da atividade livre que é, em última instância, a felicidade pessoal. É a liberdade exercida de acordo com a razão pessoal de cada indivíduo, suas convicções. Deste modo, não basta apenas a supressão dos obstáculos que impeçam esta atividade, é preciso que se dê condições e meios indispensáveis à sua realização.

Apesar das divergências conceituais acerca da liberdade, não há como se negar sua enorme relevância. A liberdade é inata ao ser humano, antecede a própria noção de Estado e do Direito. Ela é necessária para o desenvolvimento pleno de

⁵ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: IBRASA, 1963, pág. 33.

⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. Cit., pág. 32.

uma sociedade. Indo além, pode-se afirmar que ela decorre da própria natureza do homem.⁷ Por isso, se se negá-la, está-se rejeitando a essência de cada indivíduo, seu direito de autodeterminação, enfim, seu próprio direito à existência como uma pessoa humana.

2.2. A LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Diz o artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988:

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...

Ora, pela simples leitura deste dispositivo, pode-se constatar que o direito à liberdade é um direito fundamental, e como tal, constitui-se núcleo essencial do texto constitucional brasileiro. Além disso, é uma cláusula pétrea e, assim, não pode ser objeto de qualquer deliberação e/ou proposta de modificação, mesmo que por emenda constitucional. Discute-se, ainda, a íntima relação da liberdade com a democracia: diz-se que é na democracia que a liberdade encontra o seu maior campo de atuação.⁸ Desta forma, o sistema constitucional pátrio protege a liberdade em seus mais diversos aspectos. Isso pode ser visto, por exemplo, em alguns dos incisos do art. 5º: (IV) liberdade de manifestação do pensamento; (VI) liberdade de consciência e de crença; (XI) liberdade de expressão; (XIII) liberdade de ação profissional; (XV) liberdade de locomoção; (XVII) liberdade de associação.

Feitas tais considerações acerca dos institutos gerais da liberdade, passa-se, enfim, para o exame da liberdade de expressão propriamente dito. Para isso, analisar-se-á seu conceito, campo de abrangência e as devidas polêmicas em relação ao assunto.

⁷ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pág. 674.

⁸ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., pág. 234. Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda afirma que apesar da palavra democracia não significar, por si só, liberdade, não há contradição entre as duas: "Por outro lado, a

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão tem papel fundamental na compreensão do estado democrático desde a concepção do estado liberal no século XVII. Ela assume papel essencial no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais na medida em que promove a liberdade individual de pensamento e opinião e garante a autodeterminação política da sociedade. Sempre se considerou que o governo sem a efetiva participação popular se degenera, sendo necessária uma ampla discussão pública dos assuntos de interesse geral.⁹ A própria experiência de países que vivenciaram períodos de ditadura (militares ou civis) mostram a importância teórica e prática do tema. No Brasil, tal contexto não é diferente. Passa-se, pois, à análise das variadas concepções que a liberdade de expressão assumiu ao longo das constituições brasileiras.

3.1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Antes de se examinar a liberdade de expressão da maneira como ela é vista atualmente, necessário se faz um estudo acerca do seu desenvolvimento ao longo dos anos nas constituições pátrias. Para isso, é essencial que se faça referência a duas outras fontes primordiais: a Declaração Francesa e a Declaração Americana.

Logo após a Independência dos EUA em 1776, ocorreu a Declaração dos Estados Americanos. Dentre elas, é importante destacar A Declaração de Virgínia, pois foi a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno. É curioso notar que, apesar disso, a Constituição Americana de 1787, inicialmente não continha nenhuma Declaração de Direitos. Apenas anos depois é que foram

democracia precisa da liberdade, como a liberdade precisa da democracia". (MIRANDA, Pontes de. Op. Cit., pág. 250.)

⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2002, pág. 61.

incluídos dez artigos que continham um rol de direitos fundamentais do homem. Foram as dez primeiras emendas, portanto, que, em 1791, acrescentaram o *Bill of Rights* àquele documento solene. Nesse texto do povo americano, destaca-se a 1ª Emenda:

O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para reparação dos danos..¹⁰

Nota-se que tal Emenda tem por função precípua a de limitar o poder estatal, uma vez que a liberdade de expressão é tida como um direito natural e imprescritível do homem. Vale consignar, por conseguinte, que essa proposição era destinada originariamente à proteção dos indivíduos frente ao governo federal. Porém, com a adoção da “doutrina da incorporação” tais direitos também passaram a ser oponíveis frente aos Estados-membros.¹¹

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi fruto de um clima intelectual que invadiu a França ao longo século XVIII, em razão do pensamento Iluminista. Nela, mostrou-se “a necessidade de estipular como fim da sociedade o asseguramento da liberdade natural do homem”.¹² Por isso, em seu art. 11, está previsto que:

Art. 11: A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei.

Vê-se, aí, mais uma vez, uma clara preocupação com o princípio da liberdade de expressão: confere-se o caráter fundamental deste direito, no sentido de que é inato e inalienável ao ser humano, preexistindo e sobrepondo-se até mesmo ao Estado.

Entendidas as bases teóricas e filosóficas sobre as quais se erigiu o direito fundamental à liberdade de expressão no ordenamento pátrio, convém analisar,

¹⁰ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

¹¹ ROSAS, Roberto. *Suprema Corte Americana: acompanhamento da realidade política e econômica*. Novos estudos jurídicos – ano V – no. 9, setembro de 1999.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 176.

neste momento, as diferenciações de tratamento que tal garantia recebeu em cada momento histórico, já que ele “sofreu variações de acordo com o sistema político adotado e o grau de democracia assegurado em cada Constituição”.¹³

A Constituição Imperial, outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, foi inspirada, sobretudo, nos princípios fundamentais da ideologia liberal - representados pela substituição do poder dos reis para o povo. Foram baseados nesses ideais liberais, por exemplo, que ocorreram as duas grandes revoluções do século XVIII (francesa e americana).

Na Carta de 1824, o pensamento liberal foi determinante para a instituição de um “rol de direitos individuais que era praticamente o que havia de mais moderno na época”.¹⁴ Apesar disso, é nítido, também, as graves seqüelas do absolutismo: havia, além dos três poderes, um quarto responsável por controlar os outros três – o Poder Moderador. Em relação à liberdade de expressão, trazia em seu art. 179, IV:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício desse direito, nos casos e pela forma que a lei determinar.

O texto de 1824, ao positivizar o direito à liberdade de expor os pensamentos, conferiu à liberdade de expressão um caráter de direito fundamental, colocando-o como um direito elementar ao cidadão. Ademais, era expressamente vedada a censura. Apesar disso, é de se ressaltar que já naquele tempo tal direito não era absoluto, pois responsabiliza o emissor por eventuais abusos.

A principal mudança com a promulgação da Constituição da Primeira República se deu no campo político: abandona-se a monarquia e institui-se, de forma definitiva, tanto a Federação quanto a República. A Carta de 1891 ainda estabelecia uma série de direitos e garantias fundamentais. Em seu art. 72, § 12, previa que:

¹³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 56.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. Cit., pág. 104.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

§ 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

É de se notar que a única diferença conferida à garantia da liberdade de expressão em relação à Carta Imperial está na vedação ao anonimato. Aparece pela primeira vez no texto constitucional a proibição do anonimato: trata-se de uma restrição a esse direito.

A Constituição de 1934 foi marcada por indecisões e ambigüidades.¹⁵ Isso porque tentou conciliar um liberalismo democrático, herdado dos ideais de 1891, com o socialismo, marcado por uma forte tendência centralizadora. Ela manteve da Carta anterior os princípios formais fundamentais, mas trouxe inovações em relação ao seu conteúdo. Dentre elas, incluiu, logo após da declaração dos direitos e garantias individuais, um título sobre a ordem econômica e social, com normas baseadas na Constituição Alemã de Weimar. Enfim, foi “um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”.¹⁶ Estabelecia em seu art. 113, 9:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos, concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Como na Constituição de 1891, manteve-se a vedação ao anonimato e a responsabilização por abusos cometidos. Além disso, previa a proibição da censura, mas não de forma absoluta: era permitida em relação a espetáculos e diversões públicas. A novidade, porém, é o surgimento de uma nova restrição à liberdade de expressão, uma vez que se proíbe a propaganda de guerra ou com intenção de subverter a ordem política ou social.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003. pág. 326.

¹⁶ DA SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 82.

Em 10 de novembro de 1937 o presidente Getúlio Vargas revoga a Constituição de 1934 e outorga um novo texto constitucional.¹⁷ Esse documento tem por finalidade, em última instância, institucionalizar um governo autoritário. Instalou-se, portanto, uma verdadeira ditadura, em que o Poder Executivo era centralizado e demasiado forte - tudo isso em nome da paz, da ordem e da segurança pública. Em consequência disso, a liberdade de expressão sofreu severas limitações. Dizia o art. 122, 15:

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

15 – Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

Ora, o que se tem com essa Carta é algo inédito: está-se condicionando o exercício da liberdade de expressão à lei. Assim, pode-se concluir que nas Constituições anteriores a restrição a esse direito era exceção; enquanto que neste texto era regra geral. Não é de se espantar, assim, que se criassem restrições aos direitos individuais e suas garantias. Isso porque se estava diante de um governo antidemocrático, em que a Constituição é radicalmente contrária aos direitos individuais dos cidadãos.

A Carta de 1946 retomou as bases formais fundamentais das Constituições de 1891 e 1934. Pôs-se fim ao regime autoritário e recuperou-se no plano normativo a plena liberdade de pensamento. Foi a Constituição responsável pela redemocratização, resgatando e agregando medidas que melhor assegurassem os direitos individuais. Em seu art. 141, § 5º, dispunha que:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não

¹⁷ Paulo Bonavides e Paes de Andrade afirmam que a Constituição de 1937 foi a única, até então, que não foi resultado de debates e decisões constituintes. Assim, continuam: “Mesmo a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes. Quando o texto já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembléia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado... Por isso, pode-se afirmar que a Constituição de 1937 foi a primeira que dispensou o trabalho de representação popular constituinte”. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., p. 345.)

é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política ou social, ou de preconceitos de raça e de ordem.

Basicamente, a Constituição de 1946 retoma as provisões acerca da liberdade de expressão presentes na Carta de 1937, seguindo uma influência de redemocratização do mundo pós-guerra. Um ponto muito importante a se destacar, por se tratar de assunto diretamente relacionado a presente obra, qual seja o discurso do ódio, é que pela primeira vez na história constitucional brasileira surgiu algo relacionado ao tema: proibiu-se, expressamente, o preconceito de raça e de classe. Cumpre registrar, ainda, que sob a égide dessa constituição foi editado o AI-2 em 27 de dezembro de 1965 que proibia a atividade ou manifestação sobre assuntos políticos. Como se pode ver, estava sendo tirada da sociedade a possibilidade do controle do Estado através da liberdade de expressão.

Após inúmeras Emendas sofridas pela Constituição de 1946, bem com os Atos Institucionais que acabaram por desconfigurá-la, era natural que os militares desejassem um novo Texto Constitucional. Assim, com a promulgação de uma nova Constituição em 24 de janeiro de 1967, a esperança renascia: pensou-se que o arbítrio instaurado pelos atos teria fim e que esse novo Texto poderia ser utilizado como um instrumento de redemocratização. Assim, trazia em seu art. 150, § 8º.

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 8º. É livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não será, porém, tolerados a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Note-se, portanto, que, preliminarmente, não há diferenças substanciais em relação à Carta anterior no que diz respeito à liberdade de expressão. Ela está amplamente assegurada e admite raras exceções, que estão prescritas na própria Constituição. É bom acentuar que formalmente foram mantidos os mesmos direitos e garantias individuais, no entanto, a prática veio por contestar o texto: a lei ordinária estabelecia os termos em que seriam exercidos esses direitos. Nesse contexto, o AI-

5, editado em 13 de dezembro de 1968, veio acabar com as expectativas.¹⁸ Esse Ato, extremamente autoritário, diminuía substancialmente os direitos e garantias individuais conferidos pelo texto de 1967. Isso porque dava poder ao presidente da república de restringir os direitos públicos ou privados dos cidadãos.

A Emenda Constitucional no. 1 de 1969 veio a substituir a Constituição de 1967. Com ela, o Executivo tornou-se ainda mais poderoso, o que suscitou o problema da legitimidade constitucional.¹⁹ No que se refere à liberdade de expressão, apenas acrescentou o termo “as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” ao rol de suas restrições.

A promulgação da Constituição de 1988 veio por restituir a ordem democrática no país. Após anos de autoritarismo e restrições aos direitos fundamentais, essa Carta tem por principal objetivo a plena realização da cidadania. Por isso, traz em seu corpo um extenso rol de direitos e garantias consideradas essenciais, sem as quais não se tem o exercício pleno da cidadania. É a chamada Constituição Cidadã. Em relação à liberdade de expressão, diz o seu art. 5º, IV, XI, e art. 220:

Art. 5º:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de licença ou censura.

Art. 220. A manifestação do pensamento, criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Com tais disposições, a Carta de 1988 restabelece o caráter de direito fundamental da liberdade de expressão. Ademais, como se pode perceber, a Constituição pátria dá grande ênfase na proteção desse direito, vedando todo e

¹⁸ Celso Ribeiro Bastos bem nota que “Esse Ato marca-se por um autoritarismo ímpar do ponto de vista jurídico, conferindo ao Presidente da República uma quantidade de poderes de que muito provavelmente poucos déspotas na história desfrutaram, tornando-se marco de um novo surto revolucionário, dando a tônica do período vivido na década subsequente”. (BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit., p. 142.)

¹⁹ Nesse sentido, Paulo Bonavides e Paes de Andrade afirmam: “É o Governo com a supremacia do Executivo, iniciando uma fase em que o problema da legitimidade constitucional o preocupava, mas nem por isso o levou a considerar os protestos da sociedade contra a concentração autoritária do poder”. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., p. 352.)

qualquer tipo de censura. Assim sendo, buscou-se privilegiar a liberdade de expressão e suas mais variadas formas com vistas a consolidar a democracia.²⁰

Além disso, o art. 60, § 4, IV ao dispor que

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais

confere à liberdade de expressão a qualidade de cláusula pétrea, o que impede que qualquer meio estatal venha a suprimir ou mesmo a violar seu núcleo essencial. Em outras palavras, tais disposições não podem ser objeto de emendas tendentes a abolir ou alterar normas constitucionais relativas a essas matérias.

Dessa maneira, é grande a resistência por parte das pessoas em permitir que o Estado regule esse campo, a não ser que muito bem justificado.

3.2. A ESTRUTURA CONCEITUAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Assim como se passa em relação à liberdade, não se pode dizer que existe um consenso acerca do conceito da liberdade de expressão. Muito pelo contrário, a grande quantidade de denominações utilizadas na doutrina, na jurisprudência e na legislação só evidencia as imprecisões e polêmicas em relação ao tema.²¹ A própria Constituição de 1988 faz confusões ao positivizar a liberdade de expressão. Isso porque pulverizou ao longo do texto diferentes manifestações de um mesmo direito. Não bastasse isso, ao fazer essa pulverização, o constituinte utilizou-se de diferentes acepções. Assim, tem-se a impressão que a garantia contida no art. 5º, IV, de manifestar livremente o pensamento é diferente do direito de expressar livremente a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX do

²⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., pág. 73.

²¹ Jónatas Machado lembra que “uma construção conceitual das liberdades comunicativas que consiga descrevê-las de modo geometricamente perfeito, parece-nos, no estado actual da teorização, impossível, se é que não o será de todo.” (MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., pág. 372.)

mesmo artigo). Em outras palavras, pode-se pensar que a liberdade de expressão seria algo diverso da manifestação do pensamento.

No entanto, tais disposições não são distintas. Ou seja, o termo que se utilizará para fins deste trabalho – liberdade de expressão – englobará tanto a exteriorização do pensamento, idéias, convicções como também as sensações e os sentimentos. Dessa maneira, está-se considerando a liberdade de expressão em um sentido amplo, como um “direito mãe”.²²

Além de se considerar esse caráter aberto e multifuncional da liberdade de expressão, faz-se necessário expor, ainda, a sua dupla dimensão: uma substantiva e outra instrumental. Em relação a isso, Jónatas Machado diz:

A dimensão substantiva compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento.²³

A dimensão substantiva diz respeito à liberdade de expressão em sua essência. Trata-se da liberdade que um indivíduo tem, a partir de suas concepções e ideais, de formar seu próprio pensamento, livre de coações, e exteriorizá-lo. Está ligada à noção de autodeterminação do indivíduo, pois a liberdade de expressão é primordial para o desenvolvimento das pessoas e, mais do que isso, integra esse desenvolvimento. Por isso, pode-se dizer que o direito em questão, e sua conseqüente importância e proteção, surgiu, *a priori*, em razão desta dimensão.

Já a dimensão instrumental trata da possibilidade de se poder escolher, dentro de uma gama de possibilidades, o meio mais adequado para transmitir suas idéias para os outros indivíduos. Na verdade, ela é uma conseqüência imediata da dimensão substantiva e, mais do que isso, a complementa. Em decorrência dela, por exemplo, surgem as liberdades de comunicação, de imprensa, de radiodifusão, enfim, tudo o que está relacionado com a noção de informar ou ser informado.

Nessa seara é de se destacar a delimitação feita por André Ramos Tavares:

Em síntese, depende-se que a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições,

²² Ibidem, pág. 416.

²³ Ibidem, pág. 417.

com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende.²⁴

Edilsom Farias, entretanto, tem um pensamento distinto. Para ele, essa dimensão instrumental não estaria englobada pela garantia da liberdade de expressão: ela estaria ligada à noção de liberdade de comunicação. Nota-se que ele utiliza a liberdade de comunicação como sendo autônoma em relação à liberdade de expressão. Por isso, propõe a utilização do vocábulo *liberdade de expressão e comunicação*. Em suas palavras:

*A liberdade de expressão tem como objeto a manifestação de pensamentos, idéias, opiniões, crenças e juízos de valor. A liberdade de comunicação tem como objeto a difusão de fatos ou notícias. Tal divisão corresponde ao que comumente é designado por liberdade de opinar e liberdade de informar.*²⁵

Apesar de reconhecer essa dicotomia, vai-se utilizar a liberdade de expressão em um sentido amplo (como na noção apresentada por André Ramos Tavares), englobando as duas noções de Edilsom Farias. Isso porque, ao contrário deste autor, não se está interessado nas diferenças conceituais entre elas, mas sim no resultado prático que a exteriorização de um pensamento pode provocar.

3.3. OS FUNDAMENTOS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conhecer as razões e os motivos para que a liberdade de expressão deixasse de ser vista apenas como um direito, e passasse a ser reconhecida como algo natural ao homem, não parece demasiado. É claro que não se pode esquecer que de nada valerá buscar os fundamentos se o direito em questão não tiver efetiva aplicação.²⁶ Dessa forma, demonstrar-se-á porque a liberdade de expressão ganhou

²⁴ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pág. 578.

²⁵ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, pág. 55.

²⁶ Nesse sentido, Norberto Bobbio discorre que: "a busca dos fundamentos possíveis... não terá nenhuma importância se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado." (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* – Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 9ª reimpressão, pág. 22). Ainda para o autor, até mesmo a busca de um fundamento absoluto para os direitos do homem não é

relevância no Brasil sob o aspecto de três justificações, baseadas nos ensinamentos de Miguel Carbonell: a) o argumento sobre o descobrimento da verdade; b) o argumento da auto-realização pessoal; e c) o argumento da participação democrática.²⁷

Não se pode negar que a liberdade de expressão, através da discussão, é um instrumento necessário para que se descubra a verdade. E a verdade é algo essencial na vida de um indivíduo para que ele forme suas próprias convicções e juízos de valor. Assim, para se alcançar a verdade, é preciso que as pessoas se expressem e discutam todas as idéias apresentadas, ou seja, é indispensável o contraste de opiniões. Até mesmo as opiniões que não se mostrem verdadeiras são úteis, na medida em que ajudam a esclarecer a verdade. Por isso em apenas em raras ocasiões é que se justifica a supressão de uma idéia.²⁸

Todavia, Carbonell alerta que o fundamento da busca da verdade não pode ser único. Isso porque nem sempre em uma discussão chega-se à verdade, haja vista que seus participantes, não raro, não são imparciais. Ou seja, nem sempre as pessoas deixam de lado as convicções pessoais para aceitarem os pontos de vista contrários. Não obstante, a acessibilidade aos meios de difusão dos pensamentos também limitam esse fundamento, pois “pode haver idéias verdadeiras que simplesmente não figuram no debate público, enquanto outras – falsas – se disseminam em grande amplitude.”²⁹

O argumento da auto-realização estabelece que a faculdade que uma pessoa tem de expressar seu pensamento é fundamental para o seu desenvolvimento. Dessa forma, a liberdade de expressão tem um papel de suma importância na sociedade, pois é com ela que cada cidadão forma seu convencimento e, por conseqüência, sua personalidade, delimitando seus ideais de vida. Assim, ao se escolher o caminho para guiar a sua existência, o indivíduo pode estabelecer certas prioridades e descartar os caminhos considerados equivocados. Nesse contexto,

relevante; o que realmente interessa é a sua realização no mundo fático: “Por isso, agora, não se trata tanto de buscar outras razões, ou mesmo a razão das razões, mas de pôr as condições para uma mais ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados.” (Idem, *ibidem*.)

²⁷ CARBONELL, Miguel. *El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Espanha, 2010.

²⁸ FARIAS, Edilson. Op. cit., pág. 65.

²⁹ CARBONELL, Miguel. Op. cit., pág. 23 (tradução livre).

portanto, pode-se afirmar que a liberdade de expressão é elementar para a proteção da dignidade da pessoa humana; é “um elemento produtor de felicidade.”³⁰

Apesar disso, assim como no argumento anterior, há de se fazer ressalvas. Se se considerar a liberdade de expressão somente sob esse aspecto, qual seja da auto-realização, está se considerando que as pessoas coletivas não têm o direito de expor suas idéias, já que este é privilégio das pessoas individuais. No entanto, não é correta essa visão absoluta da liberdade de expressão. Se assim o fosse, por exemplo, estar-se-ia afirmando que os partidos políticos, apesar de não possuírem consciência moral para aspirar uma auto-realização, não teriam o direito de expressar livremente sua filosofia e ideais.

O argumento da participação democrática está relacionado à participação efetiva dos membros da sociedade na seara política: diz-se que a liberdade de expressão é um instrumento de preservação da soberania popular na medida em que constrói e protege a autodeterminação democrática da comunidade política.³¹ É através do debate público que se pode compreender e questionar assuntos de relevância política e, com isso, construir um autogoverno popular, baseado na democracia deliberativa. Chega-se a dizer que a liberdade de expressão é um pré-requisito para um bom funcionamento da democracia. Por isso, é necessária uma esfera de discurso público “robusta, desinibida e aberta”³² que tenham por objetivo favorecer o bom funcionamento das instituições democráticas.

Contudo, assim como nos outros argumentos já analisados, a liberdade de expressão vista sob essa perspectiva não pode ser única. É assim pois há certas modalidades expressivas que não têm relação com a democracia e da mesma forma merecem proteção jurídica.³³ É o caso das expressões artísticas, por exemplo.

Como é possível notar, esses três argumentos não devem ser considerados separadamente; pelo contrário, eles em conjunto formam uma unicidade. Porém, sob a ótica da teoria constitucional atual, não é suficiente que se apresente apenas

³⁰ Ibidem, pág. 24.

³¹ MACHADO, Jónatas. Op. cit., pág. 256.

³² Expressão dita pelo juiz William Brennan na sentença *New York Times vs. Sullivan*. “Thus, we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be **uninhibited, robust, and wide-open**, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.” (*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 – 1964. Voto na íntegra disponível em: <www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/nytvullivan.html>. Acesso em: 10 de março de 2011.)

³³ CARBONELL, Miguel. Op. cit., pág. 25.

os fundamentos para a proteção do direito fundamental. É essencial que se atribua concretude e aplicabilidade a esses direitos. Sendo assim, os direitos fundamentais, inclusive a liberdade de expressão, não podem mais ser considerados como únicas e exclusivas defesas do indivíduo frente ao Estado. O indivíduo deve ser considerado como titular de necessidades e características concretas, que devem ser garantidas pelo Estado através de ações positivas. E é justamente nesse contexto que surgem as polêmicas acerca do direito à liberdade de expressão.

4. RESSALVAS À ABSOLUTA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E QUESTÕES POLÊMICAS

Há que ressaltar que os direitos individuais dos cidadãos foram um importante meio de democratização dos Estados. Por isso, em conflitos envolvendo a liberdade de expressão e outros direitos primava-se, preferencialmente, por aquela. Porém, há a sensação que o sistema atual de liberdade de expressão apresenta problemas. Levando-se em consideração que sua proteção, assim como todos os outros direitos fundamentais, não pode ser, de forma alguma, absoluta e ilimitada³⁴, restrições a esse direito estão ficando cada vez mais evidentes na medida em que tem sido comum polêmicas relacionadas ao discurso de incitação à pornografia, ao ódio e o financiamento de campanhas eleitorais. Isso ocorre porque os contravalores que fundamentam tais questões têm incomum e imperativa qualidade. Por isso, feministas, anti-racistas e socialistas – e, até mesmo, os liberais igualitários – têm sustentado que o sistema atual de garantia à liberdade de expressão tem sido utilizado de forma anti-igualitária, ou seja, como uma forma de aumentar as desigualdades entre os envolvidos no processo comunicativo. As críticas têm aumentado nos últimos anos sob a justificativa de que esse sistema de liberdade de expressão vigente nos dias de hoje por um lado não contribui para a

³⁴De maneira contrária Jorge Bacelar Gouveia acredita na existência, mesmo nas situações mais graves de perigo (como é o caso do estado de exceção, por exemplo), “de um conjunto mínimo de direitos fundamentais insusceptíveis de suspensão, precisamente em nome da sua importância transpositiva, genericamente corporizada pela dignidade da pessoa humana”, ao qual ele denomina de *direitos fundamentais absolutos*.

igualdade política e por outro não é suficiente para promover a deliberação política necessária numa democracia.³⁵ Como será mostrado, esse sistema atual é contraditório: a liberdade de expressão, teoricamente, deveria ser utilizada como uma forma de se garantir a igualdade política; porém, como a prática tem demonstrado, ela está sendo utilizada, pelo seu próprio fundamento, para silenciar determinados grupos sociais, o que vai de encontro à idéia de igualdade política. Em outras palavras, enquanto de um lado exigências democráticas e igualitárias exigem do Estado participação no sentido de garantir a todos igual participação no espaço público de debate, exigências libertárias impõem abstenção do Estado, para que a liberdade de expressão seja exercida em sua plenitude.

Desta feita, é importante saber se estas questões contemporâneas estão abarcadas ou não pelo direito à liberdade de expressão e, mais do que isso, se podem ser utilizadas como forma de restrição a esse direito.

4.1. A IGUALDADE E O EFEITO SILENCIADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Dentro da idéia de que a garantia dos valores democráticos é um fim público legítimo, Owen M. Fiss desenvolve uma teoria de liberdade de expressão baseada na Primeira Emenda da Constituição americana.³⁶ Segundo ele, há hoje nos EUA duas visões distintas: a libertária e a democrática. A teoria libertária preocupa-se com o emissor da mensagem. Assim, as provisões da Primeira Emenda asseguram o direito à expressão do pensamento sem qualquer tipo de interferência, pois vêem o Estado como seu potencial violador. De acordo com os ensinamentos de Benjamin Constant, é a chamada liberdade dos modernos, em que a liberdade individual deve ser protegida da intervenção estatal. Já a teoria democrática coloca o receptor da

(GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no direito constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1998).

³⁵ SILVA, Júlio Cesar Casarin Barroso. *Democracia e Liberdade de Expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, pág. 137.

³⁶ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Owen M. Fiss; tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

mensagem como centro da liberdade de expressão. Dessa maneira, ela é vista como um meio de formar um senso argumentativo-deliberativo nas pessoas, de maneira que o cidadão tenha acesso às mais variadas fontes de informações e, a partir daí, forme seu pensamento. Ainda utilizando as lições de Benjamin Constant, esta teoria relaciona-se com a liberdade dos antigos, onde a vontade comum é construída através da participação nos negócios da polis.

Para os simpatizantes da primeira teoria, o Estado é visto como um inimigo natural da liberdade de expressão. Ele somente é responsável por assegurar os direitos do emissor da mensagem. Por isso, qualquer tentativa de limitação do direito do emissor é vista com muita desconfiança e, em muitos dos casos, taxada de inconstitucional.³⁷ Já para os adeptos da segunda teoria, deve-se expandir a amplitude do discurso público, garantindo aos cidadãos o acesso a todos os tipos de argumentos “de forma a criar uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno”.³⁸ Para isso, o Estado não deve ser um mero espectador do debate; pelo contrário, ele deve ser proativo e criar condições favoráveis para que esse debate seja livre e aberto. Portanto, a regulação passa a ser vista como uma condição necessária para a efetiva proteção da liberdade de expressão, sobrepondo-se ao sentimento de repugna que se tinha anteriormente.

Owen M. Fiss, apesar de defender a teoria democrática, reconhece que a Suprema Corte americana tem-se inclinado em favor da teoria libertária. Ele entende as bases teóricas utilizadas pela Corte – assentadas, sobretudo, em uma noção de soberania popular. Todavia afirma que elas já estão ultrapassadas e devem ser complementadas. Para demonstrar isso, Fiss analisa o problema do “efeito silenciador do discurso”.

Segundo essa tese, fatores presentes no seio da sociedade, sejam eles econômicos, sociais ou culturais, fazem com que as manifestações expressivas da maioria (não em um sentido de quantidade, mas sim de poder) caíam as dos grupos menos favorecidos. Daí é possível dizer que tal circunstância distorce o processo de formação da razão pública³⁹, uma vez que impede a promoção do debate democrático por não assegurar que o público ouça a todos seus participantes. Mesmo que as idéias dos grupos menos favorecidos cheguem ao conhecimento da

³⁷ Ibidem, p. 7.

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ Ibidem, p. 12.

população, elas não estão em igualdade de condições as dos grupos dominantes; é como se não falassem.

Nesse contexto, Fiss demonstra a necessidade de uma participação incisiva do Estado: não se deve apenas fortalecer as minorias, é preciso também diminuir os direitos discursivos das majorias. Defende, portanto, a regulação da liberdade de expressão em favor de uma concepção de democracia calcada no próprio valor da liberdade. A regulação quando justificada como uma intervenção a favor da liberdade de expressão é um fim público legítimo porque garante uma integral e democrática oportunidade de participar do debate público. Em suas palavras, “algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros”.⁴⁰ Assim sendo, chega-se a uma compreensão de verdade cheia de ironia e contradição: a de que o Estado não é somente um inimigo da liberdade de expressão, pelo contrário, é também seu garantidor e amigo.⁴¹

4.2. PORNOGRAFIA

A grande questão em relação à pornografia é identificar se esse ato está ou não abrangido pelo livre direito de propagação das idéias. Para isso, preliminarmente, é necessário analisar se a pornografia pode ser considerada como uma forma de expressão, ou é apenas um ato. Ora, apesar de a pornografia ser, essencialmente, baseada em ações humanas, não se pode negar seu caráter discursivo. Isso porque ela pode ser considerada como um mecanismo de transmitir ação de um domínio a outro. Neste contexto, ela deve ser vista como uma ação humana que tem o potencial para influenciar o comportamento das pessoas e, por isso, deve ser considerada como discurso. Ademais, não se pode desconsiderar o fato de que a pornografia é uma expressão dos pensamentos, ou até mesmo ideais, de seus criadores e produtores, na qual estes reproduzem um mundo em que seus receptores se identificam, ou pelo menos, buscam se identificar.

⁴⁰ Ibidem, p. 49.

⁴¹ Ibidem, p. 144.

Feitas tais considerações, passa-se para o estudo da questão central do tema: a pornografia está abrangida pelo direito de liberdade de expressão? É claro que não se está a falar da pornografia infantil, que é proibida por quase todos os Estados, inclusive pelo ordenamento pátrio.⁴² E deve ser assim pelo fato de a criança não estar preparada psicologicamente para o estímulo sexual, o que pode vir comprometer seu desenvolvimento emocional e psicológico. Como se pode prever, o assunto está eivado de polêmicas e discussões.

Basicamente, existem hoje na doutrina duas posições: os que defendem a pornografia como sendo uma das facetas da liberdade de expressão e os que a combatem. Para Ronald Dworkin, adepto à primeira teoria, todos têm direito à pornografia pois não há razões suficientes para a sua restrição e isto pode ser utilizado como uma forma de se legitimar a volta da censura. Não obstante, Dworkin fundamenta sua tese baseado em uma estratégia principiológica pautada em direitos, dos quais reconhece como sendo os mais relevantes os direitos à independência moral e à privacidade.⁴³ Já para segunda corrente, é importante destacar os trabalhos das feministas Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin, sendo chamada de posição antipornográfica. De acordo com essa tese, a pornografia deveria ser censurada não porque ela vai contra os valores morais da sociedade, ou melhor, porque ela é considerada obscena, mas por causa do suposto dano que os materiais pornográficos poderiam causar às mulheres.⁴⁴ Note-se que essa teoria não está baseada em fundamentos religiosos ou morais, mas sim em argumentos sociais: a pornografia reduz as mulheres a meros objetos sexuais, que existem para satisfazer o prazer sexual dos homens. Isso vem a influenciar a forma como a mulher é vista dentro da sociedade, tendo por conseqüências a violência, a desigualdade social entre os gêneros e o seu silenciamento.⁴⁵

⁴² No Brasil, é crime “apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente” (Art. 241 do ECA). O curioso é que não há no Código Penal um dispositivo específico sobre pedofilia, de maneira que tal conduta está abrangida pelos tipos penais estupro (art. 213), estupro de vulnerável (art. 217-A) ou corrupção de menores (art. 218).

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁴⁴ SILVA, Júlio Cesar Casarin Barroso. Op. cit., pág. 168.

⁴⁵ Neste sentido, leciona Owen M. Fiss: “Essa dinâmica silenciadora tem também sido atribuída à pornografia. Nesta visão, a pornografia reduz as mulheres a objetos sexuais, subordinando-as e silenciando-as. Ela compromete a sua credibilidade e as faz sentir como se não tivessem nada com que contribuir à discussão pública”. (FISS, Owen M. op. cit. pág. 47.)

O grande problema da teoria antipornográfica é considerar a pornografia como sendo equivalente às expressões de ódio. Enquanto estas têm por única e exclusiva função disseminar o ódio, o que numa sociedade democrática as torna sem valor, aquela pode ter vários significados, como por exemplo, o desmerecimento das mulheres, mas também a emancipação feminina.⁴⁶ Apesar disso, é de se reconhecer o mérito dessa teoria por atentar ao fato de que desigualdades podem se reproduzir pela liberdade de expressão – nesse caso em particular pela pornografia.

4.3. CAMPANHAS ELEITORAIS: FINANCIAMENTO E PROPAGANDA

Outro aspecto controverso da liberdade de expressão está relacionado às campanhas eleitorais. Para isso, assim como a pornografia, essencial se faz a investigação de a ação de se gastar dinheiro é ou não discurso. Mais uma vez, não parece razoável afirmar que o dispêndio de dinheiro é simplesmente um ato. Pelo contrário, é justamente através do dinheiro que um político, em campanha eleitoral, tem a possibilidade de expressar seus ideais, posições, enfim, seu discurso. Apesar de o dinheiro não ser uma expressão propriamente dita, ajuda a comunicar as idéias e, por isso, deve ser considerado discurso.

Não há se negar que a eleição é um importante meio de se realizar a democracia. É através dela que a população tem a possibilidade de, teoricamente, participar das decisões políticas da sociedade, escolhendo seus representantes. Ou seja, a eleição permite a tradução da vontade popular em representação política que, em última análise, concretiza o princípio democrático e dá contorno ao seu conteúdo.⁴⁷

A questão dos limites ao dinheiro em campanhas eleitorais, portanto, está no centro das discussões acerca da liberdade de expressão. Isso pois há quem entenda que limitar o gasto de um político em campanha eleitoral é limitar sua liberdade de expressão e, por isso, é inconstitucional. Diversamente, há quem afirme

⁴⁶ SILVA, Julio Cesar Casarin Barroso. Op. cit., pág. 186.

⁴⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2010, pág. 30.

em que pese o dinheiro utilizado em campanhas eleitorais seja, de fato, discurso, ele deve ser regulado. Autores como John Rawls e Owen Fiss defendem que gastos ilimitados com as campanhas eleitorais aumentam as desigualdades entre os candidatos, fazendo com que os menos prósperos levem desvantagem na seara política. Assim, essa grande disparidade econômica entre os candidatos tende a silenciar os mais pobres, na medida em que os ricos têm maiores probabilidades de dominar os espaços públicos, fazendo com que só se ouça a sua voz.

Com a propaganda eleitoral não é diferente. A liberdade de propaganda deriva da liberdade de expressão e, por isso, em uma leitura superficial, não poderia ser restringida. No entanto, não se pode ignorar sua influência na disputa eleitoral. É através dela, por exemplo, que os mais ricos terão mais exposição diante ao público e por isso, gozarão de maior liberdade de expressão, aumentando as chances de influenciar o eleitorado com suas posições políticas. Nessas circunstâncias, é perfeitamente aceitável que a propaganda eleitoral também seja limitada para assegurar a igualdade entre os candidatos, impedindo o domínio da discussão por determinados políticos.⁴⁸ Mais do que o princípio da igualdade, o que está em jogo é a própria liberdade de expressão. A intervenção do Estado é necessária para garantir uma arena do debate plural e alargada a todos os domínios do sistema social. Com isso, ter-se-ia melhor avaliação dos candidatos pela população, contribuindo para a garantia de eleições mais democráticas.

5. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO

É através da liberdade de expressão que se assegura uma esfera de discurso público aberta e pluralista, ou seja, é através da confrontação dos mais variados pontos de vista que se pode superar preconceitos e falsas proposições. Por isso, não se nega que o debate é um elemento fundamental de uma sociedade democrática livre e plural.

Tendo essa idéia como pano de fundo é que surge a polêmica do discurso do ódio. Nesse tipo de discurso, um determinado grupo social é alvo de práticas

⁴⁸ Ibidem, pág. 259.

reiteradas de discriminação e segregação. É o que Jónatas Machado denomina de “nova liberdade de expressão”⁴⁹. De um lado têm-se os direitos dos grupos racistas e segregacionistas e, de outro, os direitos dos grupos minoritários. Como será demonstrado, ambos os grupos estão baseados nos mesmos direitos, na liberdade de expressão. A grande diferença, todavia, serão os argumentos utilizados para fundamentar esses direitos. Em última análise, a grande questão que se coloca, portanto, é a tensão entre a igualdade política e ação inclusiva do Estado.

Para se entender melhor este conflito, é necessário tecer breves comentários acerca dos principais pontos do discurso do ódio e relacioná-los às possíveis conseqüências que cada caso terá.

5.1. ESTRUTURA CONCEITUAL E DELIMITAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO

Não há, na doutrina, um conceito exato para o discurso do ódio. Em linhas gerais, pode-se dizer que o discurso do ódio consiste na manifestação de idéias de caráter ofensivo, dirigido a determinados grupos sociais, geralmente minorias, visando estigmatizar e até mesmo (em casos extremos) provocar um dano a esses grupos. Dentro dessa simples definição, podem-se extrair importantes proposições. A primeira delas é que tal discurso não leva em consideração apenas a raça, mas também, a cor, etnia, nacionalidade, sexo, religião, condição social. Além disso, essas manifestações de ódio devem visar o grupo social, e por conseqüência, seus membros individualmente considerados, o que lhes compromete seu desenvolvimento político e social. Assim sendo, as pessoas pertencentes aos grupos minoritários são discriminadas exatamente por pertencerem a esse grupo. Vale dizer, o indivíduo é estigmatizado naquilo que o identifica como sendo pertencente a um determinado setor da sociedade. Mesmo que não haja a ofensa direta a um indivíduo, isso não impede que se tenham conseqüências sobre seus membros. Por fim, o discurso deve ter por única e exclusiva função ofender o grupo social. Ou seja, ações ou expressões que possam ser consideradas ameaças (*threat*) ou hostilizações (*harassment*) devem ser tratadas como incitação

⁴⁹ MACHADO, Jónatas M. op. cit., pág. 838.

(*incitement*) – um discurso com potencial de causar dano a outrem que o Estado tem o poder e, mais do que isso, o dever de restringir.⁵⁰

Sendo assim, todo o discurso do ódio deve ser proibido. Por isso é essencial que se delimite o conteúdo do que se entende por discurso do ódio. Dentro desse contexto, não se pode deixar de falar sobre a argumentação de que o *discurso* aplicar-se-ia apenas às palavras e imagens, deixando determinados gestos fora do campo de abrangência do discurso do ódio. Porém, esse entendimento não deve prosperar. Se assim o fosse, uma imensa gama de gestos não gozaria de proteção. Não há se negar que muitas condutas, de fato, têm a função de expressar determinada ideologia, posição e, até mesmo, ameaça. Pelo exposto, considerar-se-á todas as ações que visem comunicar uma mensagem como sendo abarcadas pelo *discurso*.

Não obstante, é de se afirmar que nem toda a manifestação ofensiva deve ser, por si só, reprimida. Casos em que haja um mero insulto para com os grupos sociais não devem ser considerados discurso de ódio. Da mesma maneira, expressões discriminatórias, porém, que apelam a argumentos, têm, de certa forma, presunções de validade e também não devem ser proscritas. Nesse sentido, Jónatas Machado afirma que “sempre que o objectivo preponderante de um conteúdo expressivo consista em informar, debater, denunciar, questionar ou criticar o mesmo não deva ser proscrito independentemente dos efeitos sociais que daí possam resultar”.⁵¹

Como se pode perceber, somente em situações restritíssimas é que o discurso do ódio pode ser identificado. Só poderão ser limitadas formas extremas de discurso, que tenham por objetivo estigmatizar, humilhar ou insultar o grupo social para além de qualquer objetivo sensato. Ou seja, o contra-valor que será protegido quando da restrição de determinado discurso deve ter um fundamento mais forte do que a própria fundamentação do discurso. Se assim não o fosse, estar-se-ia correndo o risco do retorno às já conhecidas formas de censura com a conseqüente banalização do direito à liberdade de expressão.

Em posição contrária, todavia, há quem entenda que, por mais ofensivo que seja um discurso, este não deve ser regulado. Dentre os que defendem tal posição,

⁵⁰ FISS, Owen M. *The Supreme Court and the problem of hate speech*. Capital University Law Review. Columbus, 1995, pág. 286.

destacam-se os trabalhos de Ronald Dworkin. Para o jurista americano, o discurso do ódio, apesar de ser repugnante, não deve ser restringido. Sua teoria da liberdade igualitária supõe que não deve haver interferências particulares sobre a concepção do que é viver bem ou do que dá valor à vida nas decisões de cada pessoa. Deve ser assim porque todos têm o direito da autonomia individual – é o que se chama de direito de independência moral.⁵² O principal fundamento para essa tese é a igualdade. Isso porque o Estado deve ter a mesma preocupação e respeito com todos e, por isso, não pode editar normas beneficiando uns e não outros. Ou seja, para Dworkin:

(O Estado) Não deve impor sacrifícios nem restrições a nenhum cidadão com base em algum argumento que o cidadão não poderia aceitar sem abandonar seu senso de igual valor.⁵³

É fácil perceber que o autor suscita a idéia de neutralidade do Estado. Mas note-se que essa neutralidade não surge como um princípio independente da igualdade. Pelo contrário, aquela é uma decorrência natural desta.⁵⁴ Ou seja, como há opiniões divergentes na sociedade, o governo não estaria tratando como iguais seus cidadãos se preferisse uma opinião à outra, seja porque as autoridades acreditam que uma é intrinsecamente superior ou que é sustentada pelo grupo mais poderoso.⁵⁵ Dessa feita, a igualdade de recursos é que dá a justificativa moral para defender as liberdades fundamentais.

Sob essas circunstâncias, para o liberalismo baseado na igualdade, o governo não pode impor a moralidade privada: a igualdade política implica no direito à independência moral e esta, por sua vez, leva ao direito à liberdade de expressão.

⁵¹ MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., pág. 847.

⁵² YONG, Caleb. *Does Freedom of Speech Include Hate Speech?* Nuffield College, Oxford, 2011, pág. 8. Disponível em http://oxford.academia.edu/CalebYong/Papers/534526/Does_freedom_of_speech_include_hate_speech_. Acesso em 18 de outubro de 2011.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Op.cit. pág. 306.

⁵⁴ FURQUIN, Lillian de Toni. O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2010, pág. 93. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/publico/2010_LiliandeToniFurquim.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2011.

⁵⁵ DWORKIN. Op. cit. pág 286.

5.2. O DISCURSO DO ÓDIO NO BRASIL E O CASO SIEGFRIED ELLWANGER

O sistema constitucional brasileiro, como já foi analisado, tutela as mais variadas formas da liberdade de expressão e, mais do que isso, classifica-a como sendo um direito fundamental dos indivíduos. Há também, no diploma constitucional e infra-constitucional, diversos institutos que vedam a prática do racismo, da discriminação e do preconceito.⁵⁶ Em contrapartida, não há no ordenamento jurídico pátrio nenhuma previsão, seja ela constitucional ou não, para o discurso do ódio. Tal tarefa, dessa maneira, passa a ser um problema para a jurisprudência constitucional contemporânea.⁵⁷ Dentro desse contexto necessária é a análise de um caso julgado poucos anos atrás pelo STF envolvendo questões como racismo e liberdade de expressão. Essa decisão foi um marco na história constitucional brasileira, pois foi possível delimitar qual o campo de abrangência da liberdade de expressão bem como os fundamentos para essa restrição.

Em 17 de setembro de 2003, o STF julgou o *habeas corpus* 82.424 do Rio Grande do Sul, impetrado em favor do paciente Siegfried Ellwanger. O acusado tinha sido denunciado pelo crime de racismo por publicar livros que atentavam contra a dignidade dos judeus, com conteúdo anti-semita, uma vez que fazia apologia a idéias preconceituosas e discriminatórias. Em primeira instância foi absolvido, porém, em segunda instância foi condenado a dois anos de reclusão. Contra esse acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi impetrado *habeas corpus* para o STJ, que foi indeferido. A questão, então, chegou ao STF, que por maioria dos votos indeferiu o *writ*:

O Tribunal, por maioria, indeferiu o *habeas-corpus*, vencidos os Senhores Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Senhor Ministro Carlos Britto, que a concedia, ex-officio, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta.⁵⁸

⁵⁶ É de ressaltar que o discurso do ódio neste trabalho inclui tanto o preconceito, a discriminação quanto o racismo. Ou seja, será utilizado um conceito geral de discurso do ódio. Reconhece-se, entretanto, que há marcantes diferenças conceituais e justificativas entre elas, que não serão discutidas aqui.

⁵⁷ ROSENFELD, Michel. *Hate Speech in consitutional Law jurisprudence: comparative analysis*. Working Papers Series no. 41, 2001, pág. 4. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em 25 de setembro de 2011.

⁵⁸ HC 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves, Rel. para o acórdão, Min. Maurício Corrêa, DJ 19 de março de 2004.

A questão central desse HC era saber se o crime de racismo também poderia ser cometido contra o povo judeu. O que se queria saber, em última análise, era se judeu poderia ser considerada uma raça ou apenas uma religião. A questão da liberdade de expressão, por isso, não foi tratada de uma maneira direta. Mesmo assim, alguns ministros chegaram a enfrentar o assunto evidenciando importantes entendimentos. E é justamente em relação às proposições feitas acerca da liberdade de expressão o objeto de estudo deste tópico. Serão deixadas de lado as definições acerca de raça para se concentrar acerca dos institutos da liberdade de expressão. Assim sendo, apenas terão relevância para este trabalho os votos dos ministros que, de alguma forma, discutiram o tema.⁵⁹

O ministro Marco Aurélio é o que mais discorre sobre a liberdade de expressão, entendendo que o ato do paciente em publicar os livros estava abrangido por esse direito. Segundo ele, a liberdade de expressão forma um dos pilares do princípio democrático. Em suas palavras:

É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de idéias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas.⁶⁰

Mais do que a autodeterminação democrática, Marco Aurélio ainda defende a liberdade de expressão como um importante instrumento de controle de poder:

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.⁶¹

Enfim, baseado na idéia de que a garantia de uma esfera pública de debate com as mais diversas opiniões é essencial para a concretização do princípio

⁵⁹ Serão discutidos os votos dos ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim e Cezar Peluso, já que eles, de alguma forma, discorreram sobre a liberdade de expressão. Por isso, serão deixados de lado os dos ministros Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Moreira Alves por não terem feito alusão a tal princípio.

⁶⁰ Voto do Min. Marco Aurélio no HC 82.424/ RS, pág. 350.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 353.

democrático e para o amadurecimento político e social de um povo, Marco Aurélio concede o HC afirmando que não houve a prática do crime de racismo.

Outro ministro que deferiu o *habeas corpus* calcado no direito à liberdade de expressão foi Carlos Ayres Britto. Para o ilustre ministro, a liberdade de expressão adquire caráter absoluto em si, devendo ser interpretada em sua maior abrangência. Em seu dizer:

Mas a premissa da Constituição é uma só: não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontrolabilidade de sua apriorística manifestação).⁶²

Seu voto é, assim, no sentido de conceder o HC pela atipicidade da conduta do acusado por falta de justa causa.

Em sentido contrário, o ministro Maurício Corrêa, proferiu seu voto para denegar o *habeas corpus*. Aduz que as garantias constitucionais não são incondicionais e por isso podem ser objeto de restrição, observados os limites traçados pela Constituição Federal. Em síntese:

A previsão de liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.⁶³

Para ele, deve-se levar em consideração a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário para se evitar eventuais danos aos grupos atingidos.

Seguindo essa linha, o ministro Celso de Mello também denegou a ordem argumentando que é dever do Poder Judiciário controlar os abusos do exercício da liberdade de expressão:

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela ordem própria ordem constitucional.⁶⁴

⁶² Voto do Min. Carlos Ayres Britto no HC 82.424/RS. Op. cit., pág. 285.

⁶³ Voto do Min. Maurício Corrêa no HC 82.424/RS. Op. cit., pág. 61.

⁶⁴ Voto do Min. Celso de Mello no HC 82.424/RS. Op. cit., pág. 106.

É dizer, segundo Celso de Mello, que a liberdade de expressão não pode ser utilizada através de manifestações revestidas de ilicitude penal. Em outras palavras, o que o ministro quis salientar é que nenhum direito é incondicional e, por isso, deve ser exercido observando-se os limites estabelecidos pela própria Constituição Federal. O direito fundamental à liberdade de expressão, nesse caso, não consagra o direito à incitação ao racismo. Portanto, uma vez que o exercício da liberdade de expressão é extrapolado, a palavra exprimida ou o material publicado não serão consideradas manifestações constitucionalmente protegidas. Na verdade, não serão nem mesmo consideradas manifestações de tal direito fundamental. E conclui:

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

O ministro Gilmar Mendes também negou o *writ*. Importante notar que em seu voto Gilmar Mendes faz uma análise cuidadosa no que concerne ao discurso do ódio. Ele reconhece a importância da liberdade de expressão como sendo um dos mais efetivos meios de controle do governo, além de ser um elemento essencial para a formação da consciência e vontade popular. Entretanto, observa que nas sociedades democráticas “há uma intensa preocupação com o exercício da liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do hate speech”.⁶⁵ E conclui:

Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, 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. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.⁶⁶

Sob esse contexto, Gilmar Mendes utilizando-se da teoria da proporcionalidade indefere a ordem alegando a preservação da dignidade da pessoa humana, valor inerente a uma sociedade pluralista.

⁶⁵ Voto do Min. Gilmar Mendes no HC 82.424/RS. Op. cit., pág. 127.

⁶⁶ Ibidem, pág. 147.

O ministro Carlos Velloso indefere o *writ*, com o mesmo fundamento utilizado por Gilmar Mendes – o da dignidade humana:

Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição...⁶⁷

O ministro Nelson Jobim igualmente rejeita o HC com base no princípio da igualdade:

A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. A Constituição não legitima a tolerância com aqueles que querem a produção de condutas contrárias ao princípio da igualdade.⁶⁸

Além disso, complementa sua idéia afirmando que a liberdade de expressão deve ser assegurada quando o objetivo é gerar um debate e não o ativismo para produção do ódio.

Por fim, o ministro Cezar Peluso denega a ordem assevera que abusos à liberdade de expressão não estão tutelados pelo ordenamento pátrio. Dessa forma, aduz que:

...trata-se, a meu ver, de prática que contraria a tutela constitucional e, portanto, se tipifica em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão.⁶⁹

Com essa paradigmática decisão, resta clara a decisão do STF: a liberdade de expressão será restringida sempre que se constatar o discurso do ódio. Apesar disso, há uma esfera de discussão no caso Ellwanger que passou despercebida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. É o caso da dimensão silenciadora dos discurso discriminatório. Em decorrência disso, todos os votos discutidos neste trabalho apresentaram ponderações entre diferentes direitos fundamentais. Como há de se ver, no entanto, a análise de tal efeito é de suma importância. Isso porque oferece um argumento ainda mais contundente para a restrição da liberdade de expressão.

⁶⁷ Voto do Min. Carlos Velloso no HC 82.424/RS. Op. cit., pág. 166.

⁶⁸ Voto do Min. Nelson Jobim no HC 82.424/RS. Op. cit., pág. 451.

⁶⁹ Voto do Min. Cezar Peluso no HC 82.424/RS. Op. cit., pág. 237.

Passa-se, então, ao exame dos argumentos para a restrição do discurso do ódio. Em outras palavras, será analisado porque o discurso do ódio deve ser proibido e quais as consequências desse ato.

5.3. ARGUMENTOS PARA A RESTRIÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO

Passa-se a demonstrar as razões para que o discurso do ódio seja restringido. Note-se que nesse estágio já se pressupõe que tal discurso tenha sido identificado. A grande questão, pois, nesse caso, é fundamentar a decisão. Há, atualmente, três grandes teorias de argumentação: a da igualdade, a da dignidade humana e a da própria liberdade de expressão. As duas primeiras, como é de se ver, apresentam conflitos entre direitos fundamentais. E sempre que o assunto é conflito de direitos fundamentais há de se ter uma imensa cautela. Grosso modo, deve-se aplicar o direito que melhor se encaixe ao caso concreto. Porém, tal tarefa não tão simples e, muitas vezes, suscitam controvérsias. Isso porque a decisão de escolher qual direito fundamental deve prevalecer em um determinado caso pode parecer arbitrária. Para se evitar essa batalha de valores transcendentais, Ronald Dworkin elabora uma teoria na qual a finalidade da restrição da liberdade de expressão é justamente para promover essa liberdade.

Feitas tais considerações iniciais, analisar-se-á cada uma das teorias apontando quais suas bases teóricas bem como a eficácia em sua aplicação em um determinado caso.

O argumento da igualdade diz que o discurso do ódio deve ser proibido porque uma sociedade só será igualitária quando membros de minorias (não no sentido quantitativo, mas sim qualitativo) discriminadas e excluídas do processo democrático se sentirem à vontade para participar desse ambiente político. Em uma leitura superficial desse argumento, pode-se chegar a um impasse: como a igualdade pode ser, ao mesmo tempo, um fundamento para a concretização da liberdade de expressão (nos termos da teoria de Ronald Dworkin)⁷⁰ e para a permissão do discurso do ódio? Para responder tal questão, deve se ter em mente a

⁷⁰ Sobre este tema, vide tópico 4.1. CONCEITO E DELIMITAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO.

diferenciação conceitual entre essas duas igualdade: enquanto que na teoria da igualdade de Dworkin tem-se uma igualdade abstrata, onde a ação do Estado deve ser negativa; nesta há a noção de igualdade de fato, devendo, assim, ser positiva a ação estatal. Sob esse prisma, o Estado deve adotar ações afirmativas para garantir a integração desses setores da sociedade que foram excluídos de alguma forma.⁷¹ Em outras palavras, para se viabilizar a isonomia material entre grupos alguém deixará de ser tratado como igual. Ou as majorias são silenciadas com base em seu ponto de vista ou se correrá o risco de criação de um ambiente político tão tenso que a participação das minorias restará por prejudicada.

O grande problema da teoria de Dworkin é que este autor não leva em consideração as conseqüências que o discurso do ódio podem ter no mundo real, ou melhor, fora do plano ideológico. Ele ignora o fato de que expressões de ódio podem causar danos às suas vítimas. Por isso, é razoável afirmar que o princípio da igualdade, em uma análise mais detalhada, deve ser utilizado como um motivo a favor da proscricção do discurso do ódio, e não contra. Deve ser assim pois o que está em jogo é toda uma gama de direitos e oportunidades dos grupos excluídos, que poderão encontrar obstáculos se os membros da maioria perpetradora não tiverem restrições.

Os críticos dessa teoria afirmam que o risco de dano é um conceito muito genérico e, por isso, não pode ser utilizado como forma de fundamentação. Nessa circunstância não está claro porque a igualdade deve prevalecer sobre a liberdade de expressão. Essa decisão, além de se parcial poderia ser utilizado como pretexto para outras formas de limitação da liberdade de expressão.

Sob o argumento da dignidade da pessoa humana, diz-se, em linhas gerais, que todos têm direito de participar da sociedade livres de qualquer tipo de discriminação. É dizer que o discurso do ódio denigre a reputação social básica dos indivíduos perante toda a sociedade: afeta tanto seu reconhecimento como cidadão quanto seu status de sujeito titular de direitos (humanos e constitucionais).⁷² Há um imperativo moral de respeito à dignidade humana. Ela é inerente à personalidade humana; nenhuma lei ou prática social pode destruí-la. Assim, é dever do Estado e da sociedade zelar e cuidar desse direito.

⁷¹ MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. Op. cit., pág. 101.

⁷² WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation: the visibility of hate*. Oliver Wendell Holmes Lectures, Nova York, 2009, pág. 1610.

Há a ideia de que manifestações de ódio e desprezo a um determinado grupo social tendem a diminuir a auto-estima das pessoas, o que as impossibilita de participar da sociedade de forma democrática. Afirma-se que a dignidade está situada no centro das concepções de liberdade de expressão modernas.⁷³ Mais do que isso, sua inviolabilidade é um valor supremo.

Porém, mais uma vez, tal postulado contém peculiar inconveniente. Entre o conflito da liberdade de expressão com a dignidade da pessoa humana não se têm motivos marcantes para preferir esta a aquela, o que pode gerar incertezas tanto na aplicação de um quanto de outro. Não há um caminho principiológico para resolver o conflito em questão, evidenciando a parcialidade da decisão.

Para não incorrer nas mesmas dificuldades dos argumentos anteriores, apresenta-se uma teoria baseada nos trabalhos de Ronald Dworkin em que a restrição a determinadas formas de pensamento podem ser utilizadas para promover a própria liberdade de expressão. Nesta visão, é necessário retomar alguns pontos em relação ao efeito silenciador do discurso, agora mais endereçado à análise do discurso do ódio.

O discurso do ódio tende a reduzir a participação das minorias no debate público. Ele compromete a credibilidade da opinião das vítimas e as faz sentir como se não tivessem com que contribuir à discussão pública.⁷⁴ Dentro da ideia de que é dever do Estado a promoção de valores democráticos, incluindo-se o direito ao público de ouvir a todos que deveria, há uma interessante e ampla base para a intervenção estatal no debate. Com essa regulação, está se garantindo que as opiniões dos grupos discriminados cheguem ao debate público em igualdade de condições aos outros discursos. Ou seja, há a promoção dos direitos discursivos das minorias, às custas dos direitos da maioria. Mas isso pode conduzir a um impasse: o Estado tem direito de escolher os direitos discursivos de um grupo e não de outro? Mais uma vez, *a priori*, estar-se-ia diante de um conflito de direitos fundamentais, o que invocaria os mesmos problemas já discutidos. De fato, há este conflito. Entretanto com uma substancial diferença: o conflito não se dá, agora, entre diferentes direitos (tal como nos outros argumentos); a controvérsia aparece entre liberdade x liberdade. Não que essa formulação resolva todas as controvérsias, mas

⁷³ ROSENFELD, Michel. Op. cit., pág. 28.

⁷⁴ FISS, Owen M. op. cit., pág. 47.

colocaria tais escolhas dentro de uma matriz comum.⁷⁵ E dentro dessa mesma base principiológica, a resolução de uma questão envolvendo embate entre liberdades certa medida de parcialidade é aceitável e, mais do que isso, necessária.⁷⁶ Isso pois o Estado está exercendo seu papel no desenvolvimento do processo democrático, tentando proteger uma esfera de discurso independente e inclusiva. É como se o Estado agisse como um mediador: seu propósito não é influenciar o resultado, mas sim garantir a robustez do debate. Não há se negar que a restrição a um determinado tipo de discurso possa a vir a determinar o resultado. Todavia, não há motivos para preocupação. O enriquecimento do debate público é o resultado de uma discussão aberta e completa que, *a posteriori*, é o que se busca em uma democracia pluralista.⁷⁷

É bom lembrar que não se está desprezando os argumentos anteriores. Pelo contrário. Eles complementam a noção aqui exposta. Com esses três argumentos em consonância resta comprovado que o discurso do ódio deve ser proibido. E essa regulação é justificada quando puder ser concebida uma intervenção a favor e não contra a liberdade de expressão. Com essa noção dá-se nova definição a esse direito, protegendo não apenas as escolhas dos cidadãos, mas sim as escolhas feitas com as devidas condições para reflexão.⁷⁸

Não se deve esquecer o potencial opressor do Estado. Ao mesmo tempo, é preciso reconhecer que o Estado pode utilizar sua força para promover os objetivos de uma sociedade democrática. Nesse contexto, caberá ao Poder Judiciário o ônus de controlar a ação estatal, especialmente porque este se situa fora da arena política.⁷⁹ Deve-se levar em consideração se o efeito da regulação estatal será benéfico para o debate público.

⁷⁵ Ibidem, pág. 46.

⁷⁶ FISS, Owen M. *The Supreme Court and the problem of hate speech*. Capital Universe Law Review. Columbus, 1995, pág. 291. Reforçando tal idéia Ronald Dworkin afirma: "O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão". (FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Owen M. Fiss; tradução e prefácio de Gustavo Binbenjoni e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 55).

⁷⁷ Idem, ibidem.

⁷⁸ FISS, Owen M. *The Supreme Court and the problem of hate speech*. Capital Universe law review. Columbus, 1995, pág. 288.

⁷⁹ Conforme Fiss: "O Estado é também a corporificação de políticas substantivas individualizadas, e aqueles no controle do poder têm um interesse natural em como os debates são resolvidos". (FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Owen M. Fiss; tradução e prefácio de Gustavo Binbenjoni e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 57)

Não se tem a ilusão de pôr fim a toda essa polemização. Porém, é perturbador que se faça uma leitura literal do princípio da liberdade de expressão a ponto de subtrair à discussão temas importante tais como a identidade dos grupos sociais excluídos e as suas relações com os demais setores da sociedade.

6. CONCLUSÃO

As discussões abordadas neste trabalho não têm por objetivo esgotar as polêmicas envolvendo o discurso do ódio e liberdade de expressão. Como se viu esse direito fundamental é essencial para o indivíduo na medida em que possibilita sua autodeterminação. Mais do que isso, tem extrema importância para a sociedade como um todo, pois não há dúvida que o debate é de suma importância para a construção de uma ordem constitucional livre e democrática. Porém, como qualquer outro direito, a liberdade de expressão não pode ser absoluta.

Portanto, o que se quis foi dar uma nova interpretação a esse direito tão precioso ao ser humano: que o Estado, em casos raríssimos, pode vir a regular esse direito. Nessa circunstância, não se deve deixar de falar sobre o efeito silenciador do discurso do ódio. Este tipo de discurso tende a diminuir a auto-estima das vítimas, impedindo-as de participar do debate público de forma significativa. Assim sendo essa restrição feita pelo Estado, como foi demonstrado, tem por principal função a promoção da própria liberdade de expressão, ou seja, garantir que a população tenha acesso a todas as informações disponíveis. Essa é a fina ironia do papel do Estado com a liberdade de expressão: ele pode ser ao mesmo tempo o maior violador deste direito, como também o seu maior garantidor. Nesse sentido, vale destacar as palavras de Owen Fiss:

Em algumas instâncias, instrumentos do Estado tenderão inibir o debate livre e aberto, e a Primeira Emenda é o mecanismo testado e aprovado que impede e previne tais abusos do poder estatal. Em outras instâncias, contudo, o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão inibindo o discurso. Ele pode ter que alocar recursos públicos – distribuir megafones – para aqueles cujas vozes não seriam escutadas na praça pública de outra maneira. Ele pode até mesmo ter que silenciar as vozes de alguns para ouvir vozes dos outros. Algumas vezes, simplesmente não há outra forma.⁸⁰

É claro que não se pode esquecer o potencial opressor do Estado. Um Estado mais poderoso pode vir a ser um problema; a própria história constitucional brasileira já demonstrou isso. Da mesma forma, não se quer a banalização do direito à liberdade de expressão. Por isso, eventuais restrições continuarão a ser

⁸⁰ Ibidem, pág. 30. Onde o autor menciona a “Primeira Emenda”, leia-se liberdade de expressão.

excepcionais e deverão ser muito bem fundamentadas. Elas só serão admitidas em casos em que o interesse ou o contra-valor a favor da regulação sejam mais relevantes do que o direito de manifestar livremente o pensamento. Nesse contexto, são perfeitamente admitidas as regulações acerca do discurso do ódio. Isso porque o que está em jogo não é apenas a liberdade de manifestação daqueles que discriminam, mas sim toda uma gama de direitos (das quais se citam igualdade, dignidade e liberdade de expressão) dos grupos estigmatizados.

Uma vez que todo o discurso do ódio deve ser proibido, a grande questão é identificar quando este ocorre. Foram dadas algumas delimitações a fim de facilitar essa caracterização, porém, como se pode prever, nem sempre tal discurso será perfeitamente individualizável. Nesse contexto é que surge a importância do Poder Judiciário. O controle de determinadas formas de expressão devem ser feitas por órgãos independentes da arena política – como é o Poder Judiciário. Isso porque políticos têm interesse natural no resultado de um debate. Assim, políticos astuciosos poderiam utilizar a restrição do discurso do ódio como pretexto para determinar resultados ou promover algumas políticas de seu interesse. Fora dessa arena, é dever do Judiciário focar no efeito global que a regulação terá. Em outras palavras, deve-se indagar se a restrição será benéfica ou trará mais problemas ao debate. Essa investigação acerca do impacto que a intervenção estatal pode ter sobre a qualidade do debate é um exercício difícil e de extrema delicadeza, mas fundamental para a decisão de casos envolvendo a pornografia, campanhas eleitorais e discurso do ódio.

Há alguns anos tal discussão poderia parecer sem sentido. Hoje, tendo em vista as políticas inclusivas adotadas por cada vez mais países, essas considerações são essenciais para o aperfeiçoamento da noção de democracia. E isso, por mais elementar que pareça, demonstra claramente o desenvolvimento não só do pensamento jurídico, mas como da sociedade como um todo, no sentido de se construir uma ordem democrática mais justa.

Por fim, vale destacar que o objetivo central deste trabalho não foi questionar se a regulação do discurso do ódio de fato contribui para a redução da discriminação das minorias. Da mesma maneira, não se tem em mente que em havendo essas restrições o grupo difamador mudará de opinião. Talvez isso aconteça naturalmente com o desenvolvimento da sociedade. Porém, quis-se apenas demonstrar que há

argumentos suficientes para que a proibição ocorra. Ou seja, a preocupação é mais imediata. Tem por função diminuir a presença discriminatória na sociedade e, mais do que isso, garantir o exercício de fato dos direitos fundamentais das minorias.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense Infantes D. Henrique, 2003.

CARBONELL, Miguel. *El fundamento de la libertad de expresión la democracia constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Espanha, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. e Pref. Gustavo Binbenjy e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: renovar, 2005.

_____. *The Supreme Court and the problem of hate speech*. Capital Universty Law Review. Columbus, 1995.

FURQUIN, Lilian de Toni. *O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/publico/2010_LiliandeToniFurquim.pdf

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no direito constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1998.

LASKY, Harold Joseph. *A Liberdade*. Salvador: Progresso Editora, sem data.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2002.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade (os três caminhos)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROSAS, Roberto. *Suprema Corte Americana: acompanhamento da realidade política e econômica*. *Novos estudos jurídicos*, ano V, no. 9, 1999.

ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional law jurisprudence: comparative analysis*. Working Papers Series no. 41, 2001. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939>.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

SALGADO, Eneida Desirée. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation: the visibility of hate*. Oliver Wendell Holme Lectures – Harvard Law Review, Nova York, 2009.

YONG, Caleb. *Does freedom of speech include hate speech?* Nuffield College Oxford, 2011. Disponível em <http://oxford.academia.edu/CalebYong/Papers/534526/Does_freedom_of_Speech_include_hate_speech_>.