

DISCURSOS DE ÓDIO E O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS: ENFRENTANDO OS DESAFIOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

HATE SPEECHES AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: FACING THE CHALLENGES OF FREEDOM OF EXPRESSION

Francisco de Castilho Prates

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – (Belo Horizonte, MG, Brasil)

Recebimento: 4 ago. 2017

Aceitação: 13 mar. 2018

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

PRATES, Francisco de Castilho. Discursos de ódio e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: enfrentando os desafios à liberdade de expressão. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 93-115, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/54302>>. Acesso em: 30 abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v63i1.54302>.

RESUMO

Partindo da análise de casos relacionados com os chamados discursos de ódio, decididos pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o artigo lida com uma das mais importantes questões do pensamento constitucional: os limites da liberdade de expressão diante desses discursos de ódio. O discurso de ódio impõe um problema complexo, principalmente nas modernas sociedades multiculturais, quando manifesta formas abertas de ódio extremo. Esse debate pode ser tido como um dos maiores desafios das modernas democracias constitucionais, já que impõe pensarmos até que ponto pode ir um Estado Democrático de Direito sob pena de negar sua própria abertura. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos construiu alguns parâmetros para distinguir o discurso de ódio como um fenômeno negativo e o direito à liberdade de expressão garantida na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O texto mostra que restrições impostas ao direito de se expressar livremente estão sujeitas a requisitos extremamente exigentes e estritos. Em outros termos, colocamos que os limites desse direito fundamental não são meras restrições, mas condição de possibilidade do exercício da mesma liberdade. Desse modo, liberdade de expressão não pode ser traduzida como um instrumento de opressão, sendo, por isso, passível de ser limitada, mas não censurada. Em suma, para a Corte Europeia, responsabilização é a outra face, por isso inseparável, da liberdade de expressão. Nesse sentido, as contribuições de pensadores como Michel Rosenfeld e Jürgen Habermas foram centrais. Registre-se, por fim, que adotamos uma linha crítico-metodológica neste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Responsabilidade.

ABSTRACT

Starting from the analysis of cases related to the so-called hate speech, decided by the European Court of Human Rights, the article deals with one of the most important questions of constitutional thought: the limits of freedom of expression in face of these hate speeches. Hate speech imposes a complex problem, especially in modern multicultural societies, when it manifests open forms of extreme

hatred. This debate, which is indeed crucial in modern constitutional democracies, instigates a reflection on how far a Democratic State may reach without refusing its own opening. The European Court of Human Rights has built some parameters to distinguish hate speech as a negative phenomenon and the right to freedom of expression guaranteed by the European Convention on Human Rights. The text shows that restrictions on the right to freely express oneself are subject to extremely stringent requirements. In other words, the limits of free speech are not mere restrictions, but they are also a condition of possibility of this fundamental right. Thus, freedom of expression cannot be translated as an instrument for oppression, being therefore subject to limits, but not censured. In sum, for the European Court, responsibility is the inseparable face of free speech. Here, the contributions of thinkers like Michel Rosenfeld and Jürgen Habermas were central. Finally, it should be noted that a critical-methodological line was adopted in this work.

KEYWORDS

Freedom of expression. Hate speech. Responsibility.

INTRODUÇÃO

Na Alemanha de 1935, em nome de uma suposta “pureza de sangue”, foram editadas normas que proibiam o casamento de “alemães” com “judeus”, além de se vetar aos membros desta comunidade acesso ao trabalho e aos serviços públicos, entre outras medidas excludentes, visando “regular o problema judeu”: era a legislação racial nazista, as tristemente famosas Leis de Nuremberg¹. É também neste período que o não tão célebre “parágrafo 175” do Código Penal alemão de 1871, que criminalizava a homossexualidade, passou a ser aplicado sistematicamente, principalmente após ser emendado pelo regime nazista para tornar suas penas ainda mais duras, levando aproximadamente cem mil pessoas à prisão, e de cinco a 15 mil destas aos campos de concentração em virtude de sua orientação sexual².

Nesse contexto, os meios de comunicação social existentes no período, como o cinema e o rádio, passaram a ser vistos como meios valiosos de se difundir ideias. Um indivíduo que descobriu tal potencial foi o editor Julius Streicher, que, com o seu jornal “*Der Strümer*”, tornou-se um dos maiores propagadores do que hoje chamamos de discursos de ódio, tendo como alvo preferencial a comunidade judaica, a qual era representada por meio de perversos estereótipos, os quais visavam marcar e estigmatizar os membros daquela comunidade como um “bacilo perigoso” que precisava ser exterminado (KAHN, 1973, p. 46-53)³.

Ainda que apresentado de modo sintético, foi este o pano de fundo que conduziu o homem

¹ Disponível em: <<https://goo.gl/PVdKMt>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

² Disponível em: <<https://goo.gl/Apjkk8>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

³ Registre-se que Julius Streicher foi condenado à morte durante o julgamento realizado pelo Tribunal Penal de Crimes de Guerra de Nuremberg, sob a acusação de incitar, por meio de suas publicações, o ódio racial contra os judeus, o que teria contribuído para a concretização do Holocausto.

aos horrores da Segunda Guerra Mundial, ao genocídio e a profundas violações dos direitos, sendo que também foi esse mesmo quadro que fez com que, já nas suas notas introdutórias, a Carta das Nações Unidas (1945), pouco depois do fim das hostilidades bélicas, conclamassem os povos do mundo a trabalhar para que as gerações futuras não tivessem de passar pelos “flagelos” de duas guerras mundiais, as quais, em um período de menos de cinquenta anos, resultaram em “sofrimentos indizíveis”.

São esses “sofrimentos indizíveis”, muitos deles resultantes de ações radicalmente discriminatórias, do ódio mais radical, que fizeram com que a mesma Carta da ONU dispusesse, em seu artigo primeiro, que a solução dos graves problemas internacionais, em suas diversas dimensões, passava pelo “estímulo e respeito aos direitos humanos”, em que as liberdades fundamentais deveriam ser trabalhadas sem fazer qualquer “distinção por motivo de raça, sexo, idioma ou religião”.

Buscando efetivar tal visão de um direito internacional solidário, humanitário e não discriminador em termos negativos, é que temos o fato de que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão”, mas também que no “exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita [...] às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem”, o que implica que interpretações que possibilitem empregar tais direitos e liberdades contra seus próprios objetivos e finalidades devem ser afastadas e vedadas⁴.

Com efeito, essas disposições sintetizam as relações normativas nas quais está inserido o exercício da liberdade de expressão, como definido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento central da Organização das Nações Unidas, promulgado três anos após a Carta da ONU, no ano de 1948, e ponto de partida do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que a liberdade de expressão precisa sempre ser confrontada com outro direito fundamental, o direito à igualdade, pensado este a partir da crítica da diferença, isto é, o direito de não sofrer qualquer discriminação abusiva, seja por parte do aparato do Estado, seja por entes privados.

Em suma, como anota Thomas Buergenthal, o Direito Internacional dos Direitos Humanos emerge de todas as ruínas e atrocidades cometidas durante o fenômeno totalitário da 2ª Grande Guerra Mundial, como uma resposta às inomináveis ofensas aos direitos humanos ocorridas naquele período histórico, na esperança de que uma rede protetiva internacional possa, ainda que parcialmente, evitar a repetição de tais monstruosidades (BUERGENTHAL apud PIOVESAN, 2000, p. 129).

⁴ Junção das disposições constantes nos artigos XIX, XXIX (2, 3) e XXX, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Essa postura deflagrada pela Declaração Universal foi seguida por incontáveis instrumentos internacionais como, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Tais instrumentos, em termos do exercício da liberdade de expressão, compartilham a noção de que essa liberdade fundamental é estruturante de um Estado Democrático de Direito, devendo ser a mais ampla possível, o que veda, terminantemente, qualquer mecanismo de censura prévia. Contudo, esses mesmos documentos internacionais afirmam, com base no também fundamental direito de não discriminação, que medidas protetivas podem e devem ser implementadas pelos Estados quando há um abuso do direito de expressão, gerando a possibilidade de que responsabilizações posteriores ao exercício do livre expressar, com base em todas as garantias do devido processo legal, sejam legitimamente aplicadas.

Ora, na mesma linha dessas iniciativas protetivas dos direitos humanos e fundamentais encontramos a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1953)⁵, marcadamente em diálogo com a citada Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de uma extrema preocupação com todas as barbaridades cometidas no continente europeu durante os dois grandes conflitos mundiais, pautando-se pela concepção de uma democracia aberta e plural, em que a liberdade de expressão e o direito fundamental de não ser discriminado emergem em constitutiva tensão.

Essa tensão, em muitos momentos, desagua no órgão encarregado de interpretar e aplicar as disposições convencionais, ou seja, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH, ou ECHR, de *European Court of Human Rights*, em inglês), o qual tem a complexa e árdua tarefa de determinar o sentido e o âmbito normativo das liberdades e igualdades garantidas pela referida Convenção Europeia.

É na companhia dessa Convenção e dos argumentos construídos pela citada Corte Europeia, quando do julgamento e decisão de certos casos que envolveram a questão dos limites e do âmbito normativo da liberdade de expressão, no espaço regido pela União Europeia, que buscaremos iluminar como essa liberdade fundamental é traduzida e densificada, em ambientes que se afirmam democráticos e pluralistas, diante de seu maior desafio, isto é, dos denominados discursos de ódio (*hate speeches*).

⁵ Registre-se que todos os dados, citados neste artigo, referentes à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), têm como fonte <<https://goo.gl/67Pfvb>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

1 PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS NECESSÁRIOS: SITUANDO O NOSSO OBJETO

Nosso objeto é, como se pôde ver nas notas introdutórias, refletir sobre as possíveis fronteiras da liberdade de expressão quando confrontada com os denominados discursos de ódio, sendo essa reflexão situada no âmbito da Corte Europeia dos Direitos Humanos, na linha argumentativa que essa Corte emprega nos julgamentos que abordam a temática aqui proposta, isto é, ao modo como a referida Corte justifica e fundamenta suas decisões, no que se refere ao estabelecimento ou não de limites, quanto ao exercício da livre expressão em um espaço que se afirma democrático.

Assim, é necessário que explicitemos, ainda que de modo sintético, algumas noções e conceitos que configurarão o nosso pano de fundo, operando como uma espécie de chave interpretativa de nossas análises, ou seja, qual a nossa definição de democracia, de liberdade de expressão e de discursos de ódio.

Desta maneira, tomamos democracia como o espaço, discursivamente construído (HABERMAS, 1998), do pluralismo, do dissenso, do devir, indissociavelmente aberto ao “outro”, à diversidade que só pode ser visualizada na liberdade de sermos espontaneamente iguais e, principalmente, não redutível apenas ao seu elemento numérico, à clássica regra da maioria. Isto é, assumimos que jamais há, na escrita democrática, um “pleno e acabado”, já que o democrático nunca é, pois está sempre sendo (PRATES, 2012), traduzido a partir de uma perspectiva de incompletude e precariedade, reflexo de um projeto de aprendizagem histórico não imune a quedas e retrocessos (HABERMAS, 2003a, p. 165-167).

Dito de outro modo, democracia aqui iluminada a partir de uma perspectiva como a do “patriotismo constitucional” (HABERMAS, 2003b), de uma postura interpretativa de base pluralista ou, como escreve Cattoni de Oliveira (2013, p. 140), dialogando com essa noção habermasiana, “do direito fundamental de dizer não”, de sermos minoria, de um princípio da igualdade que exige o reconhecimento da diversidade, da constitutiva alteridade social, isto é, democracia “desde uma perspectiva não fundamentalista”, mas, ao contrário, voltada para a construção de uma “cultura política pluralista”.

Por conseguinte, partindo desse arcabouço conceitual, confluindo com inúmeros documentos internacionais⁶, a liberdade de expressão constrói-se dialógica e intersubjetivamente,

⁶ Cite-se, entre outros, a Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos (*International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966), a qual garante um amplo exercício da liberdade de expressão (art.19, 1, 2). Porém, a Convenção também realça que esse mesmo exercício pode gerar responsabilidades especiais, oriundas de condicionamentos e

reconhecendo o “outro” como igual, mais um cidadão entre cidadãos; ou seja, assumimos, de saída, que não há liberdade fundamental de ofender, humilhar ou propagar ódios radicais, não podendo ser traduzida como um instrumento de opressão e silêncio, sendo, por isso, passível de ser limitada, responsabilizada, mas não censurada.

Em outros termos, liberdade de expressão, em relação às suas fronteiras, está sempre em disputa, entre deslocamentos, o que já denota que essa liberdade não é tomada, aqui, como absoluta e incondicionada, haja vista que possíveis responsabilizações se tornam, em um contexto democrático, a outra face dessa mesma liberdade fundamental, não algo externo a ela.

Liberdade de expressão, se é dialógica, aberta, contrapõe-se a qualquer forma de censura, mas não de posteriores e democraticamente estabelecidos limites, os quais operam, simultaneamente, como condição de possibilidade, ou seja, devem funcionar como fomento do pluralismo, do embate discursivo de visões de mundo, potencializando divergência, mas, sempre, com fundamento no pressuposto discursivo da igualdade entre os *falantes*, tomando a sério a historicidade dos contextos, pois, do contrário, podemos não visualizar o risco, sempre presente, da liberdade de expressão ser empregada para silenciar, o que seria uma contradição em termos com seus próprios pressupostos (FISS, 2005, p. 33).

Dessa visão decorre que

[...] podemos tudo “dizer”, mas seremos também responsabilizados por tudo que “dissermos”. Ou seja, a liberdade de expressão, por mais ampla que deva ser, não significa [...] a edificação de territórios imunes ou além do direito e da história, haja vista que a mesma não deve ser lida isoladamente, como se estivesse em um plano superior aos próprios ordenamentos constitucionais e aos compromissos internacionais (PRATES, 2017, p. 109).

Assim, liberdade de expressão, em um ambiente democrático, reconhece que “qualquer lugar da enunciação é, de saída, um lugar heterogêneo, de modo que a pretensão de homogeneidade é sempre arbitrariamente hierarquizadora” (COSTA, 2006, p. 95). A regra dessa liberdade, deste modo, é ser a mais ampla possível, em que as restrições emergem como singulares exceções, isto é, liberdade de expressão vista como liberdade de nos comunicarmos mutuamente, de intersubjetividade, “[...] de forma a garantir a comunicação livre e pluralista em todos os domínios da vida social” (CANOTILHO; MACHADO, 2003, p. 14).

Com efeito, como anota o Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, há uma “[...] hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias

restrições necessários para garantir a reputação das demais pessoas (art.19, 3), além de vetar toda apologia à guerra, ao ódio e à discriminação (art. 20).

e de pensamento” (BRASIL, 2009, p. 153), mas, esta assertiva, segundo o referido ministro, também implica, por exemplo, que “publicações”, fundadas no exercício dessa liberdade fundamental, que descem

[...] ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil (BRASIL, 2009, p. 159).

É com tal pano de fundo que podemos definir os discursos de ódio pelo que não são, ou seja, negam, radical e obsessivamente, o diálogo, a igualdade na diferença, instrumentalizando a liberdade de expressão de modo a silenciar o “outro”, aqueles que não se enquadram em fórmulas padronizadas ou nas visões homogeneizadoras de mundo. Pretendem, assim, fechar a porta pela qual adentraram, e que a liberdade de expressão democrática busca manter, historicamente e com muito sacrifício, aberta ao pluralismo, à multiplicidade de vozes.

Posto de modo mais direto, discursos de ódio são, na perspectiva de uma instituição como a *Human Rights Watch*, “[...] qualquer forma de expressão considerada como ofensiva a grupos raciais, étnicos, religiosos e outras destacadas minorias, além das mulheres” (EADS, 2016, p. 52, tradução nossa)⁷.

Ou, como escreve Pablo Salvador Cordech, citado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, os discursos de ódio procuram

[...] perpetrar a marginalização ou subordinação das pessoas pertencentes ao grupo explorado, mediante o desprezo, ou inclusive o insulto [...]; sobretudo quando, na maior parte dos casos, se trata de traços pessoais que a pessoa afetada não pode trocar por sua própria vontade – a cor de sua pele ou seu sexo [...] (CODERCH apud MEYER-PFLUG, 2009, p. 97).

Conceituações como essas nos conduzem a visualizar os discursos de ódio como gramáticas sociais ancoradas em uma profunda busca de segregar este “outro”, de excluir sua “insuportável e indesejável diferença”, isto é, uma fala que expressa uma só mensagem, qual seja, a de “[...] atacar o outro por causa de sua raça, etnia, religião ou identidade sexual” (SMOLLA, 1992, p. 151, tradução nossa)⁸.

Deste modo, devemos reconhecer “[...] que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem

⁷ “[...] any form of expression regarded as offensive to racial, ethnic and religious groups and other discrete minorities, and to women.”

⁸ “To attack another because of his or her racial, ethnic, religious, or sexual identity [...]”.

a própria continuidade da discussão” (SARMENTO, 2006, p. 81).

Em outras palavras, ainda na companhia de Daniel Sarmento, vemos que a

[...] repetição, por exemplo, de afirmações como a de que os judeus são traiçoeiros, os índios são preguiçosos ou de que os homossexuais masculinos são fúteis e devassos, acaba afetando a percepção que a maioria das pessoas têm dos integrantes destes grupos, reforçando estigmas e estereótipos negativos e estimulando discriminações (SARMENTO, 2006, p. 90).

À luz dessas concepções, e apropriando-nos de Paulo Freire, podemos afirmar que os discursos de ódio refletem a circunstância de que o “[...] diferente não é o outro a merecer respeito, é um isto ou aquilo, descartável ou desprezível” (FREIRE, 1996, p. 136).

Todas essas conceituações, ainda que com suas próprias singularidades, desvelam a tensão que subjaz ao âmbito protetivo da liberdade de expressão em contextos que se assumem abertos e plurais, democráticos. Isto é, fazem emergir duas indagações centrais na compreensão do tema proposto: qual a fronteira normativa que a liberdade de expressão não pode ultrapassar sob pena de converter-se em pretensão abusiva a direito? E, até onde uma democracia, como a aqui configurada, pode ir sob pena de negar a si própria, ao seu próprio projeto?

Em síntese, como

[...] defender o máximo de pluralismo possível sem que se prescinda do que é constitutivo da democracia moderna, e que é a expressão daqueles princípios sem os quais ela não pode subsistir? Esse é o problema com o qual nos defrontamos hoje em razão do crescente caráter multiético e multicultural de nossas sociedades (MOUFFE, 1994, p. 106).

Infere-se, dessas passagens, que o grande desafio das democracias modernas é manter a sua identidade aberta ao pluralismo e, simultaneamente, edificar fronteiras que garantam o operar do próprio sistema de direitos, sem que isto signifique fechar e censurar o debate público. Isto é, como Habermas afirma, ao refletir sobre falas fundamentalistas, um “estado constitucional deve aqui realizar um ato duplo: precisa repelir a animosidade dos inimigos existenciais, enquanto evita trair qualquer de seus próprios princípios [...]” (HABERMAS, 2004, p. 8, tradução nossa)⁹.

São essas complexas, tensas e delicadas relações, que se estabelecem entre o exercício da liberdade de expressão, os discursos de ódio e o significado de democracia plural, que nos guiarão no próximo ponto, quando, a partir dos argumentos construídos pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em casos que abordam essa mesma relação conflituosa, buscaremos apresentar certas respostas, não inquestionáveis e nem derradeiras, mas ainda assim respostas às indagações acima

⁹ “A constitutional state must perform a twofold act here: it must repel the animosity of existential enemies while avoiding any betrayal of its own principles [...]”

elencadas.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSOS DE ÓDIO: UM OLHAR EUROPEU¹⁰

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (ECHR, em inglês), edificada na década de 1950, emerge dos escombros da Segunda Grande Guerra, do fenômeno totalitário, do ódio que tornou, em uma escala nunca vista, o ser humano descartável. Isto é, esse documento convencional foi construído como uma espécie de resposta aos horrores perpetrados, resposta essa que, linha por linha, não desconhece que esses mesmos ódios, infelizmente, são um risco sempre presente.

É por esta razão que o ato de ratificar a referida Convenção é tido como pressuposto para se juntar ao bloco europeu, o que desvela a procura de se angariar, normativamente, efetividade às disposições convencionais, ou seja, salvo excepcionais situações¹¹, é a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e seus posteriores protocolos, que dão o tom às relações entre os cidadãos e entre esses e os Estados-Membros e a própria União Europeia.

Nessa linha, o direito à liberdade de expressão é protegido pela Convenção, mas, esse mesmo documento veda, explicitamente, qualquer tipo de discriminação negativa, excludente, além de também determinar que os direitos e liberdades por ela garantidos não sejam interpretados e aplicados com o fim de denegar essas mesmas liberdades fundamentais.

Em termos mais claros, o artigo 10º da CEDH, que aborda a liberdade de expressão, dispõe, entre outros pontos, que essa liberdade inclui a garantia de “[...] receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”. Mas, esse mesmo dispositivo também anota que o exercício dessa liberdade “[...] implica deveres e responsabilidades”, o que faz com que esse exercício possa “[...] ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática [...]”.

Por sua vez, o artigo 14º, que veda discriminações ofensivas, impõe que os direitos elencados na Convenção sejam densificados “[...] sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo,

¹⁰ Registre-se que o cenário estadunidense é marcado por singularidades que o distinguem, quanto ao tema dos discursos de ódio, do restante das democracias ocidentais. Não obstante posições minoritárias, a sua marca é a ideia de um amplo mercado/comércio livre de ideias, como construído por *Justices* como Oliver Holmes, William Douglas e William Brennan. Isto é, o melhor remédio para discursos de ódio seria mais liberdade de expressão e menor intervenção estatal. Neste campo, entre tantos casos, citamos o paradigmático *Brandenburg v. Ohio* (1969).

¹¹ Recuperemos, neste ponto, os casos recentes da França e da Turquia, amplamente noticiados, que, em razão de ações tidas como terroristas, fizeram uso do artigo 15º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o qual dispõe sobre a possibilidade, ainda que com graves ressalvas, de “derrogação em caso de estado de necessidade”, ou seja, em situações concretas de “guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”.

raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

Como que complementando essa sistemática, temos o artigo 17º, que proíbe “o abuso de direito”, dispondo que “nenhuma das disposições da presente Convenção” pode ser interpretada para criar limites maiores do que os previstos convencionalmente, ou com o “[...] sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidas na presente Convenção [...]”¹².

Logo, a Convenção reconhece que existem discursos que, por serem altamente discriminatórios, violam a liberdade de expressão, o que traz, para dentro do debate sobre o âmbito deste direito fundamental, a igualdade de tratamento e o desafio de sermos iguais dentro de nossas existenciais diferenças, sendo esta posição que justifica e legitima, dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma exclusão, qual seja, a dos discursos de ódio, aqueles que incitam a violência contra qualquer forma de vida plural, pois, do contrário, teríamos que admitir a existência de uma liberdade constitucional para ofender, humilhar e excluir, o que soa como uma contradição performativa em termos de democracia constitucional.

Pode-se visualizar que, se a Convenção Europeia garante uma ampla liberdade de expressão, ela também possibilita prever fronteiras e responsabilização ao uso abusivo dessa liberdade, confrontando os discursos de ódio e todas as formas de discriminações injustificadas, permitindo-se, dentro de certos condicionamentos processuais, considerar esses discursos, em suas variadas expressões (xenofobia, antisemitismo, racismo por cor, origem ou orientação sexual, entre outros), como contrários aos princípios e ao projeto de sociedade que a Convenção Europeia busca conformar, podendo, portanto, serem questionados se estão ou não cobertos pela manto protetivo da liberdade de expressão.

É esse parâmetro normativo que faz com que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, sempre nos casos concretos, procure diferenciar discursos tidos como políticos, mesmo que exacerbados e de mau gosto, daqueles que, ainda que implicitamente, apenas fomentam e incitam o ódio a dados grupos sociais, visualizando, nestas últimas situações, não o exercício legítimo e garantido da liberdade de expressão como disposto no artigo 10º, mas sim o abuso do direito, fazendo incidir o artigo 17º, o qual, como acima exposto, veda qualquer interpretação dos dispositivos convencionais que implique a existência de algum direito de praticar atos contrários aos princípios e

¹² Destaque-se que esses dispositivos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos assumem, abertamente, a posição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, adotada pela Organização das Nações Unidas.

liberdades que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos abriga.

Um caso que bem ilustra esta posição interpretativa, entre outros, é o denominado Féret v. Bélgica (2009), o qual versa sobre a condenação, pelo Judiciário belga, por incitamento ao ódio e à discriminação, do presidente do partido de extrema direita Frente Nacional, pela edição, publicação e distribuição de panfletos, em período eleitoral, que, entre outros dizeres, clamavam os belgas a “se levantarem contra a islamificação da Bélgica” (“*Stand up against the Islamification of Belgium*”) e para “enviarem os desempregados não europeus para casa” (“*Send non-European job-seekers home*”), difundindo a imagem de que a comunidade de imigrantes era composta de criminosos e de exploradores dos benefícios do sistema belga.

Em razão de tais fatos, houve um processo criminal, o qual, diga-se, requereu que o Ministério Público belga solicitasse ao parlamento que a imunidade do líder do referido partido fosse levantada, já que o mesmo era também parlamentar. Este processo acabou por levar a uma sentença condenatória de 10 meses de prisão, que foi suspensa e substituída por 250 horas de trabalhos comunitários que envolvessem a integração dos imigrantes, além de declarar a inelegibilidade do condenado por 10 anos. Na visão da Corte belga, tinha ficado claro que o intuito do conteúdo dos folhetos era, deliberadamente, incitar o ódio, a discriminação e a segregação dos imigrantes e de outras minorias, em razão de “raça, cor ou origem nacional ou étnica”.

O caso acabou sendo levado à Corte Europeia dos Direitos Humanos, já que Féret entendeu que seu direito à livre expressão de pensamentos e opiniões, garantido pelas disposições constantes no artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, havia sido violado, o que tornaria a sua condenação ilegítima, abusiva e ilegal.

Não obstante a Corte Europeia reconhecer que havia existido uma interferência no direito à liberdade de expressão, a mesma entendeu que esta interferência, além de estar prevista na legislação belga contra discriminação, também tinha um objetivo legítimo, qual seja, garantir a igualdade de direitos e o direito de não ser injustificadamente discriminado, fundamentos centrais, conjuntamente com o direito de livre pensar, de uma sociedade pluralista e democrática. Nesta linha, a *European Court* afirmou que a decisão belga se coadunava com a Convenção Europeia no que se referia ao combate aos discursos de ódio que visavam a grupos sociais específicos e ao uso ilegítimo da liberdade de expressão.

A referida Corte Europeia acabou por distinguir um discurso aparentemente político do *hate speech*, em que incitar o ódio não é coberto pela liberdade de expressão, já que ofende o direito fundamental de igual respeito e tratamento que os imigrantes possuem, atingindo, de modo reflexo, a toda a sociedade, pois o impacto de tais panfletos foi ainda mais ampliado em razão de sua

publicação e distribuição terem ocorrido em um momento eleitoral, o qual sempre atrai grande publicidade.

Em suma, um discurso político pode ser ofensivo, até mesmo propor “soluções duras para o problema da imigração”, mas não pode, ao menos em uma democracia constitucional, ser traduzido, descontextualizada e inconscientemente, como se fosse uma “simples” peça de propaganda, pois o mesmo pode revelar-se, ainda que em longo prazo, como um estopim para ações violentas e de radical exclusão. Assim sendo, o suposto “discurso político” transmudar-se-ia em “puro ódio”, tornando-se incompatível com o diálogo democrático, o que conduziu que se decidisse que a interferência na liberdade de expressão tinha sido necessária em vista de uma sociedade democrática, não havendo que se falar em violação ilegítima das disposições do artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas sim em uma responsabilização legitimamente aplicada (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009, p. 21-22).

De modo similar, enfatizando o direito à não discriminação, a Corte Europeia, em *Norwood v. Reino Unido* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2003a), nem sequer admitiu receber o caso que dizia respeito a um membro do Partido Nacional Britânico, condenado com fundamento em legislação antidiscriminatória por ter colocado, em sua janela, um *poster* de seu partido em que se via uma representação das Torres Gêmeas de Nova York, em chamas, acompanhada do *slogan* “Islã fora da Grã-Bretanha – Proteja o Povo Britânico” (“Islam out of Britain – Protect the British People”).

Para a Corte Europeia, não havia que se falar em direito à liberdade de expressão, pois era uma situação em que, claramente, atacava-se um grupo social e incitava o ódio contra o mesmo ao vinculá-lo, como um todo, a um grave ato de terrorismo, o que contrariava frontalmente vários dos princípios proclamados pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, principalmente, aqueles referentes ao reconhecimento e à não discriminação (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2003a, p. 4).

Seguindo este trajeto de revelar que, segundo a Corte Europeia, a liberdade de expressão não é sinônimo de “direito a discriminar” ou de “incitar a exclusão”, temos também o caso que envolveu um discurso de ódio em razão de orientação sexual, o caso *Vejdeland e Outros v. Suécia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2012), em que os requerentes foram à Corte Europeia visando rever a sua condenação em decorrência da distribuição, em um ambiente escolar, de folhetos tidos como ofensivos, quando confrontados com a legislação sueca, à comunidade homossexual daquele país nórdico, já que afirmavam que a homossexualidade era uma “propensão sexual desviante ou afastada dos padrões” (“deviant sexual proclivity”), tendo um “efeito moralmente destrutivo sobre

a substância da sociedade” (“*morally destructive effect on the substance of society*”), além de ser responsável pela disseminação da aids.

Os requerentes, membros de uma organização da juventude sueca (*National Youth*), alegaram que não tinham nenhuma intenção de expressar qualquer desprezo pela comunidade homossexual como grupo, mas sim, de fomentar o debate público a respeito da “falta de objetividade” (“*lack of objectivity*”) no trato do tema no sistema educacional sueco, sendo, em realidade, reflexo da liberdade de expressão.

O citado tribunal europeu, quando do momento de dizer o direito, entendeu que as mensagens contidas nos panfletos distribuídos eram seriamente preconceituosas, ainda que não incitassem, de modo direto, qualquer ato violento, considerando a discriminação, com fundamento na orientação sexual, incluída entre as graves e proibidas hipóteses de discriminação em razão de “raça, origem ou cor” (“*race, origin or colour*”), levando a Corte a concluir que o direito à liberdade de expressão não havia sido violado, pois as restrições ao mesmo mostraram-se necessárias ao operar de uma sociedade democrática (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2012, p. 5).

Outra situação envolvendo a tensa relação entre os limites da liberdade de expressão e a exteriorização dos discursos de ódio ocorreu no ano de 2005, na Eslovênia, onde um representante parlamentar, oriundo de um partido extremista, processou por difamação uma publicação local, a qual o teria ofendido com um artigo sobre seu comportamento, traduzido pela revista como radicalmente homofóbico, durante os debates existentes ao tempo em que se votava um projeto de lei que estendia direitos e garantias do casamento a uniões homoafetivas.

Nas instâncias judiciais internas, não obstante reconhecer-se a importância central da liberdade de expressão para a conformação de uma sociedade democrática, a empresa proprietária da revista que publicou a matéria tida como difamatória foi condenada a pagar uma indenização por “danos morais” à imagem do parlamentar, considerando-se, por exemplo, que dizeres como “*cerebral bankrupt*” (“bancarrota cerebral”, em uma tradução livre) teriam excedido o âmbito legítimo do exercício do *free speech*, revelando-se uma pretensão abusiva a tal direito fundamental por parte da revista.

A título ilustrativo, diga-se que a Corte Constitucional da Eslovênia, por maioria (6 x 3), entendeu que, no caso concreto, a revista não estaria acobertada pela liberdade de expressão e de imprensa, tendo ofendido a honra subjetiva do parlamentar, afastando o argumento da revista de que a crítica não tinha como alvo específico a pessoa do parlamentar, mas sim, o modo como ele, enquanto representante, publicamente eleito, havia se conduzido durante as discussões travadas dentro do parlamento, haja vista que, na posição defendida pela revista, o que teria existido não era a exposição

de uma divergência política a respeito do tema em questão, porém fomento e exaltação de discriminações ofensivas a certos grupos sociais da sociedade eslovena em razão de sua orientação sexual.

A empresa, não concordando com a condenação a ela imposta pelos tribunais eslovenos, recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, alegando que o artigo 10º da Convenção Europeia, referente à liberdade de expressão, havia sido violado, pois, no entendimento da proprietária da publicação, o conteúdo da matéria jornalística estaria inserido dentro das acirradas discussões políticas sobre o direito do casamento entre pessoas do mesmo sexo, refletindo os acontecimentos encontrados no próprio espaço parlamentar; além disso, ainda segundo a editora, os tribunais da Eslovênia, ao desconsiderarem as falas estereotipadas, os gestos e posturas que visavam denegrir a comunidade homossexual, levados a efeito por vários parlamentares, entre eles o suposto ofendido, teriam desconhecido a dimensão de resposta a tais atos que o artigo da revista pretendeu concretizar.

Em outros termos, para os proprietários da revista, o texto publicado, intitulado *“Registration of Same-Sex Civil Partnerships Act adopted”*, era apenas um contraponto, sem dúvida duro, mas ainda assim uma legítima reação pública ao comportamento, altamente discutível em razão de sua dimensão pejorativamente discriminatória, que pôde ser visto no parlamento esloveno, por parte de certos setores partidários, no momento das discussões sobre o referido projeto de lei sobre uniões homoafetivas.

No ano de 2014, tal caso, denominado *Mladina D.D. Ljubljana v. Slovenia*¹³, foi julgado pela Corte Europeia, ao final do qual, adiante-se, entendeu-se, por unanimidade, que os tribunais eslovenos haviam violado o direito à liberdade de expressão da empresa proprietária da revista questionada, já que, segundo os juízes do tribunal europeu, as fronteiras permissivas das críticas políticas, oriundas do exercício da liberdade de expressão, eram mais amplas quando envolviam debates parlamentares e políticos sobre temas altamente controversos e de grande interesse público, não podendo, em tais situações, as restrições serem aplicadas a partir de uma lógica exclusivamente privada.

Na visão da *European Court of Human Rights*, a interferência restritiva realizada pelo Judiciário esloveno no direito de livre expressão não teria sido “necessária em uma sociedade

¹³ O caso recebeu tal denominação em razão de que *Mladina D.D. Ljubljana* é a companhia eslovena proprietária da revista semanal *Mladina*, na qual, em junho de 2005, foi publicado um artigo que criticava, arduamente, o comportamento de certos parlamentares do Partido Nacional Esloveno que, ao demonstrarem seu repúdio à proposta de reconhecimento de relações civis entre pessoas do mesmo sexo, teriam transcendido o debate político, expressando, em realidade, “ódios” naturalizados (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014).

democrática” (“*necessary in a democratic Society*”), que é o parâmetro de aferição empregado pelo mesmo tribunal em vários de seus *precedentes*, como pode ser verificado nos casos anteriormente abordados. Ou seja, admite-se a existência de restrições e fronteiras à liberdade de expressão; todavia, tais limites precisam funcionar como condição de possibilidade da mesma democracia, o que, na interpretação do tribunal europeu, impõe que assuntos de interesse de toda a coletividade sejam debatidos do modo mais amplo possível, ainda mais quando as controvérsias envolvam parlamentares e suas atitudes como representantes políticos de parcelas da sociedade.

Desvela-se que, para a Corte de Direitos Humanos da Europa, o alcance normativo do exercício do direito fundamental da liberdade de expressão é mais amplo em relação à atividade política, aceitando-se, inclusive, ásperas críticas, desde que fundamentadas e com intuito de debater posições sobre assuntos de alto interesse social. Isto é, no que concerne aos políticos no exercício de suas funções públicas, o grau de tolerância em relação a discursos que, no campo das interações particulares/privadas, seriam tipificados como difamatórios, caluniosos ou injuriosos, é maior, pois necessários ao próprio operar dos procedimentos legislativos em um Estado Democrático de Direito¹⁴.

Em suma, o contexto em que o artigo da revista havia sido escrito e publicado, contexto este dominado por disputas argumentativas pesadas, legitimava a maneira como os debates e acontecimentos ocorridos no parlamento haviam sido representados e criticados na publicação, circunstância esta que, segundo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, não tinha recebido a devida atenção por parte das instâncias judiciais eslovenas. Ou seja, dentro daquele dado contexto, o artigo não fora construído como uma espécie de “ataque gratuito e pessoal ao parlamentar” (“*gratuitous personal attack on the parliamentarian*”), porém operou como um “direito de resposta ou contraposição” (“*counterpoint/counter-response*”) da parte da sociedade que se sentiu atingida por condutas de parlamentares que visavam ridicularizar, menosprezar e, até mesmo, promover estereótipos negativos da comunidade homossexual¹⁵.

Deste modo, a Corte Europeia de Direitos Humanos, com base em argumentos e assertivas como as acima colecionadas, decidiu que teria ocorrido a violação do artigo 10º convencional (liberdade de expressão), o que, por si só, foi tido como suficiente para invalidar qualquer exigência, judicialmente imposta, de pagamento ou indenização devida ao parlamentar esloveno que se sentiu

¹⁴ “The Court has emphasized on many occasions that a politician must in this regard display a greater degree of tolerance than a private individual, especially when he himself makes public statements that are susceptible of criticism ([...] among many other authorities [...])” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014).

¹⁵ “The article had not, therefore, been a gratuitous personal attack on the parliamentarian, but a counter-response to the parliamentarian’s own public remarks and, in particular, conduct which could be regarded as a ridicule of homosexuals and promoting negative stereotypes” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014).

ofendido em virtude das críticas realizadas pela publicação *Mladina*. Isto é, para a Corte, contextos de debates políticos sobre questões socialmente relevantes admitem poucas e excepcionais restrições, ainda mais quando o criticado é um político (ou outras autoridades públicas) no exercício de suas atividades/funções, sendo que o tribunal europeu, mais uma vez, realçou que qualquer fronteira à liberdade de expressão deve ter como finalidade precípua a manutenção discursiva dos espaços públicos e da própria democracia, fronteiras estas que se mostram tênuas quando tanto o emissor quanto as mensagens/declarações emitidas são públicos e dizem respeito a tema de interesse coletivo¹⁶.

Como penúltimo exemplo, trazemos o caso *Garaudy v. França* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2003b), em que a Corte Europeia enfrentou um caso sobre a chamada literatura revisionista, uma situação em que a disputa pelo sentido de memória transparece com toda força, pois o autor de um livro, que negava a existência do Holocausto judaico durante a Segunda Grande Guerra, foi condenado com base na legislação francesa que combate assertivas que minimizam ou negam crimes de guerra ou contra a humanidade, pois entendeu-se que havia, ainda que no pano de fundo, um incitamento e propaganda de ódio racial. Como nos casos anteriores, também neste o requerente alegou que seu direito à liberdade de expressão tinha sido ilegitimamente restringido.

Em sua decisão, a Corte destacou que negar a existência de um evento histórico da magnitude do Holocausto judaico revelava ser uma preocupante forma de discriminação racial e de incitação ao ódio, não havendo nenhuma ofensa à liberdade de expressão prevista no artigo 10º da Convenção, existindo sim, uma pretensão abusiva a esse mesmo direito fundamental, fazendo incidir o artigo 17º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Nas palavras do citado tribunal, o autor do livro revisionista, ao questionar “[...] a existência de eventos históricos claramente estabelecidos, não constituiu uma pesquisa científica ou histórica; o real propósito era reabilitar o regime Nacional Socialista e acusar as próprias vítimas de falsificarem a história” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2003b, p. 5, tradução nossa)¹⁷.

Por fim, como que iluminando a fronteira entre o legítimo e o abusivo, temos o caso *Erbakan v. Turkey* (2006)¹⁸, “caso concernente a um político que, supostamente, teria incitado, com

¹⁶ “The limits, the Court reiterated, of acceptable criticism were wider as regards a politician, especially when he himself had made controversial public statements, than as regards a private individual” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014).

¹⁷ “Disputing the existence of clearly established historical events did not constitute scientific or historical research; the real purpose was to rehabilitate the National Socialist regime and accuse the victims themselves of falsifying history”.

¹⁸ Coloque-se que o TEDH, não obstante ressaltar seu repúdio a todas as formas pejorativas de preconceito, entendeu, em razão da centralidade da livre expressão para os debates políticos, que a existência de um lapso temporal significativo entre o discurso político-eleitoral, supostamente odioso, e a tomada de providências criminais, não tinha sido razoável,

fundamento em distinções raciais, religiosas ou regionais, a população a ter comportamento hostil diante de certos grupos sociais”, no qual a Corte Europeia constrói uma linha argumentativa que sintetiza, explicitamente, o até aqui exposto, isto é, que a

[...] tolerância e o respeito pela igual dignidade de todos os seres humanos constituem as fundações de uma sociedade pluralista e democrática. Sendo assim, como uma questão de princípio, pode ser tido como necessário em certas sociedades democráticas sancionar ou mesmo prevenir todas as formas de expressão que difundem, incitem, promovem ou justifiquem ódios baseados na intolerância [...] (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, § 56, tradução nossa)¹⁹.

Verifica-se, em todos esses casos, a tensão que perpassa o exercício da liberdade de expressão em espaços que garantem o pluralismo de visões de mundo, pois, se de um lado busca-se potencializar uma ampla e desinibida liberdade de expressão, em suas várias formas e dimensões, de outro também se responsabiliza os falantes por pretensões abusivas ao exercício dessa liberdade fundamental.

3 CONCLUSÃO

Dos argumentos expostos, verifica-se que o exercício ilegítimo e abusivo da liberdade de expressão possibilita a sanção posterior do emitente, não permitindo o controle prévio do conteúdo, já que tal procedimento configuraria censura, ela própria uma afronta à democracia. Além disso, exige-se que essa responsabilização seja realmente necessária e proporcional ao abuso cometido, levando em conta não só o conteúdo do discurso, mas também o contexto em que o mesmo ocorreu, o que só ressalta o fato de que a certeza da impunidade “[...] recompensa o delito, induz à sua repetição e faz sua propaganda: estimula o delinquente e torna contagioso seu exemplo” (GALEANO, 2011, p. 212).

Em realidade, assume-se que discursos de ódio ferem, machucam e, até mesmo, são capazes de matar, assim como “determinar a posição ou o status social de alguém ou algum grupo da sociedade”, isto é, são muito mais que meras falas, já que têm a força de perpetuar exclusões, hierarquias e estigmas opressivos, refletindo o sentido performativo de qualquer ato de fala (LANGTON, 1993, p. 302).

deslegitimando a sanção imposta, levando o tribunal a pronunciar que a liberdade de expressão teria sido violada (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, Press Release, Chamber Judgment).

¹⁹ “[...] tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance [...]”.

Assim, e à luz de várias das disposições constantes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da interpretação que o Tribunal Europeu dá a essas, verificamos que o exercício da liberdade de expressão, por ocorrer em espaços democráticos, não é visto como reflexo de alguma soberania do indivíduo, porém de uma autonomia entre outras autonomias (GUSTIN, 2010, p. 54), em que a livre expressão busca realizar duas tarefas centrais, quais sejam: fomentar e potencializar o diálogo e a diversidade, sendo instrumento de emancipação e autonomia e, ao mesmo tempo, ser parâmetro de aferição e análise daquelas falas que negam, radicalmente, essa mesma diversidade dialogicamente construída.

Estas considerações nos mostram que a noção de responsabilidade passa a ser vital na compreensão do direito fundamental à liberdade de expressão, operando, dentro dos parâmetros aqui vistos, como condição de possibilidade dessa mesma liberdade, isto é, o estabelecimento de fronteiras, desde que razoáveis, previstas em lei, e que não excedam o necessário, podem ser aplicadas, mas sempre a posteriori, jamais antes da liberdade de expressão ser exercida, já que do contrário, estaria sendo configurado uma censura prévia, a qual é terminantemente vedada pela Convenção Europeia e vários dos documentos internacionais aqui citados, pois isso impediria a livre circulação de informações e ideias, o que é central para o operar democrático.

Com efeito, pensar a fronteira da liberdade de expressão em espaços democráticos implica que reconheçamos que não há nenhum “direito de censura” (MIRANDA ROSA apud KUSHNIR, 2004, p. 83), como se para preservar a “boa liberdade” houvesse a necessidade de vetar certos “pensamentos”. Isto é, não negamos que qualquer limite é uma forma de redução do livre discurso, só que tais reduções, quando aplicadas de acordo com princípios do moderno constitucionalismo, como o do devido processo legal, ao contrário de apenas desejar silenciar o “outro”, como os discursos de ódio procuram fazer, pretendem reforçar a dimensão dialógica, tendo a restrição como fim o fomento da alteridade e do pluralismo. Por exemplo, se nos utilizássemos de imagens da economia, diríamos que é o que se busca realizar quando se restringe os oligopólios ou as grandes fusões de empresas que visam dominar o mercado, ou seja, ampliar o acesso e garantir a diversidade dos participantes, para que todos, ainda que potencialmente, possam participar, em igualdade, da liberdade de iniciativa.

Assim, em democracias, a fronteira das fronteiras ao direito à liberdade de expressão, ainda que diante de discursos altamente odiosos, deve estar voltada a ser fomento e ampliação responsável do diálogo e da autonomia dos agentes, o que implica que desloquemos, **não abandonemos**, o campo protetivo dessa liberdade fundamental da figura do “emissor/falante”, para o “ouvinte”, a “audiência”, problematizando não só as circunstâncias que gravitam em torno da emissão, como também os

impactos e efeitos dessa nos contextos e nos destinatários da “fala” proferida.

Outra consideração que podemos tecer é a referente ao fato, presente, ainda que nas entrelinhas de várias dos julgados acima expostos, de que uma tolerância sem limites é uma perigosa ilusão em sociedades que se reconhecem livres, haja vista que tal tolerância ou uma suposta “benevolente neutralidade” (MARCUSE, 1965, p. 88) diante de todos os discursos que a mesma liberdade de expressão possibilita, pode se revelar, paradoxalmente, destrutiva, ou seja, a tolerância descontextualizada, sem história, pode ser um efetivo “instrumento para a continuidade da servidão.” (MARCUSE, 1965, p. 88, tradução nossa)²⁰.

Além disso, podemos verificar, a partir das situações narradas nos casos decididos pelo TEDH, que “[...] muito da discriminação existente em nossa sociedade ocorre sem a ativa participação do Estado”, o que implica que saibamos que “[...] não podemos esperar realizar o ideal constitucional de uma cidadania igualitária se fingirmos que o governo seja o único a discriminar” (LAWRENCE, 1992, p. 801, tradução nossa)²¹.

Demonstra-se, assim, que o desafio maior dos órgãos encarregados de concretizar documentos protetivos como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos é o de discernir os discursos que, não obstante sua ofensividade, estão inseridos em debates políticos e ideológicos, daqueles que, em realidade, configuram uma radical aversão a dadas categorias sociais ou a certas visões de mundo. Ou seja, distinguir situações em que a liberdade de expressão é exercida com intuito de fazer circular e intercambiar posições, informações e ideias, ainda que essas não agradem a todos ou sejam, até mesmo, tidas como desagradáveis e de mal gosto, daquelas voltadas, exclusivamente, para difundir verdadeiras campanhas publicitárias de ódio, incitando e exacerbando preconceitos histórica e naturalizadamente enraizados contra grupos vulneráveis e estigmatizados, contra o “outro”.

Ora, aliado ao que até esse momento foi colocado, verificamos que os discursos de ódio demonstram que o exercício da liberdade de expressão não pode ser desvinculado do contexto histórico em que está inserido, contexto este carregado de experiências e vivências, de heranças, algumas das quais levam a democracia ao seu limite funcional. Ou seja, a liberdade de expressão encontra-se em permanente tensão com os modos “[...] como a dominação se expressa ou se representa no texto e na fala” (DIJK, 1997, p. 19, tradução nossa)²².

²⁰ “[...] an instrument for the continuation of servitude.”

²¹ “[...] recognize that much of the discrimination in our society occurs without the active participation of the state. We know that we could not hope to realize the constitutional ideal of equal citizenship if we pretended that the government was the only discriminator”.

²² “[...] dominación se expresa o se representa en texto y habla.”

De tudo o exposto, pode-se afirmar que documentos como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e sua aplicação pelo respectivo Tribunal Europeu, realçam a enorme centralidade da liberdade de expressão na conformação de um espaço plural, democrático, sendo essa liberdade essencial para potencializar o debate público, em que o direito imprescindível é o de poder divergir das decisões majoritárias. Todavia, também enfatizam que esse direito não é absoluto, podendo ser limitado diante de pretensões abusivas, sendo esses limites, em realidade, condições de possibilidade para o próprio operar da democracia.

Em suma, como anotam Chueiri e Ramos, após realçarem os aspectos “associativos” e de “reciprocidade” existentes em comunidades que se afirmam democráticas, “se a disseminação de obras de conteúdo racista e discriminatório faz com que os discriminados não possam participar da discussão, então mais expressão será certamente pior” (CHUEIRI; RAMOS, 2013, p. 558).

Liberdade de expressão não é sinônimo, dentro do cenário que aqui buscamos construir, de irresponsabilização ou de imunização plena pelas posições livremente expostas, pelas falas de ódio ditas, ou seja, “[...] a posição dos instrumentos internacionais de direitos humanos e das instituições encarregadas do seu monitoramento é no sentido de que o *hate speech* deve ser combatido e punido, e não tolerado em nome da liberdade de expressão” (SARMENTO, 2006, p. 78).

Portanto, assumindo a democracia como um projeto histórico, sempre carente de derradeira completude (ROSENFIELD, 2003), pluralista e arriscado, de luta por reconhecimento, é que entendemos que a linha argumentativa construída no contexto da União Europeia, no que se refere à tensa relação entre liberdade de expressão e discursos de ódio, confluí com a noção, acima citada, de patriotismo constitucional, ou seja, a defesa da democracia “desde uma perspectiva não fundamentalista de respeito recíproco” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 140), em que liberdade, igualdade e diversidade confluem em tensão, pressupondo-se constitutivamente.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF**, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://goo.gl/NNf9FJ>>. Acesso em: 26 set. 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality Shows” e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Comentário ao art. 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 137-140.

CHUEIRI, Vera Karam de; RAMOS, Diego Motta. Liberdade de Expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 14, no. 104, out.2012/jan. 2013, p. 553-579.

COSTA, Sérgio. **Dois Atlânticos**: teoria social, antirracismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

DIJK, Teun A. van. **Racismo y análisis crítico de los medios**. Trad. Montserrat Basté Kraan. Barcelona: Paidos, 1997.

EADS, Linda. Freedom of Speech. In: ENGEL, Jeffrey A. (Ed.). **The Four Freedoms**: Franklin D. Roosevelt and the evolution of an America idea. Oxford (UK): Oxford University Press, 2016, p. 39-70.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. 1950. Disponível em: <<https://goo.gl/67Pfvb>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Erbakan versus Turkey**. 2006. Press Release. Chamber Judgment. Disponível em: <<https://goo.gl/2M9AjT>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Féret versus Bélgica**. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/Cbrixc>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Garaudy versus France**. 2003b. Disponível em: <<https://goo.gl/fGr71S>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Mladina D.D. Ljubljana versus Slovenia**. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/Ygoa15>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Norwood versus Reino Unido**. 2003a. Disponível em: <<https://goo.gl/21rYMd>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Vejdeland e Outros versus Suécia**. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/8FdZZt>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: a escola do mundo ao avesso. Tradução Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Uma Pedagogia da Emancipação. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mendes (Coord.). **Pedagogia da Emancipação**: desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 15-82.

HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Factualidad y Validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Intolerance and discrimination. **I.CON**, v. 1, n. 1, Oxford University Press and New York University School of Law, 2003b, p. 2-12.

HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerance – The Pacemaker for Cultural Rights. **Philosophy**, n. 79, Royal Institute of Philosophy, 2004, p. 5-18.

KAHN, Leo. **Julgamento em Nuremberg**: epílogo da tragédia. Tradução Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1973.

KUSHNIR, Beatriz. **Cães de Guarda**: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988. São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

LANGTON, Rae. Speech acts and unspeakable acts. **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 22(4), 1993, p. 293-330.

LAWRENCE, Charles R. Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment. **Villanova Law Review**, Vol. 37, no. 04, 1992, p. 787-804.

MARCUSE, Herbert. Repressive Tolerance. In: WOLFF, Robert Paul; MOORE JR., Barrington; MARCUSE, Herbert. **A Critique of pure tolerance**. Boston: Beacon Press, 1965, p. 81-117.

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

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, nº. 2, jul/dez, 1994, p. 91-107.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (BRASIL). **Carta das Nações Unidas (1945)**. Disponível em: <<https://goo.gl/SjsryS>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRATES, Francisco de Castilho. O direito à divergência, a ser minoria, ao reconhecimento: alguns apontamentos críticos sobre legitimidade em uma democracia constitucional. **Diritto & Diritti** (Diritto Brasiliiano), 2 fev. 2012, p. 01-19. Disponível em: <<https://goo.gl/82EKru>>. Acesso em: 27 out. 2017.

PRATES, Francisco de Castilho. O habeas corpus 82.424/RS, a identidade constitucional democrática e a liberdade de expressão: alguns apontamentos críticos. **Revista Direito e Liberdade** (RDL-ESMARN), vol. 19, no. 2, maio/ago. 2017, p. 79-116.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho

Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do *Hate Speech*. **Revista de Direito do Estado (RDE)**. Rio de Janeiro, ano 1, no. 4, out./dez. 2006, p. 53-105.

SMOLLA, Rodney A. **Free Speech in an open society**. New York: Vintage, 1992.

UNITED NATION HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://goo.gl/yJV87L>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **International Covenant on Civil and Political Rights (1966)**. Disponível em: <<https://goo.gl/Tiu7f>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **Código Penal Alemão de 1871**. Parágrafo 175. Disponível em: <<https://goo.gl/Apjkk8>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **Leis de Nuremberg**. Disponível em: <<https://goo.gl/PVdKMt>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Francisco de Castilho Prates

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Residente de Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da UFMG (bolsista da Capes). E-mail: castilho_2011@yahoo.com.br