

Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão¹

Freedom of Speech and Hate Speech: an analysis of possible limits for freedom of speech

Riva Sobrado de Freitas
Matheus Felipe de Castro

Resumo: Numa perspectiva de estabelecer os contornos à Liberdade de Expressão e precisar o seu conteúdo depara-se com o discurso do ódio como manifestação dirigida em especial a grupos minoritários da sociedade contemporânea. Para tanto, este trabalho procurou promover, em primeiro plano, um estudo sobre a Liberdade de Expressão, nos moldes liberais. Considerada dessa forma, a Liberdade de Expressão tenderá a admitir o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo aos ofendidos. Por outro lado, quando se trata do esgotamento do paradigma liberal e da afirmação do Estado Social observa-se o reconhecimento pelo Estado das assimetrias sociais e o compromisso com a justiça redistributiva. A Liberdade de Expressão, tutelada pelo Estado Social tenderá a sofrer restrições importantes ao seu poder de autodeterminação, repudiando o discurso do ódio.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Discurso do Ódio. Dignidade Humana.

Abstract: In a view to determining the outlines of the Freedom of Speech and to specify its contents, we face hate speech as an offensive and repulsive manifestation, particularly directed to minority groups in contemporary society. Thus, the study sought to promote, in the foreground, a study of the Freedom of Speech, in the liberal molds. Considered this way, Freedom of Speech will tend to accept hate speech as a legitimate manifestation, albeit at the injury of the victims. On the other hand, when we are dealing with the exhaustion of the liberal paradigm and the affirmation of the Welfare State, we note the recognition by the social state of the asymmetries and commitment to redistributive justice. The Freedom of Speech, warded by welfare state will tend to suffer major restrictions on its self-determination power, rejecting hate speech.

Keywords: Freedom of Speech. Hate Speech. Human Dignity.

¹ Recebido em: 15/02/2013.

Revisado em: 21/03/2013.

Aprovado em: 08/04/2013

1 Introdução

Tratando especificamente das relações estabelecidas entre Liberdade de Expressão e discurso do ódio, o trabalho procura promover um estudo sobre a Liberdade de Expressão, referindo a sua importância para a construção da dignidade humana no Estado Moderno. Para tanto, no artigo, busca-se estabelecer seu conteúdo a partir do século XVIII, momento em que a Liberdade de Expressão se afirma definitivamente e passa a integrar as constituições liberais, como direito fundamental.

Em verdade, a Liberdade de Expressão, desdobrada em diferentes modalidades (Liberdade de Imprensa e Liberdade Religiosa), adquire relevância extrema para a afirmação da burguesia no período das Revoluções Liberais, quer como um instrumento de propagação das ideias revolucionárias (Liberdade de Imprensa), quer para a afirmação do Estado Laico, repelindo qualquer subordinação ou influência da Igreja Católica (Liberdade Religiosa).

Entretanto, a Liberdade de Expressão ao lado das demais liberdades, em face da importância de que se revestem para a construção da democracia liberal/burguesa sempre foram passíveis de punição na sua integralidade, com restrições mínimas, aos moldes do *laissez-faire* e da não intervenção estatal.

De outra parte, essas liberdades assim referidas vão formar o conceito de dignidade humana nos moldes liberais. Considerada dessa forma, a Liberdade de Expressão tenderá a admitir o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo dos ofendidos. Por outro lado, quando se trata do esgotamento do paradigma liberal e da afirmação do Estado Social, observa-se o reconhecimento, pelo Estado, das assimetrias sociais e o compromisso que se estabeleceu (pelo menos ao nível da retórica) com a justiça redistributiva, necessária à pacificação social.

Assim, num primeiro momento, constata-se que o Estado volta-se para as demandas oriundas do conflito capital/trabalho e, posteriormente, para as reivindicações dos movimentos emancipatórios, sempre numa perspectiva de inclusão social, de modo a conferir legitimidade as suas decisões nas democracias contemporâneas.

A Liberdade de Expressão, pelo que se observa, passa então a ser tutelada com maior restrição, e o discurso do ódio, por se tratar de manifestação do pensamento com vistas a humilhar e a calar grupos minoritários, passa a ser repudiado e proibido pelos ordenamentos jurídicos, como forma de garantir a expressão das minorias e o exercício da cidadania.

Constata-se ainda, da leitura dessas transformações, uma alteração profunda no conteúdo da dignidade humana, que abandona a perspectiva de se circunscrever unicamente às liberdades do século XVIII, para incorporar novos valores. Considerando as alterações de conteúdo na dignidade humana e ainda os possíveis limites à Liberdade de Expressão, para garantir a participação de grupos minoritários, indaga-se também no trabalho sobre a viabilidade de restrições de seu conteúdo com base na defesa da dignidade humana. A esse respeito, são levantadas as devidas ponderações e ressalvas, por se tratar a dignidade humana de um valor, que poderá ser revestido de conteúdos ideológicos distintos, cambiáveis no tempo e no espaço.

2 Liberdade e Dignidade Humana: a liberdade como um valor essencial à condição humana

Parte-se da afirmação de que a dignidade humana equivale a um valor existente em sociedade e que corresponde a uma ideia de justiça e de adequação essencial ao desenvolvimento da vida humana em sua plenitude. Naturalmente, a opção, por considerá-la um valor social, flexibiliza substancialmente seu conteúdo, possibilitando alterá-lo em conformidade com as transformações sociais no tempo e no espaço em que estiver situado.

Dessa forma, ao longo da história observa-se conteúdos distintos para dignidade humana, consoante as variáveis políticas e sociais, havendo, pois, diferentes expectativas para dignidade humana, em constante revisão, de modo a corresponder aos novos valores sociais.²

² Martins Costa (2002) com um conceito bem mais restrito de dignidade humana. Para ele, este conceito refere-se apenas à “última ratio da argumentação”, com o objetivo apenas de vedar o que está no limite da inumanidade.

Uma das primeiras aspirações na modernidade (século XVIII), no que se refere à dignidade humana foi a afirmação da liberdade como valor essencial à condição humana. Um espaço sem ingerência de terceiros, de modo a garantir a qualquer indivíduo a realização de seus próprios objetivos, sem o dever de obediência a outrem. Naturalmente, a consciência da liberdade como um poder de autodeterminação necessário à dignidade do ser humano é contemporânea às concepções ideológicas liberais do século XVIII, marcadas pela afirmação da burguesia frente ao absolutismo da monarquia de então. É importante ressaltar que a liberdade para os gregos era unicamente a prerrogativa conferida aos cidadãos de participar das decisões políticas e nisso diferenciava-se do liberalismo clássico. (COULANGES, 1971)

A técnica de tratamento implementada à época, consoante a leitura de dignidade humana promovida pelos liberais consistia na consagração formal das liberdades (em Declarações de Direitos e cartas constitucionais) objetivando unicamente a proteção da autodeterminação individual quase absoluta, oponível somente ao Estado, ressaltando apenas o caráter negativo da tutela.

Várias críticas foram posteriormente empreendidas a essa técnica de tratamento, apontando, sobretudo, a sua superficialidade por não considerar as reais condições dos indivíduos inseridos em sociedade. Essas considerações partiram principalmente dos adversários das Revoluções Liberais, destacando-se entre eles os socialistas, como: Pierre Joseph Proudhon e Michael Bakunin e, posteriormente, Karl Marx e Friederich Engels. De outra parte, também a Igreja Católica formulou objeções à afirmação formal das liberdades e procurou fixar uma doutrina em oposição às teorias socialistas. O Papa Leão XIII, em 1891, divulgou a encíclica *Rerum Novarum* pleiteando uma intervenção ativa do Estado na realidade social, promovendo a proteção dos menos favorecidos e relativizando as liberdades burguesas. Apontou também a importância das prestações positivas por parte do Estado com vistas à realização da liberdade.

De qualquer forma, ainda que eivada em sua origem (século XVIII) dos aspectos ideológicos do paradigma liberal vigente, as liberda-

des permaneceram como um direito de escolha até os dias atuais, apenas sofrendo alterações quanto às técnicas de tratamento implementadas pelos Estados contemporâneos. Caracteriza-se o modelo liberal pela tutela preferencialmente negativa, e o Estado Social pela técnica de tratamento mista: restritiva (negativa), mas também protetiva, em termos sociais, buscando compatibilizar o exercício das liberdades com as necessidades da coletividade.

Nesse sentido, observa-se que a liberdade, quanto ao seu conteúdo, caracteriza-se por não haver submissão a outrem, no fato de não estar sob o controle de terceiros, e de não sofrer restrições impositivas, venham elas do Estado ou de outro indivíduo. Verifica-se, portanto, uma inequívoca conotação de restrição dirigida a todos em sociedade, assegurando ao indivíduo o exercício da sua autodeterminação. (BURDEAU, 1972)

Esse aspecto redutivo em relação à intervenção de terceiros é ressaltado por George Burdeau (1972, p. 10) quando discorre sobre liberdade: “[...] liberdade é a ausência de todo e qualquer constrangimento”. Salienta o autor que essa liberdade poderá ser física ou espiritual, explicando que no segundo caso seria considerada como sentimento de independência. O autor ressalta também a importância da liberdade como a faculdade de participar da elaboração das normas necessárias à manutenção da ordem social. Para ele, o homem seria efetivamente livre, à medida que o poder não lhe pudesse impor atitude para a qual não houvesse dado consentimentos.

Nesse sentido, Isaiah Berlin (1981) apresenta duas expectativas para o conceito de liberdade: a liberdade negativa, oppositora a todo o tipo de ingerência, e nesse aspecto em nada difere da grande maioria dos doutrinadores (*freedom of*), e a liberdade positiva, identificada pela expressão *freedom to*, enfocando a liberdade como participação política, aproximando-se, nessa particularidade, a Burdeau.

Essas características descritas estão compreendidas pela concepção liberal de liberdade. Entretanto, para o Estado Social, cuja legitimidade se funda no compromisso de harmonizar as assimetrias sociais, não basta apenas a garantia do poder de autodeterminação limitado por lei, fruto do consentimento geral. Há necessidade de que a fruição da liberdade se

dê em conformidade com o interesse da coletividade, ou então tal compromisso não terá eficácia social. Observa-se, portanto, plena compatibilidade entre a igualdade formal e o tratamento da liberdade no ideário liberal. De outra parte, a total compatibilidade entre a igualdade material e o reconhecimento das assimetrias sociais, com as técnicas de tratamento dispensadas à liberdade pelo Estado Social.

Com o Estado Social observa-se ainda a emergência de um novo conteúdo para a dignidade humana. Nessa nova leitura, as expectativas a serem contempladas apontam outros valores como forma de garantia de justiça. Então, para além das liberdades, na busca para contemplar os setores menos favorecidos da sociedade, foram incorporados os direitos sociais.

Para Haroldo Laski (1945, p. 17), a liberdade é “[...] ausência de coação sobre a existência daquelas condições sociais que, na civilização moderna, são as garantias necessárias da felicidade individual”. Verifica-se que Laski também faz referência ao aspecto restritivo da liberdade, opondo limites à intervenção de terceiros, muito embora nos moldes já de um paradigma de Estado Social.

Muitos outros autores ainda se poderia relacionar, mas, com certeza, verifica-se a presença de ambas as conotações atinentes à liberdade: a) o aspecto de negação a qualquer coação ou intervenção; e b) a possibilidade apenas de submissão a normas para as quais diretamente ou por intermédio de seus representantes houvesse dado consentimento, no Estado Liberal. Ver-se-á de outra parte no Estado Social, além dessas características elencadas, restrições à própria fruição da autodeterminação, como: função social da propriedade, para além da realização do poder de polícia condicionando as liberdades de maneira geral.

Conclui-se, pois, que a liberdade consiste em um direito de escolha, exercido em determinada situação, circunstância ou espaço social, na qual o indivíduo ou um segmento social (para os casos de liberdade coletiva) exercem plenamente a sua autodeterminação. De outra parte, observa-se que a liberdade é por definição limitada. Exclusivamente pela atividade legislativa, nos moldes liberais, com a indicação das condutas ilícitas e,

no Estado Social, com restrições outras (além das já elencadas para o Estado Liberal) tendo em vista as necessidades sociais.

3 Considerações sobre os Limites ao Exercício da Liberdade: legalidade infraconstitucional e dignidade humana

Compreendendo a liberdade como um poder de autodeterminação, reconhecido pelo Estado e positivado em suas constuições, por se tratar de um direito fundamental, cumpre-se indagar sobre as reais possibilidades de opor limites ao seu exercício.

Certamente, em qualquer circunstância, a liberdade ou as liberdades em espécie deverão respeitar os contornos da esfera de autodeterminação traçada pelo ordenamento jurídico, convivendo em harmonia com outros preceitos constitucionais, de modo a não discrepar da unidade sistêmica pretendida e, de outra parte, não deverão incorrer em condutas ilícitas, preestabelecidas pela legislação infraconstitucional.

Dessa forma a lei, como decisão oriunda da soberania popular teria legitimidade incontestável para lhe oferecer restrições, indicando as condutas ilícitas quanto ao seu exercício. Entretanto, para os casos em que a legislação ordinária fosse silente, poderia-se invocar o princípio da dignidade humana para opor limites à fruição das liberdades de maneira geral? Nos casos em que o princípio da dignidade humana tem previsão constitucional, como é o caso brasileiro (artigo 1º, III, da Constituição Federal), pela natural irradiação que os preceitos constitucionais devem proporcionar às situações concretas em sua interpretação, essa possibilidade seria defensável, todavia, nem sempre haveria consenso a respeito, especialmente para os casos de não previsão constitucional.

Considerando, por outro lado, as possibilidades de restrição ao exercício das liberdades promovidas pela legislação ordinária, forma tradicional prevista pela maioria dos ordenamentos jurídicos de tradição romano/germânica, haveria maior consenso a respeito, desde que não fosse colocada a liberdade em tela como um valor de hierarquia superior aos demais direitos fundamentais.

Assim, passa-se então a discorrer sobre o mecanismo já referido, numa tentativa de melhor compreender a natureza das restrições impostas à fruição das liberdades em espécie, por meio de legislação infraconstitucional. Entre as variáveis de comportamento em face do dever ser estatal, identifica-se apenas três possibilidades de ação para o indivíduo: ou ele está obrigado ao cometimento de um ato; ou está proibido a empreendê-lo; ou, ainda, para aquela circunstância estabelecida por lei existe a garantia de escolha da conduta mais adequada. Trata-se, este último caso, da liberdade: um direito à autodeterminação, reconhecido pelo Estado.

Entretanto, mesmo havendo previsão legal para escolha, a liberdade não poderá ser exercida de forma ilimitada. É fundamental o entendimento de que a escolha, por definição, apresenta limites quanto ao seu exercício. Qualquer conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de autodeterminação poderá ser objeto de repressão. Assim, por exemplo: a liberdade de Manifestação do Pensamento, estabelecida pelo ordenamento jurídico, não autoriza a calúnia ou a injúria, condutas estas situadas para além da possibilidade de escolha garantida pela liberdade de expressão. Nesse sentido, poderia-se observar ainda outro exemplo: a liberdade de Culto Religioso. Essa liberdade não é compatível com o sacrifício de crianças, ainda que isso esteja previsto em algum ritual religioso. São, pois, condutas inadmissíveis, reprovadas pela sociedade, que teriam ultrapassado os limites da liberdade de culto religioso, passível, portanto, de ação repressiva estatal.

A liberdade, quando inserida e tutelada pelo ordenamento jurídico, faz contraponto com a legalidade, por ele mesmo estabelecida, que lhe oferece os limites de atuação e escolha. Objetiva-se que o indivíduo poderá, no exercício da liberdade, escolher livremente até encontrar uma lei que lhe imponha uma obrigação ou uma proibição. Deverá então autodeterminar-se até que uma lei disponha em sentido contrário a sua escolha. A proibição e a obrigação quando objeto de lei (espécie normativa originada do legislativo) constituem os limites ao exercício da liberdade.

Dessa forma, tem-se o núcleo da liberdade tutelada diretamente pela Constituição, por se tratar de Direito Fundamental. Entretanto, os contornos que lhe estabelecem limites estão disponibilizados mediante leis do

ordenamento jurídico que impõem obrigações ou proibições. É importante, entretanto, ressaltar que esses limites deverão se originar em leis em sentido estrito, ou seja ato normativo originado do Congresso Nacional. O sentido para esse entendimento é preciso: a limitação para o exercício da liberdade somente poderá advir de decisão para a qual houve consentimento popular. Assim, somente a lei como decisão oriunda da soberania popular (diretamente ou mediante seus representantes) teria legitimidade para opor limites ao exercício da liberdade. Por extensão, consoante Ferreira Filho (1988), outros atos normativos primários seriam capazes também de estabelecer tais limites: medidas provisórias e leis delegadas.

Verifica-se, pois, que os limites ao direito de escolha somente poderão ser interpostos pela vontade popular, expressa por intermédio de leis, buscando sempre a defesa do interesse da coletividade, na proteção do direito de todos. Decretos regulamentares, portarias e outros dispositivos não teriam legitimidade popular para tanto e seriam tentativas infrutíferas em face da legalidade exigível para o caso em tela.

4 Liberdade de Expressão e Liberdade de Convicção: semelhanças e distinções

A Liberdade de Pensamento como modalidade de liberdade considerada em si mesmo, antes de sua comunicação dirigida à sociedade, pouco interesse tem despertado para a diversidade dos doutrinadores na área do direito. Em verdade, compreende-se tratar de matéria unicamente atinente ao próprio indivíduo e sua esfera intelectual, sem interesse à sociedade e ao ordenamento jurídico. Em que pese essa afirmação desconsiderar a importância dos formadores de opinião (proselitismo), ou da mídia, ou ainda a força da propaganda, para além de eventuais manipulações dos fatos veiculados, capazes de condicionar o pensamento, ainda hoje tal entendimento é ensinado de forma recorrente. A preocupação com a tutela da liberdade na própria elaboração do pensamento tem sido relegada a segundo plano.

Entretanto, parece não haver dúvidas no que se refere à tutela do pensamento quando ele se desloca do foro íntimo, ou simples função psi-

quica, para a palavra manifesta. Tutela-se, portanto, a Liberdade de Manifestação do Pensamento quando dirigida ao público, ou em caráter sigiloso. De igual maneira, essa proteção alcança a palavra escrita, ainda quando veiculada pela imprensa.

Observa-se então que a Liberdade de Pensamento ganha expressão como uma liberdade primária, da qual outras liberdades são derivadas (COLLIARD, 1972). O Ser Humano, social por excelência, sente a necessidade de transmitir seu pensamento, de forma direta e imediata, quando se encontra em presença de outro homem. Tem-se então a Liberdade de Pensamento que poderá ter caráter público ou sigiloso. Entretanto, quando houver entre o Ser Humano que emite o pensamento e a pessoa que o recebe, um veículo de comunicação (imprensa, televisão, rádio, etc.) tem-se para o caso descrito o desdobramento de mais um aspecto da proteção: a Liberdade de Imprensa, ou a tutela do Direito de Informar, essencial à consolidação da democracia nos Estados contemporâneos. Consistem ambos no direito de veicular livremente o pensamento e os fatos, sem submetê-los à censura de qualquer natureza.

Como decorrência do Direito de Informar (liberdade individual) afirma-se o direito da coletividade à informação. Observa-se, portanto, o deslocamento da liberdade individual (liberdade de imprensa) para o direito de caráter difuso: o Direito da coletividade à informação (GRECO, 1974). De outra parte, entre as liberdades que focam o pensamento, ressalta-se a necessidade ainda de uma distinção que se refere aos casos em que o pensamento abandona a singeleza de um simples pensar, sem grandes comprometimentos, para transformar-se em uma convicção de cariz filosófico ou religioso. Nesses casos, as repercussões são profundas e transformadoras na órbita do comportamento humano. Uma convicção, de natureza filosófica ou religiosa, não se restringe apenas ao foro íntimo, implica a externalização de um agir em sociedade, consoante a ideologia adotada. Torna-se inclusive muito difícil a identificação de uma convicção. Invariavelmente, aquele que a possui evidencia um comportamento pertinente ou uma atitude intelectual consoante a convicção de sua escolha.

Assim, por exemplo, aquele que adotou por convicção a filosofia “*Vegan*”,³ terá o hábito de alimentar-se sem a ingestão de alimentos derivados de animais, por convicções éticas de respeito a eles. Também vai apresentar-se vestido com tecidos não especistas, como couro, seda, lã, etc. Verifica-se, portanto, que a convicção não constitui apenas um pensamento fortuito, facilmente cambiável, mas, ao contrário, implica a reprodução de hábitos comportamentais próprios a essa convicção. Não se trata de proselitismo, ou do simples ato de manifestar o pensamento. Fala-se de uma interação em sociedade pautada pela convicção.

Situação equivalente há de ser observada quando a convicção recai sobre as religiões em geral. É comum encontrar padres fora de seus templos católicos envergando vestimentas sacerdotais, como batinas e crucifixos; judeus exibindo, em festas ou em público, nas ruas, sua Kipa e a utilização das burcas por mulheres muçulmanas.

Ao observar tais fatos, conclui-se que o respeito à liberdade de convicção (filosófica, política ou religiosa) não pode se restringir apenas à Liberdade de Culto Religioso ou à Liberdade para a criação de partidos políticos ou agremiações para a veiculação de ideologias. Sem dúvida, a tutela dessas liberdades é fundamental à garantia da liberdade de convicção. Entretanto, o que se ressalta aqui é a necessidade de uma proteção mais ampla para a Liberdade de Convicção, que deve compreender o respeito à exteriorização de um comportamento, para além dos templos religiosos, consentâneo com a convicção, como forma de garantia da dignidade de cada um, em sua diversidade. Ainda, como Liberdade de Convicção, aponta-se também a importância do direito de criar a sua própria religião, bem como de não seguir nenhuma, adotando o ceticismo.

³ *Vegan* é a terminologia utilizada na língua inglesa; no português utiliza-se a palavra vegano. Porém, termo esse bem menos conhecido do que o primeiro citado. Para saber mais sobre essa filosofia acessar o *site* <www.americanvegan.org>.

5 Liberdade de Expressão e Liberalismo: técnicas de tutela promovidas pelo Estado Liberal

Com vistas a desenhar uma estrutura organizacional para os Estados modernos, afastar definitivamente os regimes absolutistas e estabelecer as bases para a implementação das democracias modernas, ganha força na segunda metade do século XVIII o movimento social conhecido como: “Constitucionalismo”.

Com pretensões jurídico-políticas, esse movimento teve por objetivo implantar, por meio das cartas constitucionais escritas, um sistema que, ao mesmo tempo, pudesse estabelecer limites irreversíveis ao exercício do poder do Estado e garantir, em contrapartida, os direitos essenciais do cidadão. Tratou-se, portanto, de um movimento em defesa das constituições, mas, sobretudo, uma proposta política de cunho ideológico/revolucionário com vistas a promover limites ao exercício do poder da monarquia absolutista, para garantir em contrapartida, o mais amplo poder de autodeterminação para a burguesia emergente.

Dessa forma, quando se considera a dimensão social e política do movimento constitucionalista, a partir de meados do século XVIII, deve-se, sobretudo, ressaltar sua importância para as Revoluções Liberais e para a ascensão da burguesia que constituíram referências relevantes para a derrocada do absolutismo e a definição do paradigma liberal clássico. Para o segmento social burguês, expressivo em termos econômicos, a referência central foi a luta em defesa das liberdades como valor essencial à dignidade humana e a construção de um Estado com ingerência mínima quanto ao poder de autodeterminação de seus cidadãos: o Estado Gendarme.

De outra parte, a criação do Estado moderno representou também, e de maneira inequívoca, a opção por uma racionalidade laica, baseada em ideias iluministas que, entre tantas propostas, também repeliam qualquer subordinação aos preceitos religiosos afirmando a autonomia entre o pensamento político e o religioso. O Estado moderno está, portanto, ligado a essa nova racionalidade política que ganha expressão no século XVIII e surge laico, em oposição ao Estado Confessional.

Quanto ao Estado Moderno laico é interessante notar também que ele não adota uma ideologia irreligiosa ou antirreligiosa. A convivência entre as esferas temporal e espiritual traduz-se em autonomia e reciprocidade e não significa confronto entre Estado e Igreja. Dessa forma, pode-se observar que a construção histórica de afirmação das liberdades tem início com a proteção da liberdade religiosa numa tentativa de demarcar os espaços ocupados pelo pensamento político e o ideário religioso. No século XVIII, a grande maioria dos Estados reivindicam princípios laicos, como forma de afastar a Igreja Católica de qualquer ingerência política.

No que se refere à reciprocidade e à autonomia entre religião e política, John Locke manifesta-se em sua obra, *Epístola sobre a tolerância*, afirmando que o poder político não deve emitir juízos sobre religião, por não ter legitimidade ou competência para elaborar conceitos em matéria de fé. De outra parte, ele indica que a Igreja deve se restringir ao campo exclusivamente espiritual, por meio do culto a Deus, sem qualquer ingerência em bens terrenos e, sobretudo, não utilizar-se da força como elemento de persuasão. A adesão à fé, segundo o autor, deve advir espontaneamente, pela formação livre de uma convicção religiosa.

John Milton em 1644, em sua obra *Areopagítica*, defende a Liberdade de Expressão como livre discussão de ideias e expõe suas críticas à coação como forma de impor uma vontade externa. Também aponta os livros como repositórios da sabedoria da vida, considerando a censura um homicídio à própria razão.

Voltaire (2000) redige o *Tratado da Tolerância* baseado no assassinato de Marc Antoine, filho de Jean Calas, pelo seu próprio pai, para impedi-lo de converter-se ao catolicismo. Voltaire é ainda responsabilizado por autores como Lee (1990) e Brugger (2007), inclusive, por ter estabelecido argumentos para o discurso do ódio, na defesa da Liberdade de Expressão e Convicção Religiosa.

O que parece interessante ressaltar neste momento é a importância que a defesa das Liberdades de Expressão e de Convicção Religiosa adquire para a edificação do Estado moderno e para a afirmação do paradigma liberal: a liberdade de Expressão do Pensamento, torna-se essencial, como forma de garantir a vinculação e propagação do ideário das Revolu-

ções Liberais e, de outra parte, a Liberdade de Convicção Religiosa opõe limites ao poder político da Igreja Católica procurando afastá-la de qualquer ingerência nessa área.

Assim, descartada a monarquia absolutista com a construção do Estado mínimo e a divisão das funções do poder estatal, estabelecida em cartas constitucionais, e ainda afastada a ingerência da Igreja em assuntos políticos, pode então a burguesia ascender de forma irreversível ao cenário político da modernidade. Essas transformações, como forma de evitar eventuais retrocessos, aparecem firmadas nas Declarações de Direitos posteriores às Revoluções Liberais.

A Revolução Americana de 1776 proclama as Declarações de Direitos dos Estados Americanos de 1776 e dá lugar à edição da Declaração da Virgínia de 1776. A Liberdade de Convicção Religiosa acha-se mencionada no seu artigo 16. A Igualdade formal também vem garantida na seção 4, e o artigo 12, por sua vez, positiva a Liberdade de Imprensa como garantia à Liberdade de Expressão.

Em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão lança os fundamentos para a afirmação da ordem liberal, conclamando a relevância das constituições para esse propósito (artigo 16). Nessa oportunidade, evidencia também clara opção pelo laicismo, estabelecendo (artigo 10) a Liberdade de Opinião, inclusive a religiosa, desde que a sua manifestação não confronte a ordem pública.

Observa-se ainda nesta declaração a consagração do princípio da igualdade na sua dimensão formal, ao lado das afirmações das liberdades como direitos fundamentais do Homem. Entre as principais características do paradigma liberal, firmado à época pelas Revoluções Liberais e pelas Declarações de Direitos, é possível destacar algumas que parecem contribuir para o tema desenvolvido:

- a) A defesa das liberdades como poder de autodeterminação opo-nível ao Estado, cuja afirmação torna-se essencial à garantia da dignidade humana, consoante as expectativas da burguesia no século XVIII.

- b) As Liberdades de Expressão e de Convicção Religiosa ganham especial destaque no período revolucionário, consolidando o espaço apropriado à implementação da liberdade econômica e seus derivativos, necessários ao desenvolvimento da economia nos moldes burgueses.
- c) A igualdade é formalmente declarada como um atributo próprio da Humanidade, sem as necessárias considerações sobre assimetrias reais da sociedade. A igualdade formal contempla perfeitamente as necessidades do segmento burguês em ascensão, mas exclui os setores subalternos da sociedade.
- d) A defesa de um Estado de mínima ingerência na vida econômica e social, sem o compromisso com as demandas dos setores subalternos da sociedade. Tal proposta atende perfeitamente à necessidade plena de autodeterminação propugnada pelo segmento burguês em ascensão.

Dentro desse cenário, no qual se desenvolve o paradigma liberal clássico, as técnicas de tratamento implementadas para a tutela das liberdades serão extremamente permissivas, na medida em que o Estado que as garante se abstem de qualquer intervenção, consoante o princípio do *laissez-faire*. De outra parte, para o segmento burguês, a defesa das liberdades de forma irrestrita está intimamente ligada ao exercício da sua cidadania como ator social: plena, livre e sem restrições.

Dessa forma, dentro da perspectiva liberal/burguesa, as liberdades em geral, e em especial a Liberdade de Expressão, devem ser fruídas sem restrições, justificando inclusive a exclusão social de setores subalternos da sociedade. Em face dos argumentos apontados haveria, no que se refere à Liberdade de Expressão, plena justificativa para a proteção do discurso do ódio, discriminatório que é na sua essência, ainda que pudesse significar a exclusão social de grupos sociais minoritários.

6 Liberdade de Expressão e Estado Social: o reconhecimento das assimetrias sociais

Com a afirmação das concepções liberais seguiu-se um período extremamente propício à concentração de capital e ao desenvolvimento tecnológico, entretanto, é forçoso reconhecer que a evolução gerada pela implementação do ideário liberal não se deu de forma linear. Ao contrário, a capacidade para a concentração de riqueza criou condições favoráveis ao surgimento das crises cíclicas na economia do mundo ocidental, que desencadearam as Guerras Mundias do século XX, evidenciando as contradições do sistema econômico liberal.

A partir de então foi possível observar a afirmação do paradigma de intervenção estatal em substituição da ordem liberal de intervenção mínima e da emergência do Estado Social de corte intervencionista com escopo de solucionar as falhas da liberdade de mercado. Para tanto, o Estado passou ao reconhecimento das assimetrias sociais, promoveu o controle da economia (incentivando seus setores vitais) e procurou implementar a justiça redistributiva necessária à pacificação dos conflitos sociais.

O reconhecimento pelo Estado Social de novos atores, com expectativas específicas, distintas das tradicionais demandas burguesas (o proletariado) levou à reconfiguração do conteúdo da dignidade humana pela incorporação de novos direitos (direitos sociais) oriundos das reivindicações dos grupos sociais subalternos. Assim, constata-se a incorporação paulatina dos direitos trabalhistas e previdenciários ao rol das liberdades já assimiladas pelo conteúdo da dignidade humana, como forma de administrar o conflito capital/trabalho.

Posteriormente, já na década de 1990, mais conhecida como a época do “pós-socialismo”, observa-se uma realidade bastante distinta no que se refere à esfera social. A fragmentação do tecido social tornou-se evidente com a emergência de grupos organizados, com reivindicações próprias, que imprimiram modificações profundas à sociedade contemporânea. Em verdade, essas novas expectativas geraram solicitações que privilegiaram sobretudo as diferenças existentes entre os vários setores sociais, confrontando-os com os valores tradicionais que atribuíram ao Estado a respon-

sabilidade pela minoração das desigualdades, deixando em segundo plano a diversidade. (ROSANVALLON, 1997)

Esse descompasso entre o valor básico que fundamentou o Estado Social, qual seja: a diminuição das desigualdades sociais e os valores denominados “pós-materialistas”, que buscam, sobretudo, qualidade de vida (ecologia, lazer, etc.), muito contribuiu para a transformação dos Estados intervencionistas de cunho social. Dessa forma, outros tipos de injustiças, para além da luta do proletariado se fizeram presentes e buscaram seu reconhecimento, pontuando descontentamentos e distorções que não seriam solucionados unicamente por meio da justiça redistributiva.

De outra parte, a ideia do reconhecimento dos mais variados grupos sociais implicou na necessidade de garantir a liberdade de expressão para esses segmentos minoritários como forma de viabilizar sua participação política, com vistas à construção de uma democracia pluralista, numa perspectiva de inclusão social. As lutas e as exigências de justiça desses movimentos libertários estão referidas na importância do reconhecimento de suas diversidades, secundarizando para tanto inclusive dimensões ontológicas relevantes que poderiam ativar reflexões políticas mais abrangentes (exemplo: construção de um projeto comum emancipatório contra a opressão), do que uma simples retórica de conteúdo moral e apelo ao reconhecimento das diferenças.

Quando se observa essa dinâmica própria dos movimentos sociais contemporâneos, constata-se a importância da qual se reveste a Liberdade de Expressão para a construção da democracia pluralista que se afirma na atualidade. O novo imaginário da era “pós-socialismo”, quando fez emergir movimentos emancipatórios renovou as expectativas quanto ao exercício das Liberdades de Pensamento. Essas Liberdades transformaram-se em veículos relevantes para a propagação das ideias necessárias à construção de um novo referencial para a dignidade humana, possibilitando a formação da identidade de grupo, intercâmbio de opiniões e experiências, e, ainda, a exposição de suas reivindicações.

Para fazer frente às novas demandas, especialmente aquelas ligadas à etnia, ao gênero e às discriminações, as mais variadas, foram formuladas políticas públicas sociais de inclusão, sempre dentro de uma pers-

pectiva de proteção das diversidades originadas dos setores desfavorecidos. Portanto, para o Estado contemporâneo, a Liberdade de Pensamento tem caminhado juntamente com a defesa da dignidade desses segmentos minoritários. Dessa forma, o paradigma estatal de intervenção, dentro de uma perspectiva de inclusão, seria ideologicamente incompatível com a proteção do discurso do ódio, na medida em que tal manifestação é em essência segregacionista e tem por objetivo humilhar e calar a expressão das minorias.

7 Discurso do Ódio: a busca de um conceito operacional

Em verdade, trata-se o discurso do ódio de uma variável da Liberdade do Pensamento e, como tal, como apenas sentimento de rejeição ou ódio não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Entretanto, quando manifesto, o discurso do ódio repercute como expressão do pensamento e, de acordo com Jeremy Waldron (2010), passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar no tempo de acordo com o veículo de transmissão utilizado.

Assim, a palavra veiculada oralmente, dirigida ao público trará impacto imediato, mas, se impressa e publicada, poderá promover um dano que permanecerá ao longo do tempo. Consequentemente, é possível afirmar que um discurso consoante o meio de divulgação escolhido promoverá maior impacto (LEAL DA SILVA *et al.*, 2011). Nesses casos teria-se, com o advento das novas tecnologias (internet), a viabilidade de um prejuízo em escala mundial, trazendo ainda uma dificuldade maior no que se refere à questão do anonimato e sua investigação de autoria. (MACHADO, 2002)

Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (*hate speech*), observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social.

A esse respeito observa-se Thweatt (2001), em suas considerações sobre o discurso do ódio, ressaltar que, para além das discriminações de grupos minoritários, o foco central do ódio é a desvalorização do outro. Por outro lado, há que se pontuar o dano difuso provocado. Em verdade, ainda que um indivíduo seja referido nesse discurso haverá violência ao segmento social ao qual ele pertence, na sua integralidade. Trata-se, portanto, de um dano não divisível e difuso em sua abrangência. (SILVEIRA, 2007)

De outra parte, é possível observar que tal discriminação indica não apenas uma diferença, mas uma assimetria entre duas posições: uma supostamente superior, daquele que expressa o ódio, e outra inferior, daquele contra o qual a rejeição é dirigida. O objetivo pretendido é humilhar para amendrontar pessoas ou grupos sociais evidenciando que, por suas características específicas, eles não são dignos da mesma participação política (WALDRON, 2010). Calar, excluir e alijar são propósitos da manifestação do ódio.

Alguns autores, como Simon Lee (1990), atribuem a Voltaire a responsabilidade pela defesa do discurso do ódio como manifestação legítima do pensamento, necessária à afirmação da democracia. Para esses casos a tolerância deveria provir dos setores discriminados que suportariam as ofensas originadas dos discursos em nome da defesa da democracia. Esta é, por exemplo, a proposta de Escámez (2005, p. 11) que propugna pela “Tolerância como uma resposta frente à humilhação das sociedades modernas”.

Sem dúvida, a democracia considerada pelos padrões liberais burgueses contemplaria a Liberdade de Expressão, exercida em sua plenitude compreendendo inclusive a manifestação do ódio. Assim, haveria prevalência da Liberdade de Expressão sobre a dignidade dos ofendidos. De outra parte, a aceitação de discursos do ódio legitimaria a competição entre eles, sempre com a crença de que o melhor discurso prevaleceria, cabendo aos ofendidos aguentar a rudeza da violência levada a efeito.

Entretanto, se enforcamos a democracia contemporânea que se afirma em sua pluralidade, a tolerância significa respeito à alteridade e à personalidade do ofendido, conseqüentemente, o discurso do ódio, na

medida em que tende a inviabilizar o caráter comunicativo da Liberdade de Expressão não pode ser aceito, quer pelo desrespeito aos direitos do ofendido, quer porque busca a sua exclusão do exercício da cidadania, comprometendo a própria democracia.

8 Discurso do Ódio: tutelas distintas em diferentes países

A permissividade para com ou a proibição do discurso do ódio é matéria controvertida nos mais diversos ordenamentos jurídicos, refletindo a opção política/ideológica do paradigma estatal. Isso resultará em tratamentos distintos do tema: os Estados liberais tenderão a valorizar a Liberdade de Expressão de forma irrestrita, protegendo, na prática, o discurso do ódio (BRUGGER, 2007), enquanto os Estados sociais oporão limites à Liberdade de Expressão como forma de proteger a manifestação dos grupos minoritários, para legitimar as decisões em suas democracias. Vejamos como alguns ordenamentos jurídicos tratam o tema.

8.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a primeira emenda da sua Constituição apresenta vedação expressa ao Congresso, no que se refere à atividade legislativa, destinada a opor limites à Liberdade de Expressão, bem como à Liberdade de Imprensa. Dessa forma, a Suprema Corte estadunidense tem sistematicamente protegido o discurso do ódio como forma de garantir a Liberdade de Expressão, inclusive desprestigiando outros valores. Entretanto, segundo Owen Fiss (2005), nem sempre isso ocorre dessa forma, houve momentos em que ganhou destaque o entendimento de que a Liberdade de Expressão deveria sofrer restrições. Essa situação ocorreu quando se pretendeu a supressão do Partido Comunista nos Estados Unidos, sob a justificativa da necessidade de inviabilizar a propagação do stalinismo.

O maior perigo, entretanto, no que se refere ao discurso do ódio, não é a persuasão do discurso a outros membros da sociedade, mas, ao contrário, é a imposição autoritária de ideias preconceituosas com o propósito de fazer calar grupos minoritários (FISS, 2005). Decisão importan-

te, reveladora dessa proteção, está referida no caso *Brandenburg versus Ohio* em 1969, no qual um indivíduo líder da Ku Klux Klan foi condenado pela Suprema Corte de Ohio por fazer apologia ao crime, defender a violência e os métodos de terrorismo como meio de empreender reforma política e industrial.

Em uma reunião filmada por um jornalista convidado havia ainda o pronunciamento de palavras de ordem valorizando brancos e depreciando negros e judeus. Essa decisão foi revertida pela Suprema Corte estadunidense. Os juízes Black e Douglas entenderam que a doutrina do perigo claro e eminente de dano (*clear and present danger*) não deveria ser levada em conta em tempos de paz, na interpretação da primeira emenda da Constituição. A Corte constatou, ainda, a falta de evidência do encitamento, porque a Ku Klux Klan defendeu ideias abstratas e com convicção, não tendo o governo o poder de invadir o espaço da crença.

Outra decisão no sentido da proteção do *hate speech* aparece descrita no caso *R.A.V. versus City of Saint Paul* (1992), Minnesota. Nessa oportunidade, alguns adolescente foram presos por invadir o quintal de uma família afrodescendente e atear fogo a uma cruz. A Suprema Corte de Minnesota, com base em legislação estadual, que tipificava crimes motivados por preconceito, entendeu que tal ato consistia em clara demonstração de depreciação em razão de raça e proferiu a condenação.

A Suprema Corte estadunidense, entretanto, reverteu também essa decisão considerando, inclusive, inconstitucional a Lei do Estado de Minnesota, porque ela estabelecia restrições para preconceito, envolvendo raça, cor, credo religioso, etc.; proibindo palavras de ordem que contivessem o discurso do ódio. Argumentou ainda que o governo não pode regular categorias de discurso com base em hostilidades ou favoritismos, como os discursos depreciativos em razão de raça, por exemplo. Essas manifestações estariam protegidas pela Liberdade de Expressão e pela primeira emenda da Constituição estadunidense.

8.2 Alemanha

Em países como a Alemanha, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, observa-se preocupação clara com a regulação da Liberdade de

Expressão e a repercussão do discurso do ódio. Sem dúvida, a Liberdade de Expressão constitui direito fundamental, mas convive com o princípio da dignidade humana a lhe opor limites. É importante ressaltar também que o princípio da dignidade humana adquire valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico alemão consagrado no artigo 1º da Lei Fundamental, Constituição promulgada no pós-guerra conhecida como a Lei Fundamental de Bonn. (SILVEIRA, 2007)

Dessa forma, haverá sempre a ponderação entre a Liberdade de Expressão e outros direitos fundamentais. Para os casos de violação de um direito constitucional, a solução se dará pelo princípio da proporcionalidade, com base em uma análise multinível, consoante Winfried Brugger (2002).

Por outro lado, é importante mencionar também que a negação do holocausto não é considerada manifestação do pensamento possível. Para a Alemanha trata-se de negação de fato ocorrido e não de mera expressão do pensamento. Esse entendimento advém do julgado da Corte Constitucional alemã de 1994, que se posicionou sobre a tese revisionista do historiador David Irving sobre a não existência do holocausto, como um dado histórico. (SARMENTO, 2006)

Caso relevante, entretanto, ocorrido na Alemanha, na década de 1990, refere-se à condenação de alguns indivíduos por crime de insulto às Forças Armadas. Essas pessoas foram condenadas pela distribuição de cartazes que continham afirmações de que os soldados eram assassinos em potencial. A Corte Constitucional alemã discutiu a condenação entendendo que não havia hipótese de crime contra a honra, na medida em que não havia acusação de homicídio dirigida a nenhum soldado. Tratava-se apenas de um protesto contra a guerra. Observa-se, portanto, que a Liberdade de Expressão foi privilegiada pelo Tribunal Constitucional alemão neste caso em tela (BRUGGER, 2002). Constata-se, então, que o discurso do ódio tende a ser rejeitado pelo modelo alemão de abordagem. Entretanto, vale ressaltar que a Liberdade de Expressão será sempre tutelada como um direito fundamental.

8.3 Brasil

No Brasil, a Liberdade de Expressão é constitucionalmente prevista com direito fundamental (art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988). Sua tutela consiste na consagração da plena autonomia para o seu exercício, vedando apenas o anonimato como forma de evitar a verbalização do discurso sem a devida responsabilidade. Entretanto, é importante ressaltar que essa liberdade, como as demais, não são de fruição ilimitada. Ela está referida no sistema constitucional pelo princípio da legalidade. Assim, consoante do artigo 5º, II da CF/88, a possibilidade de escolha estará sempre limitada pela integralidade do ordenamento jurídico; a) em normas constitucionais, quando terá que conviver com outros valores também prestigiados pela constituição, como a dignidade humana, direitos de personalidade, etc.; b) pelas normas infraconstitucionais que tipificam condutas ilícitas, determinadas pelo código penal e outros dispositivos, como a Lei n. 7.716/89, que aponta os crimes de preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião, etc.

Portanto, o que se pode depreender é que a Liberdade de Expressão não é absoluta, nem é um direito fundamental de hierarquia maior, aos moldes da tutela estadunidense. Essa Liberdade terá que ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, em respeito ao sistema constitucional em vigor. Para tanto, poderá ser utilizada, em casos de violação de direitos, uma solução promovida pelo princípio da proporcionalidade ou da cedência recíproca entre valores constitucionais, ou ainda outros recursos disponibilizados pela hermenêutica.

Quanto ao discurso do ódio, entretanto, pode-se observar vedações expressas infraconstitucionais promovidas pela Lei n. 7.716/89, que tipifica, em seu artigo 20, como condutas criminosas, a prática da discriminação que deprecia e desqualifica em razão da raça, cor, etnia, procedência nacional ou religião. Fica claro, portanto, o limite promovido por texto de lei infracosntitucional à Liberdade de Expressão, consoante o artigo 5º, II da CF/88, que estabelece o princípio da legalidade. Entretanto, apesar de, num primeiro momento, essas questões doutrinárias e dogmáticas aparentarem já certa estabilidade, constata-se ainda que são controvertidas, es-

pecialmente quando se verificam decisões do Supremo Tribunal Federal, como esta que ora se tratará.

8.3.1 O Caso Siegfried Ellwanger

O caso que ora se evoca com brevidade refere-se ao editor Siegfried Ellwanger, que escreveu e publicou livros pregando e justificando o ódio aos judeus. Ele acusou os judeus de serem responsáveis pelas mais variadas mazelas e problemas mundiais, inclusive a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Ele incitou, portanto, em seus livros a aversão ao povo judeu, para além de pregar a sua segregação. Seus livros foram: *Holocausto Judeu ou Alemão?*; *Nos bastidores da mentira*; e *Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra*.

Fica evidente, para além da questão religiosa de rejeição ao Judaísmo, a prática do discurso do ódio, evidenciada pela clara desqualificação promovida ao povo judeu. Dois aspectos, ambos atinentes à dignidade humana, foram evocados: Liberdade de Expressão e discriminação étnica contra os judeus. Aparentemente, tal conflito seria de fácil solução, uma vez que a discriminação étnica mostrava-se inequívoca e a vedação era expressamente provista pela Lei n. 7.716/89, em seu artigo 20.

Entretanto, já em primeira instância foram encontradas decisões que privilegiam a Liberdade de Expressão, entendendo que não havia crime de discriminação contra a comunidade judaica. Finalmente, chegando o caso Siegfried Ellwanger ao Supremo Tribunal Federal, incorreram, aos autos os mais contraditórios argumentos, claramente eivados de ideologias distintas, não apenas sobre a conceituação de racismo, mas também quanto aos limites ao exercício da Liberdade de Expressão.

O ministro Ayres Brito considerou em seu voto que a Liberdade de Expressão seria uma liberdade de hierarquia maior e, portanto, excludente de qualquer limite, aos moldes da tutela estadunidense, justificando o discurso do ódio. Já o ministro Moreira Alves, em seu voto, afirmou categoricamente que os judeus não constituem uma raça, indicando que tal constatação poderia ser verificada em razão de dados físicos como cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, etc. Não havendo raça, o

crime não poderia ser enquadrado como racismo. Pronunciando-se, dessa forma, ele também justificou o discurso do ódio.

Observa-se, portanto, que, mesmo havendo previsão legal para a discriminação racial tipificando-a como crime, decisões foram proferidas contra a Lei n. 7.716/89. Felizmente, tais fundamentos não influenciaram a unanimidade dos votos e a decisão final acabou por repudiar o discurso do ódio. Dessa forma, a Liberdade de Expressão não constituiu justificativa para acobertar manifestações preconceituosas, nem incitar a violência e a intolerância contra grupos humanos.

Quanto ao tema, dever-se-ia ainda formular uma última questão pertinente à realidade brasileira. Poderia a dignidade humana opor limites à Liberdade de Expressão? (LEAL DA SILVA *et al.*, 2011). Consoante a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais e a irradiação que seus preceitos devem promover a todo o ordenamento jurídico (calcando inclusive as relações privadas), não se teria dúvidas em uma resposta afirmativa, até porque trata-se, a dignidade humana, de norma fundamental de eficácia plena (art. 1º, III, CF/88).

Entretanto, não se pode olvidar que a dignidade humana é um valor passível de várias leituras de cunho ideológico que podem transitar do liberalismo ao Estado Social, justificando por vezes o discurso do ódio como mero exercício da Liberdade de Expressão; ou fundamentando o seu repúdio de forma definitiva. Nesse sentido, os votos dos ministros do Superior Tribunal Federal (STF), no caso *Ellwanger*, devem servir de alerta quando demonstram as várias leituras possíveis para a dignidade humana.

9 Conclusões

Numa perspectiva de estabelecer os contornos à Liberdade de Expressão e de precisar o seu conteúdo depara-se com o discurso do ódio como manifestação ofensiva, dirigida em especial a grupos minoritários da sociedade contemporânea, com o objetivo de promover a sua segregação e de minimizar sua participação no exercício da cidadania;

No que se refere às relações entre a Liberdade de Expressão e o discurso do ódio, observa-se que a Liberdade de manifestação do pensamento, consoante as técnicas de tratamento promovidas pelo Estado Liberal, tenderá a ser admitida na sua integralidade como um direito fundamental de maior hierarquia, sobreponde-se aos demais valores constitucionais sem quaisquer restrições à sua função. Dessa forma, o discurso do ódio passa a ser considerado forma legítima de Liberdade de Expressão, necessária à afirmação democrática. Quanto aos ofendidos pelo discurso, eles deverão tolerar as ofensas em nome da afirmação da democracia.

A Liberdade de Expressão tutelada pelo Estado Social de corte intervencionista, tenderá todavia a sofrer limitações ao seu poder de auto-determinação, como forma de atender às demandas dos segmentos subalternos, numa perspectiva de inclusão social. Os grupos sociais libertários, organizados com base na sua diversidade (etnia, orientação sexual, opção religiosa, etc.) buscam na Liberdade de Expressão a visibilidade necessária à expressão de suas lutas e reivindicações. Dessa forma, não pode o Estado Social, sob pena de comprometer a legitimidade de suas decisões, admitir o discurso do ódio, porque ele tem por objetivo segregar e calar a expressão de grupos minoritários;

Considerando ainda os limites à Liberdade de Expressão para garantir a participação de grupos minoritários, poder-se-ia indagar sobre a visibilidade de restrições ao seu conteúdo, com base na defesa da dignidade humana, para os casos não previstos em norma infraconstitucional. Constata-se que a dignidade humana, por se tratar de um valor, ainda que prevista em texto constitucional, não será revestida de conteúdo ideológico que poderá transitar do liberalismo/burguês, às concepções do Estado Social. Dessa forma, seria possível ter irradiações de seu conteúdo, a proibição do discurso do ódio, mas também a sua proteção. Essas afirmações podem ser constatadas da leitura dos votos dos ministros do STF, no caso *Ellwanger*.

Referências

- BERLIN, I. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wumberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Ed. da UNB, 1981.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 15, n. 117, jan.-mar. 2007.
- BRUGGER, Winfried. XVI Congress of the International Constitutional Law. The Constitutional Treatment of Hate Speech. **The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law**, Brisbane, v. 14, n. 20, p. 1-52, July, 2002.
- BURDEAU, G. **Les libertés publiques**. 4. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1972.
- COLLIARD, C. A. **Libertés publiques**. Paris: Dalloz, 1972.
- COULANGES, F. **A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. Lisboa: Clássica, 1971.
- ESCÁMEZ, Sebastian. **Modelos de tolerância**: prudencia y respeto como justificaciones de una institución moderna. Madrid, 2005.
Disponível em: <<http://www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2012.
- FISS, Owen M. **A Ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GRECO, A. **La libertà do stampa ne'Il ordinamento giuridico italiano**. Roma: Bulzioni Editores, 1974.
- LASKI, H. J. **Las libertas en el estado moderno**. Tradução de Eduardo Watshaver. Buenos Aires: Abril, 1945.
- LEAL DA SILVA, Rosane *et al.* Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito – GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, jul.-dez. 2011.
- LEE, Simon. **The cost of free speech**. Londres: Faber and Faber, 1990.

LOCKE, John. **Cartas acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o Governo. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

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

MILTON, John. **Areopagitica**: a speech for the liberty. Unlicensed Printing: Paras 1-19. [2012]. Acesso em: <www.bartleby.com/3/3/2.html>. Acesso em: 14 mar. 2012.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**. Goiania: Editora da UFG, 1997.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. Dissertação de Mestrado. PUC/MG, 2007.

THWEATT, Elizabeth. **Bibliography of hate studies materials**, 2001. Disponível em: <guweb2.gonzaga.edu/againsthate/thweatt.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2012.

VOLTAIRE, (François Marie Arouet). **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. **Harvard Law Review**, v. 123, n. 1.596, p. 1.597-1.657, 2010.

ZANONE, V. Laicismo. In: BOBBIO, N. (Org.) **Dicionário de política**. Brasília, DF: Ed. da UNB, 2002.

Riva Sobrado de Freitas possui Pós-Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. É Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Graduada em Direito

pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Investigadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e Professora doutora aposentada da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). *E-mail*: rivafreit@ig.com.br.

Endereço profissional: Universidade do Oeste de Santa Catarina. Campus Chapecó. Faculdade de Direito. Rua Nereu Ramos, 3777-D. CEP: 89.813-000 . Seminário, Chapecó/SC.

Matheus Felipe de Castro é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Investigador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e Advogado Criminalista. *E-mail*: matheusfelipedecastro@gmail.com.

Endereço profissional: Universidade Federal de Santa Catarina. Campus Reitor João David Ferreira Lima. Centro de Ciências Jurídicas. Rua Lauro Linhares, s/n. CEP: 88.040-990. Trindade, Florianópolis/SC.