

# Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal<sup>1</sup>

Bárbara Duarte Villanova<sup>2</sup>

## Resumo

O presente estudo traz a lume a linha tênue que separa as manifestações de expressão constitucionalmente amparadas daquelas criminalmente perquiridas, restando eleitas as expressões de ódio para nortear a incursão nessa zona gris e demonstrar a insegurança jurídica que nos permeia a todos em matéria de liberdade de expressão. Com efeito, coteja o heterogêneo tratamento jurídico-constitucional conferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pela Corte Europeia de Direitos Humanos a essa classe de expressões; colaciona os argumentos favoráveis e contrários à pertinência do discurso de ódio no debate público e; ainda, analisa o tratamento jurídico conferido ao revisionismo histórico no continente europeu. Por derradeiro, examina como reverberaram as discussões travadas em nível global nas razões de decidir do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do *habeas-corpus* n.º. 82.424/RS, caso tido como paradigmático na jurisprudência constitucional brasileira.

## Palavras-chave

Liberdade de expressão. Expressões de ódio. Discurso de ódio. Revisionismo histórico. Negacionismo. Racismo.

## Sumário

1. Introdução; 2. Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal; 2.1. A reputação das expressões de ódio na Suprema Corte dos Estados Unidos; 2.2. A reputação das expressões de ódio na Corte Europeia de Direitos Humanos; 3. Expressões de ódio: reflexões doutrinárias; 3.1. O desvalor das expressões de ódio e a noção de efeito silenciador; 3.2. O valor das expressões de ódio e a noção de tolerância; 4. Revisionismo histórico: um caso particular; 4.1. Revisionismo histórico ou negacionismo?; 4.2. Revisionismo histórico ou racismo?; 5. Considerações finais.

---

<sup>1</sup> Artigo sinótico da monografia homônima apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso conducente à atribuição do grau de bacharel pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, apresentada aos 28 de junho do ano de 2012 à banca examinadora integrada pelo Professor Doutor Luciano Feldens (orientador), pelo Professor Doutor Nereu J. Giacomolli, bem como pelo Professor Doutor Álvaro F. Oxley da Rocha.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

## 1. Introdução

Como é assente, a liberdade de expressão se reveste como um dos pilares das sociedades de democracia avançada. Porém, uma gama de manifestações é tida como inaceitável, mesmo entre aqueles que reconhecem o valor da liberdade de expressão. À primeira mirada, a defesa das duas posições pode parecer inconciliável. No entanto, uma análise mais detida dos argumentos aduzidos pode convencer do contrário. Com efeito, elegemos as expressões de ódio para promover tal demonstração.

A escolha não é arbitrária. Muitos estudiosos vêm se articulando para convencer a sociedade da inconveniência desse tipo de discurso no debate público. Porém, não sem encontrar resistência. Eis o debate que o presente estudo tenciona apresentar; sem, contudo, ter por pretensão o exaurimento da discussão.

Cumprе esclarecer, de início, que, por meio do chamado discurso de ódio, o sujeito se vê atingido por ostentar certas características, ser natural de dada localidade ou professar certa religião, por exemplo. Assim sendo, as expressões de ódio têm por essência um discurso de intolerância especialmente cruel, porque atinente a características irrenunciáveis pelo indivíduo. De outra banda, sustentam os manifestantes estarem no legítimo exercício do direito de liberdade de expressão.

Afinal, os intolerantes devem ser tolerados? Quais são os limites de aceitabilidade dessas expressões? Inúmeros tratados internacionais orientam que as expressões de ódio não devem ser admitidas pelos ordenamentos internos na esfera de debate público.

A par dessas orientações, uma grande discussão sobre o valor das expressões de ódio no debate público e mesmo sobre a pertinência de sua regulação está instalada no mundo Ocidental. Porém, o que impulsiona de forma determinante esse debate é, certamente, o tratamento heterogêneo conferido a essa classe de expressões por diferentes Cortes Constitucionais.

Com efeito, de modo a introduzir a discussão, serão expostas duas propostas de regulação acerca das expressões de ódio – ricas porque antagônicas. Após, serão expostos os argumentos deduzidos pelos estudiosos da matéria, em ambos os sentidos.

Em seguida, promover-se-á uma incursão nessa zona gris norteadada pelo caso do revisionismo histórico. Trata-se de uma doutrina que fecundou no continente europeu para negar a ocorrência do genocídio do povo judeu durante a Segunda Guerra Mundial. Muito embora fosse um movimento marginal, as ideias deduzidas correram o mundo, de tal forma que mesmo entre nós houve publicações com este mote.

Com efeito, analisar-se-á as políticas adotadas pelos Estados europeus ante a disseminação dessas teorias, sem perder de vista a prematuridade das cicatrizes sofridas, em maior ou menor grau, pelo nacional-socialismo. Por derradeiro, através de um estudo de caso, proceder-se-á a análise da forma como reverberou no Brasil a intensa discussão acerca do tema.

## **2. Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal**

Conceitualmente, as expressões de ódio são palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra membros desses grupos, individual ou coletivamente<sup>3</sup>. A temática desta classe de expressões articula, pois, conceitos fundados em traços arraigados no cerne da identidade dos indivíduos enquanto pessoas. Com efeito, os atributos que constituem a pauta deste tipo de manifestação são irrenunciáveis pelo indivíduo visado<sup>4</sup>.

Com efeito, diversos tratados internacionais sobre direitos humanos editados após o fim da Segunda Guerra Mundial sugerem que o âmbito de proteção conferido ao exercício da liberdade de expressão não deve abrigar as expressões de ódio no espaço de debate público. Neste sentido, apontam o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 4º), de 1965; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigos 19.3.“a” e 20.2), de 1966; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 13.5), de 1969; e, ainda, a Declaração (itens 86 a 91) e o Pacto de Ação (itens 143 a 147) elaborados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em 2001<sup>5</sup>.

A par dessas orientações, uma grande discussão sobre o espaço das expressões de ódio no debate público e mesmo sobre a pertinência de sua regulação está instalada no mundo Ocidental. Estudiosos se dividem defendendo o valor e o desvalor das expressões de ódio. Porém, o que impulsiona de forma determinante esse debate é, certamente, o tratamento heterogêneo conferido a essa classe de expressões por diferentes Cortes Constitucionais. Eis o que se passa a demonstrar, sem a pretensão de esgotamento do tema, porém, dando conta de representar as duas principais e antagônicas posições acerca da matéria. Trataremos, pois, de expor o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Corte Europeia de Direitos

---

<sup>3</sup> BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso de Ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Direito Público**. Brasília, n. 15, jan./mar. 2007, p. 118.

<sup>4</sup> BRUGGER, op. cit., p. 121.

<sup>5</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 230/234.

Humanos, cujo entendimento pode ser considerado, grosso modo, representativo das cortes constitucionais europeias.

### 2.1. A reputação das expressões de ódio na Suprema Corte dos Estados Unidos

Na vanguarda do debate acerca dos limites à liberdade de expressão, a Suprema Corte dos Estados Unidos há muito vem ditando a pauta acerca do tema no Mundo Ocidental. O papel de destaque se deve às consequências que o ideário liberal intrínseco à cultura lá radicada vem implicando neste âmbito, historicamente considerado sobremaneira sensível e problemático.

O estudo da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana revela uma tutela quase que irrestrita a um sem número de expressões consideradas por muitos inaceitáveis no espaço do debate público. Este entendimento se verifica harmonioso com a filosofia que permeia os demais julgados da Corte, na justa medida em que o direito à liberdade de expressão é festejado como um dos pilares estruturais do ordenamento jurídico vigente nos Estados Unidos.

Sob essa perspectiva, não raro a liberdade de expressão resulta vitoriosa frente a outros direitos fundamentais de vulto, como a privacidade, a reputação e mesmo a igualdade<sup>6</sup>. Justamente neste ponto é que inevitavelmente eclode a problematização das expressões de ódio. E sobre o tema a jurisprudência constitucional norte-americana tem entendimento assentado: a igualdade social pode ser alcançada par a passo com a proteção dos discursos de desigualdade<sup>7</sup>.

Tecnicamente, a discussão jurídica se concentra na interpretação da Primeira Emenda à Constituição pátria, que dispõe, *in verbis*:

O congresso não elaborará leis que tenham por objetivo estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.

Ocorre que o temor cultivado pela sociedade norte-americana frente ao poder conferido ao Estado, que remonta à época da independência, cultiva a ideia de que o Estado se revestiria como o principal inimigo das liberdades e, tenderia, naturalmente, a utilizar o monopólio da força para perseguir os dissidentes e silenciar a crítica<sup>8/9</sup>. Com efeito, este argumento se reveste

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel do estado. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 16, mai./ago. 2007, p. 04. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/liberdade\\_de\\_express\\_o\\_pluralismo\\_e\\_o\\_papel\\_promocional\\_do\\_estado.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/liberdade_de_express_o_pluralismo_e_o_papel_promocional_do_estado.pdf)>. Acesso em 23 jun. 2011.

<sup>7</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 186.

<sup>8</sup> RIVERA, op. cit., p. 134.

<sup>9</sup> Cumpre destacar que inúmeras implicações resultam disso. Traços distintivos do direito constitucional estadunidense são genuínos frutos deste receio da *tiranía da maioria*, a exemplo do desenho institucional. Esse medo refletiu, ainda, na concepção acerca dos direitos fundamentais como exclusivamente negativos (não

como o postulado mais basilar do qual se vale a Suprema Corte norte-americana para solucionar conflitos em matéria de liberdade de liberdade de expressão.

Nesse sentido, a Suprema Corte norte-americana entende que a ideia central constante do texto da Primeira Emenda estabelece, peremptoriamente, a ilegitimidade da atuação do censor estatal na análise do conteúdo de expressões no espaço público, de modo a não ser possível estabelecer distinções perniciosas<sup>10</sup>. Assim, somente seriam admitidas as regulações de expressões por razões outras que não seu conteúdo. Essas regulações, neutras, seriam basicamente atinentes ao tempo, ao lugar e à forma do exercício da liberdade de expressão<sup>11</sup>.

Assim, sustentam que ao Estado não poderia ser confiada esta tarefa ingenuamente, já que muitas vezes estarão em jogo interesses seus e, tal como sugere a história, poderia não ter freios em atuar de maneira partidarista ou prejudicial<sup>12</sup>. Neste sentido, certa vez restou consignado pelo magistrado Jackson o seguinte: “*cada pessoa deve ser seu próprio guardião da verdade porque nossos antepassados não confiaram no governo para distinguir o verdadeiro do falso para nós*”<sup>13</sup>.

Paralelamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos pontua, ainda, a necessidade de minimizar o efeito dissuasório que normas que limitam o exercício de um direito podem provocar. Ocorre que, em havendo uma norma que restringe determinada forma de exercitar a liberdade de expressão, outras formas de exercício podem ser desestimuladas. Esse fenômeno, denominado efeito dissuasório, poderia ser gerado, em virtude da incerteza quanto aos limites de incidência da norma, quanto à imprevisibilidade da aplicação desta norma pelos tribunais ou, ainda, tencionando evitar gastos na eventualidade de responder criminalmente por desrespeito à norma<sup>14</sup>. Dessa forma, a Corte tende a minimizar a possibilidade de erro quando aprecia casos que envolvam a liberdade de expressão, de modo que, quando há incerteza, prefere não correr o risco de castigar expressões tuteladas pela Primeira Emenda, ofuscada por outros fatores<sup>15</sup>.

No entanto, fora a teoria hoje conhecida como *mercado livre de ideias*, concebida pelo magistrado Holmes, que efetivamente se consolidou como um dos fundamentos mais

---

havendo margem para prestações positivas, como políticas estatais) e, oponíveis tão somente ao Estado (não tendo eficácia frente a outros indivíduos). Cf. RIVERA, op. cit., p. 51/52.

<sup>10</sup> Trecho da decisão que pôs fim ao Caso *Police Department v. Mosley* (408 US 92, 95), em 1972, citado por RIVERA, op. cit., p. 07.

<sup>11</sup> RIVERA, op. cit., p. 06.

<sup>12</sup> RIVERA, op. cit., p. 155.

<sup>13</sup> Trecho da decisão que pôs fim ao Caso *Thomas v. Collins* (323 US 516, 545), em 1945, citado por RIVERA, op. cit., p. 156.

<sup>14</sup> SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the ‘Chilling Effect’. **Boston University Law Review**, v. 58, 1978, pp. 698/700, citado por RIVERA, op. cit., p. 09.

<sup>15</sup> RIVERA, op. cit., p. 09.

facilmente identificáveis em julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos envolvendo essa matéria. Reformulando seu entendimento, Holmes expôs à apreciação dos demais membros da Corte, em 1919, com ineditismo<sup>16</sup>, o seguinte argumento:

O espaço à expressão de opiniões me parece perfeitamente lógico. Quando alguém tem dúvidas sobre suas opiniões ou de seu poder, e deseja um resultado de todo seu coração, esse alguém naturalmente expressa seus desejos na lei e afasta toda oposição... Mas quando os homens percebem que o transcurso do tempo tem desvirtuado muitas convicções, poderão terminar concluindo (...) que o fim último desejado é melhor alcançado pelo livre intercambio das ideias, que o melhor teste da verdade é o poder que tem o pensamento de terminar sendo vitorioso na concorrência do mercado e que a verdade é a base sólida sobre a qual seus interesses podem ser alcançados sem risco. De qualquer sorte, esta é a teoria da Constituição. É um experimento, bem assim como a vida toda é um experimento. A cada ano, senão a cada dia, temos que apostar nossa salvação em alguma profecia baseada em nosso conhecimento imperfeito. Enquanto este experimento fizer parte do nosso sistema, acredito que devemos estar sempre vigilantes contra as tentativas de impedir as expressões que nos aborrecem... Somente a emergência que cria o perigo iminente (...) justifica abrir uma exceção à ordem que estipula que “o Congresso não fará nenhuma lei que restrinja a liberdade de expressão (...)”<sup>17</sup>.

Nesta senda, Holmes defendia não haver categoria de ideias que pudesse ser considerada falsa *a priori*, antes de inserida na discussão do espaço público. Com base neste argumento, asseverava que *o Estado não pode castigar a difusão de uma determinada ideia porque a desaprova ou a considera errônea e quer evitar que o público seja persuadido por ela*<sup>18</sup>. A tentativa de persuasão da sociedade residente na transmissão da mensagem de que o Estado sabe mais e que pode substituir o juízo de cada um constituiria, desenganadamente, o *gérmen da tirania*<sup>19</sup>.

Todavia, cumpre referir que tão logo levada ao confronto de ideias a teoria gestada por Holmes, muitas discussões germinaram no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos. Com efeito, Holmes tornou-se conhecido como “o grande dissidente” das decisões da corte constitucional norte-americana em matéria de liberdade de expressão, tornando popular esta forma de expressão judicial<sup>20</sup>. A maioria da Corte assim rechaçava as novas ideias aventadas no debate:

Uma só faísca poderia acender um fogo que, ardendo por um tempo, poderia instalar uma conflagração violenta. Não se pode afirmar que o Estado atua arbitrária ou irrazoavelmente quando, no exercício de seu próprio juízo a respeito das medidas

<sup>16</sup> TORRES, Marta Bisbal. El “Mercado Libre de las Ideas” de O. W. Holmes. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, n. 81, set./dez. 2007, p. 202.

<sup>17</sup> Trecho da decisão estadunidense “Abrams v. United States”, (250 US 616), 1919, p. 630/631, citado por RIVERA, op. cit., p.18.

<sup>18</sup> KAGAN, Elena. Private Speech, Public Purpose: The Role of Government, Motive in First Amendment. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 63, 1996, pp. 413-428, citada por RIVERA, op. cit., p. 155.

<sup>19</sup> BRAUN, Stefan. Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democracy Society: Friends or Foes? ‘Regina v. Zundel’. **Dalhousie Law Journal**, v. 11, 1988, pp. 471, 482 e 483, citado por RIVERA, op. cit., p. 156.

<sup>20</sup> TORRES, op. cit., p. 184.

necessárias para proteger a paz e a segurança pública, busca apagar a faísca sem esperar que acenda a chama...<sup>21</sup>

Anote-se, ainda, que mesmo Holmes titubeou ao defender seu entendimento, como se extrai do teor de votos elaborados de 1920 a 1923. Porém, sempre contou com o apoio do magistrado Brandeis, que acompanhara seus votos desde 1919, por ocasião do julgamento do Caso *Abrams v. United States*. Em 1925, Holmes se decidiu, definitivamente, pela doutrina que criara, oportunidade em que Brandeis elaborou um novo argumento a corroborar com suas ideias. Brandeis passou a sustentar que, em havendo tempo para expor, mediante debate, as falsidades e as falácias, ou para evitar o mal através dos processos de educação, o remédio que deveria ser aplicado seria o de mais expressão, e não o silêncio imposto. Somente uma emergência, segundo o seu entendimento, poderia justificar a repressão e, paralelamente a isso, o mal que se pretendesse evitar teria de ser relativamente sério<sup>22</sup>.

Foi nesse julgamento histórico em matéria de liberdade de expressão que foi aperfeiçoado o teste de perigo claro e iminente introduzido em 1919. Para Holmes, “*uma mensagem somente pode dar lugar à responsabilização se provoca ou tem a intenção de provocar um perigo iminente. Afastada esta hipótese, as limitações impostas à liberdade de expressão são inadmissíveis*”<sup>23</sup>.

Mas somente na década de 60, os membros da Corte aderiram às ideias por ele introduzidas, que, em seu conjunto, denominaram de teoria do *mercado livre das ideias*. Assim, o teste que vige nos dias de hoje para apurar se uma expressão goza ou não da tutela conferida pela Primeira Emenda é o seguinte: o Estado somente poderia castigar as expressões de ódio que (i) estivessem dirigidas a incitar ou produzir uma iminente ação violenta e fossem suficientes para provavelmente incitar ou produzir tal ação<sup>24</sup>; ou que (ii) pudesse gerar uma reação violenta por parte dos ouvintes, e essa violência iminente não pudesse ser prevenida de forma satisfatória mediante o emprego de técnicas de controle de multidões<sup>25</sup>.

Desta forma, restou consolidado, sendo assim até os dias que correm, que o espectro de exercício da liberdade de expressão não deve ser limitado em razão de seu conteúdo. No particular, as expressões de ódio são aceitas como legitimamente incluídas neste espectro,

<sup>21</sup> Trecho da decisão que pôs fim ao Caso *Gitlow v. New York* (268 US 652), 1925, p. 668, citado por RIVERA, op. cit., p. 20.

<sup>22</sup> Trecho da decisão do Caso *Whitney*, p. 377, citado por RIVERA, op. cit., p. 21.

<sup>23</sup> TORRES, op. cit., p. 204.

<sup>24</sup> Critério (*test*) criado na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos pôs fim ao Caso *Brandenburg v. Ohio*, cf. RIVERA, op. cit., p. 41 e 50.

<sup>25</sup> Critério (*test*) criado nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos que puseram fim aos Casos *Edwards v. South Carolina* (372 US 229), 1963, e *Cox v. Louisiana* (379 US 536), 1965; cf. RIVERA, op. cit., p. 41 e 50.

excetuados os casos em que a expressão tenha intenção e potencial de incitar ou produzir uma reação violenta nos ouvintes e não possa ser prevenida por técnicas de controle de multidões<sup>26</sup>.

## 2.2 A reputação das expressões de ódio na Corte Europeia de Direitos Humanos

Delineados os contornos de legitimidade do exercício da liberdade de expressão conferidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, passemos a analisar o tratamento conferido às expressões de ódio pela Corte Europeia de Direitos Humanos, igualmente rico ao estudo que ora se propõe, porquanto substancialmente diverso.

Potencialmente, essas diferenças podem ser atribuídas, ao menos em parte, a experiências históricas inconfundíveis. A política de prevenção adotada na Europa com relação às possíveis consequências da livre exposição de ideias perigosas não se deu por acaso. A Convenção Europeia de Direitos Humanos é fruto da vivência mais ou menos próxima que os países europeus estabeleceram com o Holocausto, decorrente da tomada do poder pelo partido nazi. Assim, o traço genuíno do teor da Convenção reside nas disposições tendentes a evitar o rompimento com o sistema democrático<sup>27</sup>.

Não por acaso, o mesmo fenômeno se verifica na produção legiferante de cada Estado-membro. Esta sensibilidade se explica sob o argumento de que *é melhor prevenir do que curar: a tolerância com os intolerantes é uma atitude suicida*<sup>28</sup>. Orientação, esta, que foi, inclusive, normatizada na forma de uma diretiva editada pelo Conselho da União Europeia em 2008. Consta do enunciado que a luta contra manifestações de racismo e xenofobia que incitam a violência seria operada através de sanções penais efetivas em todos os Estados-membros da União Europeia, a serem editadas dentro de dois anos, devendo ser puníveis com penas máximas de um a três anos<sup>29</sup>.

Com efeito, na Alemanha, Espanha, Itália, Suíça, Bélgica, Reino Unido, França, Dinamarca e Áustria vigem normas que penalizam a incitação à discriminação, ao ódio e à violência; o uso ou a exibição de emblemas ou símbolos racistas; o emprego de expressões insultantes ou ultrajantes dirigidas a um grupo determinado da população ou à uma religião; a posse e/ou distribuição de materiais racistas ou discriminatórios; e, ainda, apologia ao fascismo e a criação de partidos políticos contrários ao regime democrático<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> RIVERA, op. cit., p. 50.

<sup>27</sup> RIVERA, op. cit., p. 03.

<sup>28</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español. **Revista de Estudios Criminales**. Porto Alegre, ano X, n. 37, abr./jun 2010, p. 105.

<sup>29</sup> Trata-se do disposto nas alíneas “a” e “b” do artigo 1º da ‘Decisão-Marco 2008/913/JAI’, aprovada em 28.11.2008 pelo Conselho da União Europeia, citada por BILBAO UBILLOS (2010), op. cit., pp. 106/107.

<sup>30</sup> RIVERA, op. cit., pp. 101/103.



Paralelamente a isso, é de se ressaltar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê direitos que, eventualmente contrapostos, potencialmente limitam o exercício à liberdade de expressão – o que não se verifica na Carta Magna que rege o direito constitucional estadunidense<sup>31</sup>. O artigo 10º da Convenção assim dispõe:

Artigo 10º. Liberdade de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou ideias sem que haja ingerência de autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime autorizado previamente.

2. O exercício dessas liberdades, que implicam em deveres e responsabilidades, poderá ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, que constituam medidas necessárias em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da reputação ou dos direitos alheios, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judiciário.

Além de elencar um largo rol de limites externos no artigo 10.2, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de modo exaustivo, adota ainda limites internos ao exercício do direito à liberdade de expressão. Havendo abuso de direito, estaria afastada a tutela conferida no artigo 10º. Eis o que se extrai do artigo 17:

Artigo 17. Proibição do abuso de direito.

Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar à atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.

Logo, a Corte Europeia, assim como a Suprema Corte estadunidense, considera o direito à liberdade de expressão basilar no contexto das sociedades democráticas. No entanto, o propósito adotado para fundamentar a proteção à liberdade de expressão diverge substancialmente entre as duas jurisprudências. Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, a formação da opinião pública livre e pluralista é que justifica a proteção conferida ao exercício da liberdade de expressão<sup>32</sup>, sendo tributária de posição preferencial quando em rota de colisão com outros direitos<sup>33</sup>.

Com efeito, a prevalência da liberdade de expressão sob este fundamento reclama a demonstração de que o discurso diz respeito a um assunto público, de interesse geral ou interesse político. No entanto, afigura-se como imprescindível a ponderação entre os direitos

<sup>31</sup> SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais** – Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86.

<sup>32</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 83.

<sup>33</sup> CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 129.

envolvidos, a ser operada casuisticamente, considerando as especificidades do caso concreto<sup>34</sup>. Assim, a amplitude da proteção a esse direito fundamental pode variar em sua extensão<sup>35</sup>.

Reside aqui o ponto em que as doutrinas aplicadas pela Suprema Corte estadunidense e a Corte Europeia de Direitos Humanos se tornam inconciliáveis: esta propõe como critério que o conteúdo da manifestação seja considerado pertinente ou relevante para ser tutelado pelo direito à liberdade de expressão<sup>36</sup> e, para tanto, faz-se imprescindível a valoração deste teor – o que para aquela Corte importa, necessariamente, em potenciais disfunções, ante a dificuldade de estabelecer critérios seguros de classificação.

### **3. Expressões de ódio: reflexões doutrinárias**

#### **3.1. O desvalor das expressões de ódio e a noção de efeito silenciador**

Como já evidenciado, o tratamento conferido ao exercício da liberdade de expressão pela Suprema Corte dos Estados Unidos é um tanto quanto particular dentre as sociedades de democracia avançada. No entanto, é a irrisignação de parte da sociedade norte-americana ante os reflexos da concepção adotada que faz com que as mais severas discussões sobre o tema lá se estabeleçam. Desse modo, grande parcela das críticas formuladas à concepção liberal da liberdade de expressão permeia e tem por base aquele contexto.

Para esses doutrinadores, as expressões de ódio, grosso modo, constituem um meio de difusão de ideologias desapreciáveis. Mas os problemas se estenderiam para além disso. Sustentam que, em alguns casos, tais discursos têm o potencial de levar a cabo suas sentenças, desencadeando até mesmo a morte de membros de grupos estigmatizados. A exemplo da História recente e remota, um sem número de pessoas teria tido sua vida tolhida em virtude de julgamentos odiosos, tecidos por mentes preconceituosas e arbitrárias<sup>37</sup>.

Com efeito, muitas teses têm sido articuladas com o fito de convencer a sociedade da potencialidade danosa desse tipo de discurso. Para tanto, tentam desconstituir cada um dos fundamentos adotados como razão de decidir pela Suprema Corte dos Estados Unidos em matéria de liberdade de expressão.

Alguns defendem que uma interpretação histórica da Primeira Emenda evidencia que aqueles que a redigiram eram homens brancos que dispunham amplamente de sua liberdade de expressão e que temiam o Estado como censor de suas ideias, tão somente. Esse seria o motivo

---

<sup>34</sup> CHEQUER, op. cit., p. 125.

<sup>35</sup> CHEQUER, op. cit., p. 132.

<sup>36</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 83.

<sup>37</sup> RIVERA, op. cit., p. 02.

pelo qual a Constituição não foi mais cuidadosa ao dispor sobre a matéria<sup>38</sup>. Nos dias que correm, o espaço de debate público envolveria muitos outros fatores. A sociedade desenvolveria as suas próprias formas de censura, de forma mais ou menos ostensivas<sup>39</sup>. Dessa forma, enxergar o Estado como um exímio inimigo da liberdade de expressão seria uma ideia superada. No contexto instalado, seria muito mais profícuo aos interesses da sociedade ver o Estado como um potencial promotor de liberdades, desde a perspectiva da coletividade<sup>40</sup>.

Sustentam que o poder estatal, ao considerar a liberdade de expressão como um direito negativo dos cidadãos, de defesa perante o Estado, ignora que, em sociedades liberais, como a norte-americana, certos grupos não têm nenhuma garantia de expor suas ideias<sup>41</sup>, sendo certo somente o espaço dos poderosos<sup>42</sup>. Assim, a liberdade de expressão garantida constitucionalmente teria de socorrer os cidadãos frente a, por exemplo, atos de censura de particulares que tem uma posição de privilégio ou de supremacia na área das comunicações<sup>43</sup>. O Estado, agindo como mero espectador, não estaria servindo à causa dos mais fracos, daqueles que ainda precisam encontrar um canal aberto no debate público para expor suas ideias<sup>44</sup>. A liberdade de expressão no sentido liberal estaria contribuindo, assim, para discriminar e subalternizar minorias étnicas, mulheres e homossexuais<sup>45</sup>.

Nesses termos, reclamam a intervenção estatal, na forma de ações afirmativas no plano comunicativo<sup>46</sup>. Tendo como resposta tão somente o silêncio, passam a sustentar, subsidiariamente, que essa benevolente tolerância estatal importaria, em verdade, em uma ação positiva, na medida em que legitima os grupos opressores, tornando-os mais poderosos e atuantes<sup>47</sup>. E, desta forma, ao menos o requisito exigido pela Suprema Corte de que o conflito, para merecer apreciação pelo órgão, precisaria envolver uma ação estatal deveria ser considerado sempre suficientemente preenchido e, ao menos neste foro, poderiam ter voz – ainda que para litigar na defesa de seus interesses.

---

<sup>38</sup> RIVERA, op. cit., p. 63.

<sup>39</sup> MACKINNON. *Only words*. Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 57, citada por MACHADO, op. cit., p. 188.

<sup>40</sup> FISS, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999, p. 12.

<sup>41</sup> MACKINNON, op. cit., citada por RIVERA, op. cit.,

<sup>42</sup> MACKINNON (1993), op. cit., p. 58, citada por MACHADO, op. cit., p. 186.

<sup>43</sup> BILBAO UBILLOS, Juan M., *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Terceros*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997, p. 355, citado por RIVERA, op. cit., p. 135.

<sup>44</sup> MACHADO, op. cit., p. 185.

<sup>45</sup> WOLSON, Nicholas. *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*. Westport, Conn, 1997, pp. 1 ss. e 102 ss., citado por MACHADO, op. cit., p. 186.

<sup>46</sup> GOODPASTER, Gary. Equality and Free Speech: The Case Against Substantive Equality. *Oiwa Law Review*, 1997, pp. 646 e 655, citado por MACHADO, op. cit., p. 189.

<sup>47</sup> MATSUDA, op. cit., p. 48, citada por RIVERA, op. cit., p. 67.

Dentre os argumentos deduzidos à tutela quase que irrestrita da Suprema Corte em matéria de liberdade de expressão, o que opera de forma mais ostensiva e severa diz com o suposto efeito silenciador que as expressões de ódio provocariam nos indivíduos visados. Isso porque, o emprego desta classe de palavras resultaria no revide violento ou no silêncio humilhado<sup>48</sup>.

Restaria, ainda, para alguns, uma possibilidade: em havendo resposta, os argumentos das vítimas careceriam de autoridade, como se nada dissessem<sup>49</sup>. Dessa forma, esta classe de expressões agiria no indivíduo visado como uma dinâmica psicológica sutil que incapacita ou desacredita uma possível resposta<sup>50</sup>.

Com efeito, o que se teme não é que a expressão chegue a convencer os ouvintes, mas sim que a expressão torne impossível que esses grupos desfavorecidos sequer participem do debate. Nesse contexto, o remédio de mais expressão, sustentado pela Suprema Corte norte-americana, seria absolutamente impróprio<sup>51</sup>.

Assim sendo, o abrigo das palavras de ódio no espaço de debate público teria o potencial de diminuir a qualidade do debate. Reclamam, pois, uma igualdade material entre os debatedores<sup>52</sup>. Isso porque,

[...] se as palavras de uns podem ser utilizadas para construir uma realidade de opressão e discriminação à custa do silêncio de outros, então a luta por uma sociedade mais justa só é possível através de uma intervenção da dogmática no âmbito de proteção e no programa normativo do direito à liberdade de expressão<sup>53</sup>.

Como se percebe, diversas teses vêm sendo elaboradas para defender o desvalor das expressões de ódio no espaço de debate público. Entre os críticos, estudiosos organizados em três correntes bem definidas ganharam destaque. Faz-se imperativo, pois, um exame mais aprofundado das especificidades dos argumentos apresentados pelas Escolas Feminista, Crítica Racial e Cívico Republicana, da mais geral para a mais específica.

Os doutrinadores da Escola da Teoria Cívico Republicana entendem que o teste de ponderação, nos termos em que está sendo operado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, não faz sentido. Isso porque entendem que não há, nos dias que correm, porque conferir à liberdade maior valor frente aos contravalores. Assim, consideram imprescindível que a Corte confira maior credibilidade aos contravalores opostos pelo Estado e que proceda a devida

---

<sup>48</sup> SARMENTO (2006), op. cit., p. 238

<sup>49</sup> FISS, op. cit., p. 28.

<sup>50</sup> FISS, op. cit., p. 39.

<sup>51</sup> FISS, op. cit., p. 28.

<sup>52</sup> MACHADO, op. cit, pp. 185-186.

<sup>53</sup> BRUGGER, op. cit., p. 118.

reflexão sobre eles com respeito<sup>54</sup>. Rechaçam, pois, a hipótese de declarar as leis inválidas em abstrato<sup>55</sup>. Isso, porque, em matéria de expressões de ódio, o contravalor que se erige é o da igualdade. Este contravalor, tal como se apresenta nos dias de hoje, é um dos pilares do direito constitucional estadunidense<sup>56</sup>. Posto à prova frente à liberdade de expressão, não poderia ter seu valor desconsiderado e, tão pouco o contrário poderia acontecer. Assim, os estudiosos tencionam demonstrar a dificuldade, se não impossibilidade que reside na eleição de um entre esses dois interesses tão caros, sobremaneira quando a Constituição não oferece parâmetros para fazê-lo<sup>57</sup>.

Consideram que a liberdade, de fato, um dia foi impreterível para a promoção da igualdade. Ocorre que, hoje, é fácil enxergar que *não se alcançará uma verdadeira democracia enquanto as condições da igualdade não sejam plenamente satisfeitas*<sup>58</sup>. Atuando positivamente, *o Estado pode ser tanto um amigo, quanto um inimigo da liberdade de expressão*<sup>59</sup>. Uma ironia, mas uma realidade que tem de ser trazida à tona, para que se possa escolher a faceta do estado que melhor atende aos interesses da sociedade contemporânea.

Destarte, entendem que o Estado não tem de arbitrar os interesses autoexpressivos de diversos grupos, mas tem que estabelecer as precondições essenciais para o autogoverno coletivo, assegurando que todos os pontos de vista sejam expostos para o público<sup>60</sup>. Agindo o Estado com este desiderato, consideram que, certamente, a decisão do público num assunto coletivo se verá influenciada, e o resultado se verá alterado (para melhor, presumidamente) – mas não há que se temer esta consequência, há que se exaltar<sup>61</sup>. O Estado estaria, assim, exercendo seu poder de polícia para promover um fim público valioso<sup>62</sup> – para promover o processo democrático, protegendo o interesse da audiência, que quer participar de um debate completo e aberto sobre assuntos de importância pública<sup>63</sup>.

Já os estudiosos da Escola da Teoria Racial formulam críticas tendentes a rechaçar outros fundamentos da concepção libertária comumente adotada para pautar julgamentos em matéria de liberdade de expressão nos Estados Unidos. Porém, apontam que as expressões de ódio fundadas no preconceito racial devem ser consideradas uma categoria *sui generis*, razão pela

---

<sup>54</sup> FISS, op. cit., p. 16.

<sup>55</sup> FISS, op. cit., p. 40.

<sup>56</sup> FISS, op. cit., p. 23.

<sup>57</sup> FISS, op. cit., p. 24.

<sup>58</sup> FISS, op. cit., p. 31.

<sup>59</sup> FISS, op. cit., p. 110.

<sup>60</sup> FISS, op. cit., p. 30.

<sup>61</sup> FISS, op. cit., p. 35-36.

<sup>62</sup> FISS, op. cit., p. 29.

<sup>63</sup> FISS, op. cit., p. 31.

qual não entendem como necessariamente válidas aos demais tipos de expressões odiosas as conclusões a que chegam.

Sustentam que o princípio da neutralidade de conteúdo, amplamente adotado pela Suprema Corte norte-americana, revela a hipocrisia adotada quando se lida com o tema em foco<sup>64</sup>. Isso porque consideram que as exceções criadas pela Corte e, portanto, não admitidas como forma legítima de expressão, tiveram em seu favor a influência de grupos poderosos. Poder, esse, que consideram não dispor o grupo estigmatizado que abarca os afrodescendentes, ao menos não de forma organizada<sup>65</sup>. Desse modo, sustentam que a adoção de tal critério atenta frontalmente à isonomia que se espera ver dispensada aos mais contrastantes grupos que constituem a sociedade.

Por outro lado, reforçam que as expressões racistas não poderiam ser corrigidas através de um intercâmbio racional de ideias<sup>66</sup>, tendo em vista a dinâmica do efeito silenciador. Neste sentido, defendem que *uma vez que o golpe é dado, é impossível que haja um diálogo*<sup>67</sup>. Com efeito, a vítima, respondendo a expressão racista, seria dificilmente levada a sério<sup>68</sup>. Para além disso, haveria, inclusive, riscos inerentes a essa tentativa de resposta. Isso porque o ofensor poderia se sentir desautorizado e recorrer à força física<sup>69</sup>.

Por outro lado, os estudiosos integrantes da Escola da Teoria Crítica Racial articulam inúmeros argumentos na tentativa de demonstrar para a sociedade norte-americana que o tipo de dano provocado pelas expressões de ódio é especialmente grave no caso dos afrodescendentes.

Sob certo aspecto, a função desenvolvida pelas expressões de ódio consistiria em manter presente na pauta social a discriminação fundada na raça. Dessa forma, o dano ao grupo de destinatários estaria assim consubstanciado no desprestígio da imagem coletiva, o que atuaria de modo a mantê-los subordinados e oprimidos.

Já o dano que pesa sobre o membro do grupo considerado em sua individualidade recai sobre a dignidade que nutre enquanto pessoa humana. A forma como um grupo é tratado tem profundas consequências no estatuto social de cada um de seus membros<sup>70</sup>. O membro do grupo visado passaria a se considerar um ser inferior e, portanto, não merecedor dos direitos

---

<sup>64</sup> MATSUDA, op. cit., p. 46, citada por RIVERA, op. cit., p. 67.

<sup>65</sup> DELGADO, Richard; YUN, David H. Pressure Valves and Bloodied Chickens: An Analysis of Paternalistic Objections to Hate Speech regulation. *California Law Review*, v. 82, 1994, pp. 871 e 883, citado por RIVERA, op. cit., p. 66.

<sup>66</sup> DELGADO e YUN (1994), *ibid.*, p. 885, citado por RIVERA, op. cit., p. 70.

<sup>67</sup> LAWRENCE, op. cit., p. 68, citado por RIVERA, op. cit., p. 70.

<sup>68</sup> MATSUDA (1993), op. cit., p. 49, citada por RIVERA, op. cit., p. 70.

<sup>69</sup> LAWRENCE, op. cit., p. 68, citado por RIVERA, op. cit., p. 70.

<sup>70</sup> MACHADO, op. cit., p. 189.

que gozam os outros cidadãos<sup>71</sup>. Ocorre que esse abalo moral poderia ser psicossomatizado – cada nova ofensa reforçaria o efeito das anteriores –, de modo que esse dano psicológico poderia suscitar reflexos no corpo físico. Dificuldades respiratórias e hipertensão seriam exemplos dessas manifestações. Ademais, um quadro grave de psicossomatização teria o potencial de inspirar tentativas suicidas<sup>72</sup>.

Por fim, capitula-se ainda um dano eclodido nos tempos modernos. Consistiria, pois, um abalo novo experimentado pelos grupos estigmatizados a sensação de que o sistema legal não reconhece sua experiência degradante<sup>73</sup>. A dor e a sensação de abandono dos alvos destas manifestações tende a ser amplificada, e o símbolo que fica – e é notória a importância dos símbolos na vida social – é de um Estado cúmplice da barbárie<sup>74</sup>.

Com ainda mais especificidades foi erigida a teoria que embasa a Escola Feminista, porquanto tem por desiderato demonstrar exclusivamente que a pornografia não pode encontrar abrigo na Primeira Emenda. As publicações pornográficas importariam em uma forma muito eficiente de instituir e promover a manutenção das mulheres na condição de subordinadas aos homens, na medida em que erotizam essa dinâmica<sup>75</sup>. Com efeito, legitimada dessa forma seria a *violência contra as mulheres, incluindo a violação e o abuso em casa e, além disso, gera uma situação geral de desvantagem social, tanto nas questões mais íntimas, quanto na esfera pública*<sup>76</sup>.

Tendo em vista os diversos argumentos deduzidos, pode-se dizer que, genericamente, aduzem que a intervenção estatal, afastando as expressões de ódio do âmbito do discurso público, se faz imperiosa, em atendimento ao princípio da igualdade. Neste sentido, e de modo definitivo, aduz FISS: *um estado mais poderoso cria perigos, não se pode negar. Mas o risco de que esses perigos se materializem e uma estimacão do dano que produzirão, tem de ser sopesados com o bem que se poderia obter*<sup>77</sup>.

### 3.2. O valor das expressões de ódio e a noção de tolerância

<sup>71</sup> DELGADO, Richard. Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling, 24 in MATSUDA, Mari; LAWRENCE III, Charles; DELGADO, Richard; WILLIAMS CRENSHAW, Kimbèrle (coordenadores), **Words that Wound. Critical Race Theory, Assultive Speech and First Amendment**. Boulder: Westview, 1993, citado por RIVERA, op. cit., p. 68.

<sup>72</sup> MATSUDA, op. cit., p. 24, citada por RIVERA, p. 68.

<sup>73</sup> MATSUDA, op. cit., p. 49, citada por RIVERA, p. 67.

<sup>74</sup> SARMENTO, op. cit., pp. 248-249.

<sup>75</sup> MACKINNON, Catharine A. Only Words. **Harvard University Press**, Cambridge, 1993; Feminism Unmodified: Discourse on Life and Law. **Harvard University Press**, Cambridge, 1987, pp. 127-213; Toward a Feminist Theory of the State, **Harvard University Press**, Cambridge, 1989; MACKINNON, Catharine A., DWORKIN, Andrea, Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality, **Organizing Against Pornography**, Minneapolis, 1988; obras citadas por FISS, op. cit., p. 22.

<sup>76</sup> FISS, op. cit., p. 22.

<sup>77</sup> FISS, op. cit., p. 41.

De outra banda, alguns estudiosos defendem que as expressões de ódio envolvem, por excelência, assuntos de interesse público, como a imigração, os direitos dos homossexuais, o terrorismo, os efeitos de uma determinada doutrina religiosa na sociedade, etc<sup>78</sup>. Com efeito, entendem que o Estado não pode pretender calar o debate público justamente quando a pauta envolve questões nevrálgicas ao equilíbrio social, como os problemas vividos cotidianamente pela sociedade, sob pena de uma repentina ruptura da paz pública.

Neste norte, o Estado não poderia pretender castigar a difusão de uma determinada ideia para evitar o mal-estar ou a irritação de determinado grupo. Isso importaria uma restrição intolerável à discussão política. Mas o perigo maior estaria na camuflagem que dessa forma se opera: as ideias que germinam na sociedade, em sendo perigosas, deixam de ser drenadas pela discussão aberta que deveria existir no espaço de debate público.

A par disso, não se pode olvidar que a aparente neutralidade do censor estatal na análise do conteúdo de expressões reside no mundo colorido das utopias, e as disfunções neste âmbito podem ser perversas<sup>79</sup>. Se a difusão de certas ideias pudesse ser restringida com o argumento de que dita expressão causa um dano emocional a uma parte do público, nenhum intercâmbio significativo de ideias estaria a salvo dos cortes do censor<sup>80</sup>. Assim, a regulação das expressões de ódio poderia ser desvirtuada pelo Estado sem esforço: a proibição do “discurso ofensivo” poderia vir a deixar as minorias dissidentes especialmente desprotegidas frente à tendência natural das maiorias de silenciar o que ataca, questiona ou ridiculariza os valores hegemônicos<sup>81</sup>.

Para além dessa, formulam críticas pontuais à noção de dano gerado por expressões de ódio. Patrocinam, pois, a ideia de que o dano moral provocado pela ofensa irrogada ao coletivo é inversamente proporcional ao tamanho do grupo<sup>82</sup>, não sendo razoável um sujeito avocar um dano moral avassalador ante uma ofensa vulgar dirigida de modo hiperbólico a uma coletividade de pessoas<sup>83</sup>.

Outro argumento deduzido em defesa do espaço das expressões de ódio no debate público aponta que a cultura expressada através da televisão, do cinema e da literatura tem um papel muito mais importante na difusão de estereótipos e na criação de um meio ambiente

---

<sup>78</sup> SUMNER, Leonard Wayne. *The Hateful and the Obscene. Studies in the Limits of Free Expression*. **University of Toronto Press**, Toronto, 2004, p. 197, citado por RIVERA, op. cit., p. 222.

<sup>79</sup> Trecho da decisão que pôs fim ao Caso *Police Department v. Mosley* (408 US 92, 95), em 1972, citado por RIVERA, op. cit., p. 07.

<sup>80</sup> BRAUN, op. cit., p. apud Rivera nr 17 p 156.

<sup>81</sup> RIVERA, op. cit., p. 157.

<sup>82</sup> LÓPEZ PEREGÍN, Carmen. *La Protección Penal del Honor de las Personas Jurídicas y los Colectivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 181, citada por RIVERA, op. cit., p. 214.

<sup>83</sup> CODERCH, Pablo S., *El concepto de difamación em sentido estricto in El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 137 e 207, citado por RIVERA, op. cit., p. 214.



hostil contra determinados grupos. No entanto, nenhum defensor da regulação dessas expressões postula que as leis deveriam castigar também as imagens estereotipadas dos grupos minoritários que aparecem em filmes, novelas ou séries de televisão<sup>84</sup>. Também, pudera. Este poder concedido ao Estado conferiria uma margem excepcional de intervenção camaleônica no discurso público<sup>85</sup>.

Por todo exposto, defendem que

Não se deve nunca perder de vista a dimensão contramajoritária dos direitos fundamentais. Muitas vezes as palavras e as ideias ferem, causam dano e isto faz parte do jogo. É um incômodo que temos de assimilar. É parte do preço que tem de ser pago por viver em uma democracia<sup>86</sup>.

Até porque, nesses casos, a melhor solução não seria silenciar quem propaga a ideia, mas sim tratar de convencê-lo que está equivocado<sup>87</sup>. Isso porque

Responder ao intolerante com a intolerância pode ser juridicamente lícito, mas é por certo eticamente reprovável e talvez também politicamente inoportuno. Não está dito que o intolerante, uma vez acolhido no recinto da liberdade, compreenda o valor ético do respeito pelas ideias alheias. Mas é certo que o intolerante perseguido e excluído dificilmente se tornará um liberal<sup>88</sup>.

Tendo em vista a irredutibilidade das opiniões, a noção de tolerância surge como regra de conduta de modo a convencer os indivíduos que doutrinas opostas têm de conviver em um mesmo espaço de opinião pública, não podendo ser silenciada uma ou outra, em prol da soberania da liberdade. Esta filosofia foi desenvolvida por John Locke e Voltaire e, mais tarde, veio a ser objeto de estudo de Norberto Bobbio e John Rawls.

Consoante o entendimento de Rawls, a *liberdade dos intolerantes só deve ser restringida quando os tolerantes, sinceramente e com razão, acreditam que a sua própria segurança e a das instituições de liberdade estão em perigo*<sup>89</sup>.

Já para Bobbio, a tolerância para com as opiniões e ideologias contrárias deveria ter outros contornos e poderia ser justificada, inicialmente, pela conveniência política em suportá-las. Isso porque, em sendo o mais forte, melhor seria suportar as ideias alheias consideradas erradas do que persegui-las, já que a tentativa de silenciá-las poderia oportunizar sua

<sup>84</sup> WEINSTEIN, James. **Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine**. Westview: Boulder, 1999, p. 107, citado por RIVERA, op. cit., p. 212.

<sup>85</sup> MOON, Richard. The Regulation of Racist Expression, pp. 182 e 194 in COHEN ALMAGOR, Raphael (coordenador), **Liberal Democracy and the Limits of Tolerance**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000, citado por RIVERA, op. cit., p. 212.

<sup>86</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007). **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, año 29, n. 85, jan./abr. 2009, p. 300.

<sup>87</sup> RIVERA, op. cit., p. 157.

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Campus, 2004, p. 154.

<sup>89</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 239.

publicização, o que potencialmente implicaria em um robustecimento. Da mesma forma, em sendo iguais, melhor seria tolerar os ideais antagônicos, em troca da convivência pacífica – em classes iguais, *se me atribuo o direito de perseguir os outros, atribuo a eles o direito de me perseguir*. E, sendo o mais fraco, não haveria alternativas plausíveis à tolerância. Dessa forma, a tolerância atenderia a interesses utilitaristas, afigurando-se como *um mal menor ou como um mal necessário*<sup>90</sup>.

Sob outro aspecto, a adoção da regra de conduta da tolerância importaria na negação do método da força ou da coerção como meio de conquistar a adesão dos indivíduos, optando pelo método da persuasão<sup>91</sup>. Nesta senda, já discorria Locke: *se a verdade não conquista o entendimento por si mesma e por sua própria luz, não pode fazê-lo por nenhum reforço estranho*<sup>92</sup>. Assim considerada, a tolerância importaria em um método de pacífica convivência civil. Por fim, haveria, ainda, uma justificativa moral à prática da tolerância: deve-se suportar a diversidade de opiniões em atendimento ao princípio moral absoluto de que se reveste o respeito à pessoa alheia<sup>93</sup>.

Revisados os argumentos que tentam demonstrar a pertinência da tolerância das expressões de ódio no debate coletivo, cumpre referir que as críticas formuladas à regulação dessa classe de expressões não termina por aqui. Há quem estude a efetividade de tal regulação, tendo por base os resultados alcançados onde fora implementada.

Os doutrinadores reticentes quanto à limitação do exercício da liberdade de expressão defendem que esse tipo de regulação tem por característica a inexatidão, tendo conteúdo variável. Imputações tendo por base sanções penais dessa espécie poderiam incidir sobre condutas impossíveis de determinar com precisão, e não raramente teriam por base expressões que se acreditava estarem no campo de proteção de garantia constitucional. Ainda que ao final do processo o sujeito seja inocentado, não se pode olvidar dos recursos que teve de despender, como o tempo e o dinheiro para defesa em juízo<sup>94</sup>. Dessa forma, a perquirição criminal com fulcro no abuso do exercício da liberdade de expressão teria um indubitável potencial de desestimular a germinação no debate público de expressões críticas<sup>95</sup>.

Entendem que muito embora a grande maioria dos opositores à concepção liberal da liberdade de expressão sugira a adoção de tipos penais que castiguem as expressões de ódio,

<sup>90</sup> BOBBIO (2004), op. cit., pp. 208-209.

<sup>91</sup> BOBBIO (2004), op. cit., p. 210.

<sup>92</sup> LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. São Paulo: Editora Abril, 1973, p. 26, citado por BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Editora UNESP, 2002, pp. 140-141.

<sup>93</sup> BOBBIO (2004), op. cit., p. 211.

<sup>94</sup> WEINSTEIN, James. **Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine**. Westview: Boulder, 1999, p. 143, citado por RIVERA, op. cit., p. 224.

<sup>95</sup> RIVERA, op. cit., p. 189.

fazem-no somente com relação às expressões de discriminação que causam subordinação e, no entanto, essa ressalva não costuma ser feita na elaboração de tais normas. Defendem que isso não ocorre por acaso. Seria muito difícil, na opinião desses autores, avaliar quais grupos da sociedade podem ser definidos como vulneráveis e historicamente oprimidos, a ponto de poderem ser considerados vítimas de uma dinâmica de subordinação. Fortes nessas premissas, sustentam que *encontrar a vítima correta é um dilema político para o qual não há resposta legal satisfatória*<sup>96</sup>.

Sugerem que o requisito da demonstração de pertencimento a um grupo com determinadas características para reconhecer um como discurso repreensível implicaria na criação de um fenômeno na sociedade<sup>97</sup>. Os diversos grupos buscariam comprovar sua vitimização para atrair o poder do Estado a sua causa – o que geraria uma concorrência, cujo vencedor, ao final, teria conferido o direito de justamente silenciar os grupos dominantes<sup>98</sup>. Porém, nesta luta é provável que acabem por prevalecer os grupos mais fortes ou os que geram mais simpatia na sociedade<sup>99</sup>, vencidos os que realmente fazem jus a essa tutela. Ademais, entendem que seria um escândalo se uma lei ou um tribunal considerasse que determinados grupos não estão suficientemente subordinados na sociedade para merecer a proteção legal<sup>100</sup>. Conferir ao legislador ou para os juízes a tarefa de decidir quais são os grupos dominantes e os subordinados somente poderia conduzir a resultados escandalosos e intoleráveis<sup>101</sup>.

Essas propostas poderiam também levar ao resultado absurdo de que uma mesma expressão seja castigada quando provém de uma pessoa que integra um grupo considerado minoritário e não quando é efetuada por uma pessoa que integra um grupo considerado minoritário<sup>102</sup>.

A par disso, sugerem que, em matéria de expressões de cunho supostamente racista, por exemplo, limitar o castigo das expressões discriminatórias àquelas que se exteriorizam através de expressões vulgares e hiperbólicas não faria sentido, na medida em que é patente que *o poder do discurso racista é inversamente proporcional à vulgaridade com que este se expressa*

---

<sup>96</sup> BRAUN, Stefan. **Democracy off Balance**. Toronto: University of Toronto Press, 2004, p. 102, citado por RIVERA, op. cit., p. 208.

<sup>97</sup> GATES JR., Henry L. **War of Words: Critical Race Theory and the First Amendment**. Speaking of Race, Speaking of Sex, Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties. New York: New York University Press, 1994, p. 33, citado por RIVERA, op. cit., p. 208.

<sup>98</sup> BRAUN (2004), op. cit., p. 498, citado por RIVERA, op. cit., p. 222.

<sup>99</sup> RIVERA, op. cit., p. 223.

<sup>100</sup> BRAUN (2004), op. cit., p. 72, citado por RIVERA, op. cit., p. 208.

<sup>101</sup> RIVERA, op. cit., p. 209.

<sup>102</sup> RIVERA, op. cit., p. 209.

[...] as pessoas que verdadeiramente exercem algum grau de poder na sociedade utilizam um discurso racista muito mais codificado e menos explícito<sup>103</sup>.

Atribuem a isso o fato de a regulação da liberdade de expressão visando à discriminação não resultar eficaz. Neste sentido, apontam que os estudos das organizações não governamentais *Article 19* e *Human Right Watch*: não haveria relação entre as regulações de expressões de ódio e a diminuição de condutas discriminatórias e a violência contra os grupos minoritários, sendo que a última recomenda, ainda, a adoção de uma concepção liberal no tratamento da liberdade de expressão. Neste sentido:

A pouca efetividade das leis que reprimem as expressões de ódio surge também da experiência da República de Weimar, prévia à ascensão de Hitler ao poder. A pesar de muitos autores pensarem que essa classe de leis é necessária para evitar que se repitam fatos como o Holocausto, o certo é que a República de Weimar tinha diversas leis que penalizavam a incitação ao ódio. Nos anos anteriores à chegada de Hitler ao poder, houve mais de duzentas ações penais por expressões antisemitas<sup>104</sup>. Se algum ensinamento se pode tirar da República de Weimar é que a lei não deve ser vista como instrumento principal de defesa contra o racismo<sup>105</sup>.

Tendo em vista o exposto, os autores concluem que a reprimenda criminal às expressões de ódio atua de forma contraproducente, na medida em que não inibe com eficácia as condutas tipificadas e acaba por retirar o foco do ponto nevrálgico de toda a discussão que se estabelece em torno da matéria: as reais causas da discriminação e da xenofobia<sup>106</sup>. No entanto, isso não afetaria necessariamente a validade das normas que reprimem essa classe de expressões.

Com efeito, entendem que esta classe de normas, antes de tencionar efetivamente inibir condutas, teria o condão de transmitir uma mensagem simbólica de proteção aos grupos minoritários<sup>107</sup>. Nesta senda:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto da perversidade do aparato estatal, que buscaria, no permanente recurso à legislação penal como uma (aparente) solução fácil frente a problemas sociais, relegando ao plano simbólico (isto é, através de uma declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria se resolver no nível instrumental (da proteção efetiva)<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> GATES Jr., Henry L. War of Words: critical race theory and the first amendment in GATES Jr., Henry L.; GRIFFIN, Anthony P.; LIVELY, Donald E.; POST, Robert; RUBENSTEIN, William B.; STROSSEN, Nadine. **Speaking of Race, Speaking of Sex, Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties**. New York: New York University Press, 1994, p. 47, citado por RIVERA, op. cit., p. 203.

<sup>104</sup> BRAUN, op. cit., p. 75, citado por RIVERA, op. cit., p. 213.

<sup>105</sup> LEVITT, Cyril. Racial Incitement and the Law: The Case of the Weimar Republic, PP. 211 e 241 in SCHENEIDERMAN, David. Freedom of Expression and the Charter. Canada: Thomson, 1991 citado por RIVERA, op. cit., p. 213.

<sup>106</sup> MINOW, op. cit., p. 1271 e STROSSEN, Nadine, Incitement to Hatred: Should there Be a Limit?, Southern Illinois University Law Journal, vol. 25, 2001, p. 259 citadas por RIVERA, op. cit., p. 213.

<sup>107</sup> MINOW, Martha. Regulating Hatred: Whose Speech, Whose Crimes, Whose Power? An Essay for Kenneth Karst. **UCLA Law Review**, vol. 47, 2000, p. 1263, citada por RIVERA, op. cit., p. 217.

<sup>108</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 2001, p. 21. Disponível em: <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00310-la-expansion-del-derecho-penal-jesus-maria-silva-sanchez.html>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

Muito embora alguns estudiosos vejam a transmissão de uma mensagem desabonatória como sendo uma ferramenta legítima do Estado, entendem que o Direito Penal não poderia ser evocado para transmitir essa mensagem. Ao invés de penalizar condutas supostamente discriminatórias o Estado poderia promover seu próprio discurso através de campanhas de educação contrárias à discriminação, ou então, agravando as penas dos crimes praticados tendo a discriminação como força motriz<sup>109</sup>. Até porque, impondo o Estado a política antidiscriminatória que entende correta, enclausurando o debate acerca de discriminação, estaria presumindo sua infalibilidade nessa eleição, o que potencialmente se revelaria como um ardil.

Como se percebe, figuram de ambos os lados da balança argumentos erigidos em bases sólidas de lógica e coerência, variando as conclusões conforme se adote um ou outro bem jurídico como preferente. Ocorre que não é tarefa fácil, diante de direitos como a liberdade e a igualdade, proceder à eleição munido de uma convicção que não arrefecida.

#### **4. Revisionismo histórico: um caso particular**

Na década de 70, germinou no continente europeu uma teoria que negava a ocorrência do genocídio do povo judeu durante a Segunda Guerra Mundial. Sustentava-se que a política implementada pelo regime nacional-socialista teria consistido unicamente na expulsão dos judeus, o que teria provocado algumas mortes – número esse em muito inferior ao montante hoje apregoado por alguns historiadores<sup>110</sup>. Nesta senda, defendia-se, por exemplo, que as câmaras de gás alegadamente utilizadas para asfixiar os perseguidos em massa serviram, em verdade, para desinfetar as roupas dos deportados, que tinham de ser enviados para o leste<sup>111</sup>. Muito embora fosse um movimento marginal, as ideias deduzidas correram o mundo, de tal forma que mesmo entre nós houve publicações com este mote.

Trataremos de analisar, pois, as políticas adotadas pelos Estados europeus ante a disseminação dessas teorias, sem perder de vista a prematuridade das cicatrizes sofridas, em maior ou menor grau, pelo nacional-socialismo. Doravante, trataremos de analisar a forma como reverberou no Brasil a intensa discussão acerca desse tema, reconhecidamente sensível, mas que teve os brasileiros como meros espectadores.

##### **4.1. Revisionismo histórico ou negacionismo?**

---

<sup>109</sup> RIVERA, op. cit., p. 217.

<sup>110</sup> RIVERA, op. cit., p. 225.

<sup>111</sup> BILBAO UBILLOS (2009), op. cit., p. 102.

Na Europa, tão logo alumiadas as teorias revisionistas foram elaboradas formas de inibir sua disseminação. Com efeito, a negação do Holocausto fora criminalizada como tipo penal autônomo na Alemanha (1994), Áustria (1992), França (1990), Suíça, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Polônia, República Tcheca, Romênia, Eslovênia e no Chipre<sup>112</sup>. Na Espanha, porém, a negação e justificação de genocídios fora criminalizada, de modo a não promover distinções<sup>113</sup>. Neste sentido apontavam as Recomendações de Política Geral n.º 07 e 09, aprovadas pela Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância em 2002 e 2004, sendo que o mesmo teor se colhe das Resoluções 60/7 e 61/255, aprovadas pela Assembleia da Organização das Nações Unidas em 2005 e 2007, respectivamente, e, ainda, pela Decisão-Padrão 2008/913/JAI, aprovada pelo Conselho da União Europeia em 2008 (alíneas “c” e “d” do artigo 1º)<sup>114</sup>.

Dessa forma, eram passíveis de persecução criminal todos aqueles que, através de qualquer meio, negassem, banalizassem, relativizassem ou justificassem a existência do Holocausto, questionando sua magnitude ou as formas de execução utilizadas para exterminar os seis milhões de judeus vitimados durante a Segunda Guerra Mundial<sup>115</sup>. De fato, houve inúmeras condenações com base nesses tipos penais ratificadas pelas Cortes Supremas dos Estados-membros.

Com efeito, algumas condenações foram levadas à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos que, muito embora não tenha ingerência sobre o Poder Judiciário doméstico, elabora pareceres que gozam de distinta credibilidade<sup>116</sup>. Impende à Corte verificar a conformidade da condenação trazida a sua apreciação com o ordenamento jurídico do Estado-membro e ainda analisar se a aplicação comumente conferida à lei pelos tribunais locais não diverge da solução dada ao caso sob análise.

Tratando-se de negação do Holocausto, a jurisprudência consolidada tanto pela Comissão quanto pela Corte Europeia de Direitos Humanos é uníssona. Nessa hipótese, a ingerência no espectro de liberdade de expressão não contrariaria o disposto na Convenção. Antes o contrário: constituiria uma afronta a alguns de seus valores fundamentais, como a justiça e a paz<sup>117</sup>. Nesse sentido, o direito à liberdade de expressão, tal como contemplado na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 10º), prevê exceções expressas textualmente – no caso

---

<sup>112</sup> BILBAO UBILLOS (2009), op. cit., p. 304, nota n. 7.

<sup>113</sup> RIVERA, op. cit., p. 230.

<sup>114</sup> BILBAO UBILLOS (2009), op. cit., p. 304, nota n. 8.

<sup>115</sup> BILBAO UBILLOS (2010), op. cit., p. 102.

<sup>116</sup> Até 1998, o órgão competente para conhecer de demandas de supostas violações de direitos humanos não era a Corte, mas sim a Comissão Europeia de Direitos Humanos, extinta nessa ocasião. Cf. RIVERA, op. cit., p. 104.

<sup>117</sup> BILBAO UBILLOS (2010), op. cit., p. 133.

de ofensa à reputação de outrem (artigo 10.2) ou mesmo de abuso no exercício do direito (artigo 17).

No plano de fundo desta orientação jurisprudencial reside o pressuposto de que o Holocausto é um fato histórico único, amplamente documentado. Desse modo, sua negação implicaria, necessariamente, em reconhecer estarmos diante de afirmações falsas, que não têm nada a acrescentar ao debate na esfera pública e, portanto, não precisam ser toleradas em atendimento ao espectro de liberdade de expressão do difamador.

Cumprir referir, porém, que as razões de decidir outrora utilizadas pela Comissão e hodiernamente evocadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos não estão a salvo de críticas bem articuladas.

Inicialmente, as críticas tangem ao procedimento adotado nos casos de negação do Holocausto. Isso porque a Comissão Europeia de Direitos Humanos nega o direito de ampla produção de provas dos demandantes, sob o argumento de tratar de fatos históricos amplamente documentados, cuja tentativa de prova em contrário só poderia ser mal intencionada. Limitar as prerrogativas processuais dos demandantes foi a solução encontrada para evitar que a tribuna servisse para publicizar as teses revisionistas, fazer dos condenados mártires e mesmo evitar absolvições<sup>118</sup>.

De fato, os tribunais não são considerados por esses críticos um lugar adequado para determinar verdades históricas<sup>119</sup>. Porém, o que os preocupa é o fato de ter sido aberto um precedente em que a verdade oficial acabou por ser imposta<sup>120</sup>.

Ademais, propõem a análise das condutas tipificadas e a legitimidade da intervenção do direito penal. Com efeito, uma tese vem encontrando espaço na doutrina e na jurisprudência europeias. A crítica cinge à conduta criminalmente castigável que reside na simples negação do Holocausto. Isso porque a negação pode ser entendida como mera exposição de um ponto de vista sobre determinados fatos, sustentando que não aconteceram ou não ocorreram de modo que possam ser qualificados como genocídio. Mensagem diversa, porém, seria transmitida através da justificação, na medida em que esse tipo de manifestação, sim, pressuporia algum grau de identificação com os autores dos crimes contra a humanidade. Mas a criminalização da conduta que se perfectibiliza através da negação de genocídios, nos termos propostos, não sendo exigido o dolo específico de incitar a violência contra os grupos vitimados ou mesmo de reinstaurar os regimes que promoveram os crimes contra a humanidade, poderia ser tida como

---

<sup>118</sup> BRAUN (1988), op. cit., pp. 492-493, citado por RIVERA, op. cit., p. 232.

<sup>119</sup> LIPSTADT, Deborah E. **Denying the Holocaust**. New York: The Free Press, 1993, p. 220, citada por RIVERA, op. cit., p. 232.

<sup>120</sup> RIVERA, op. cit., p. 233.

inconstitucional, na medida em que importaria em uma restrição irrazoável à liberdade de expressão<sup>121</sup>.

Aduzem, pois, que, para legitimar a condenação de qualquer uma das formas de questionar genocídios seria necessária a demonstração do dolo específico; sem, contudo, haver espaço para estabelecer presunções. Isso, sob pena de concluirmos pela ilegitimidade do direito penal como meio de inibição de ideias revisionistas, ante a inexistência de bem jurídico a ser tutelado<sup>122</sup>.

Recorrer ao Direito Penal de maneira simbólica não seria legítimo<sup>123</sup>, até porque, essa guerra não seria de todos<sup>124</sup>. A propaganda revisionista estaria, de fato, presente em alguns países; porém, não se revestiria como um grande problema, de modo a requerer uma resposta urgente<sup>125</sup>. Com efeito, esse tipo de *literatura excêntrica*, não é tida por alguns como potencial ameaça à convivência pacífica<sup>126</sup>.

Neste sentido, perguntam-se os críticos se haveria fundamento em condenar a sanções penais quem, ainda que mal intencionado, sustente teorias em sentido diverso às verdades históricas. A resposta é negativa, na medida em que as doutrinas revisionistas poderiam ser contestadas e combatidas com evidências concludentes, sem que fosse necessário proibir a sua difusão, nem *transformar juízes em guardiões da história oficial*. Isso porque *em uma sociedade democrática madura, a consciência histórica não pode ser imposta a golpes de decreto ou de sentença; tem de ser resultante de um processo de livre discussão, de livre interpretação dos acontecimentos, sem cortes nem tabus*<sup>127</sup>.

Destarte, concluem os críticos que a criminalização das condutas que de alguma forma questionem os genocídios não seria produtora, levando-se em conta os benefícios da regulação e os riscos que esse tipo de regras, essencialmente simbólicas, oferecem à liberdade de expressão, a exemplo do indesejável efeito dissuasório.

#### 4.2. Revisionismo histórico ou racismo?

Como já noticiado, as doutrinas revisionistas reverberaram no Brasil. No interior do Rio Grande do Sul, por exemplo, havia uma editora de nome “Revisão” que teve seus trabalhos

<sup>121</sup> Eis a tese defendida por Bilbao Ubillos, em sintonia com o pronunciamento do Tribunal Constitucional espanhol, por ocasião da decisão 235/2007. Cf. BILBAO UBILLOS (2009), op. cit., p. 336.

<sup>122</sup> BILBAO UBILLOS (2010), op. cit., pp. 142-143.

<sup>123</sup> BILBAO UBILLOS (2010), op. cit., p. 143.

<sup>124</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. **La Política Criminal contra la Xenofobia y las Tendencias Expansionistas del Derecho Penal**. Granada: Comares, 2001, p. 113, citado por BILBAO UBILLOS (2009), op. cit., p. 315.

<sup>125</sup> BILBAO UBILLOS (2009), op. cit., p. 315.

<sup>126</sup> BILBAO UBILLOS (2010), op. cit., p. 143.

<sup>127</sup> BILBAO UBILLOS (2010), op. cit., p. 144.



encerrados, seus livros apreendidos e seu proprietário condenado pelo crime de racismo<sup>128</sup>; condenação, essa, mantida pelo Supremo Tribunal Federal, em sua primeira oportunidade de incursão no tema.

Interessa ao presente estudo analisar a forma como repercutiram as discussões do plano internacional nas razões de decidir dos ministros da corte constitucional brasileira ante a análise de caso que, embora não demandasse o estudo do mérito, findou por instalar a discussão acerca do espectro de legitimidade do exercício da liberdade de expressão.

O *habeas corpus*<sup>129</sup> impetrado perante o Supremo Tribunal Federal sustentava que, em tendo sido condenado o paciente por *praticar discriminação* contra aos judeus, não havia motivo para ser considerado imprescritível o crime cometido, nos termos do inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal. Isso porque, a exceção prevista na Constituição diz respeito aos crimes de racismo e, muito embora o paciente tenha sido condenado com base no artigo 20 da Lei n.º 8.081/90, não teria incorrido nessa conduta, na medida em que não praticou discriminação contra uma raça, mas sim contra os judeus, que não podem ser considerados como tal. Por fim, pugnava pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado ante a pena cominada no caso concreto.

Com efeito, o caso levado à apreciação da corte constitucional não reclamava o revolvimento do mérito da conduta praticada pelo paciente ou, ainda, sua tipificação penal, restando apenas, como propôs o relator, Ministro Moreira Alves, a análise do sentido e do alcance da expressão “racismo” no texto constitucional.

O julgamento dessa questão resultou no seguinte: todos os ministros, à exceção do relator<sup>130</sup>, consideraram que o termo “racismo” fora utilizado em sentido coloquial, de modo que a expressão “raça”, no Brasil pode fazer referência tanto aos negros, quanto a outros *segmentos humanos*. Assim, a melhor interpretação do dispositivo constitucional revelaria ser o racismo um *crime contra os indivíduos da raça negra, tanto quanto um crime contra os*

---

<sup>128</sup> A conduta perquirida foi subsumida àquela tipificada no artigo 20 da Lei n. 7.716/89, com redação da Lei n. 8.081/90, *in verbis*: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos.”, alterado novamente pela Lei n. 9.459/97.

<sup>129</sup> Trata-se do HC n. 82.424/RS, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Moreira Alves, mas que teve como relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa. Julgamento iniciado em 12.12.2002 e encerrado em 17.09.2003. Publicação da decisão constante no DJ de 19.03.2004. Íntegra do julgamento constante no Ementário nº 2144-3 às folhas 524-1011.

<sup>130</sup> O Ministro Moreira Alves entendeu que, sob a perspectiva antropológica, a distinção dos homens em raças só seria devidamente empregada quando tendente a identificar características físicas hereditárias. Com efeito, as raças humanas seriam a branca, a amarela e a negra; não podendo ser considerados como pertencentes a uma “raça” os membros do grupo dos judeus, distintos pela religião que professam (p. 13-14). Recorreu, assim, à interpretação histórica do aludido dispositivo, rechaçando a interpretação teleológica em que se fundou a maioria e, desse modo, concluiu que o termo “racismo” traduziu, para o legislador ordinário, a discriminação e o preconceito especificamente cometidos contra os indivíduos pertencentes à raça negra (p. 10).

*indivíduos pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento* (p. 822). Sob essa perspectiva, a maioria entendeu que *dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo* (p. 560).

Com efeito, a maioria dos ministros votou por indeferir a ordem de *habeas corpus* ao paciente. No entendimento da Corte, a discriminação contra os judeus seria uma das formas de configuração do crime de racismo previsto no inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, devendo, pois, ser considerada imprescritível a conduta do paciente.

No entanto, alguns ministros se dispuseram a ir além dos limites propostos pelo impetrante e analisar a conduta perquirida, de modo a identificar se constituía ato atentatório à dignidade dos judeus. Radica neste ponto o interesse do presente estudo por este julgado

Entre eles, procedeu a esse exame o Ministro Celso de Mello, vindo a concluir que a obra redigida pelo paciente *extravasou os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus* (p. 628). Outros ministros, porém, chegaram a conclusões diversas acerca da tipicidade da conduta perquirida.

Com efeito, para o Ministro Carlos Ayres Britto o cerne da questão em tela residia em analisar se a conduta do paciente estava dentro do espectro de legitimidade da liberdade de expressão, ou se havia ocorrido seu transbordamento. Confessou o magistrado ter lido tanto a primeira, quanto a vigésima nona e última edição do livro assinado pelo autor (p. 835), de modo que pode concluir com convicção não tratar a espécie de abuso do exercício da liberdade de expressão.

A abissal imersão nas provas em que se fundaram a denúncia teria permitido ao ministro depreender que a obra de autoria do paciente se pretendia científica e, valendo-se de citações, apelava à razão ou senso crítico do leitor; não podendo ser definida como panfletária. Aduziu que do teor da obra redigida pelo paciente pôde extrair que o autor não pregava contra os judeus, ou mesmo contra o judaísmo, mas, sim, contra o sionismo que, segundo o paciente, seria uma *organização israelense ultra-radical imperialista, racista e terrorista*. Neste norte, considerou Ayres Britto tratar-se de uma *obra de revisão histórica, em parte quixotesca. Obra de quem professa uma ideologia, ainda que pouco verossímil*. Logo, sustentou o seguinte:

Sucedem que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e consequente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal (p. 841).

Assim, considerou tratar-se a obra de autoria do paciente de *uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional [...] (p. 848)*. Já no que concerne às obras de outros autores publicadas pela editora de propriedade do paciente, entendeu que igualmente se viam abrigadas pela Constituição, porquanto residentes no *âmbito da liberdade de iniciativa do autor-paciente enquanto empresário, notadamente porque são obras que levam a assinatura dos referidos escritores [...]. Além do que também situadas no mais protegido campo constitucional da convicção política (p. 850)*. Dessa forma, votou pelo não enquadramento da conduta como racismo, deferindo a ordem, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado<sup>131</sup>.

Fora, porém, o voto do Ministro Marco Aurélio que mais fez lembrar a discussão travada em nível global sobre os limites do exercício da liberdade de expressão. Filiou-se o magistrado à corrente que vislumbra como pertinente no debate público o discurso de ódio. No entanto, fez mais do que recorrer às teses elaboradas pelos estudiosos do tema, na medida em que se propôs a refletir acerca do contexto em que reverberou a conduta do paciente.

Com efeito, sustentou que deveriam os ministros atentar para a realidade brasileira ao julgar o caso em tela, para que não fosse construída *uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias a nossa realidade (p. 894)*. Isso porque considerou que *não existem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade (p. 893)*, até porque, infelizmente, não teria o brasileiro médio sequer o hábito de ler (p. 888).

Forte nessas premissas, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a conduta analisada não se revestiu de grave abuso no exercício do direito à liberdade de expressão, não se justificando a responsabilização criminal do paciente. Nesse sentido, fez constar que *a forma ideal de*

---

<sup>131</sup> Porém, antes disso, votou o ministro de modo a prejudicar esse pedido. Ocorre que dessa imersão no caso concreto que levou o Ministro Ayres Britto a requisitar os autos do processo originário, teria se deparado com outra desconformidade, essa, com o atendimento ao devido processo legal. Aventando questão de ordem, o ministro propôs a concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, ante a ausência de justa causa à persecução penal. Vislumbrou ocorrência de nulidade absoluta, tendo em vista não ter a denúncia, fundada no artigo 20 da Lei n.º 8.081/90, se desincumbido de demonstrar que as edições e reedições das obras publicadas pelo denunciado teriam ocorrido durante a sua vigência, não sendo possível enquadrar o crime como “permanente”, já que sua consumação não poderia cessar por vontade do agente – não seria possível fazer sua *desedição* nem impedir sua leitura por eventuais adquirentes. Esclarece o Ministro que a redação original do dispositivo legal não previa que os verbos nucleares “praticar, induzir ou incitar” pudessem ser instrumentalizados “por meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza”; não podendo, pois, retroagir a lei de modo a desfavorecer o réu (pp. 791/800). Neste norte, concluiu por imperiosa a concessão da ordem de *habeas corpus*, oficiosamente. No entanto, os membros da Corte não se dispuseram a deliberar sobre o cabimento do *habeas corpus* de ofício, restringindo-se tão somente a apreciar o caso nos termos em que proposto.

*combate aos disparates do seu pensamento* [do paciente] seria, ao contrário, *deixar a cargo da sociedade tal censura, formando suas próprias conclusões* (p. 889).

E foi além. Registrou que, se o Tribunal restringisse o espectro do exercício da liberdade de expressão do paciente, estaria prolatando uma decisão simbólica, antes de técnica. Defendeu que, dessa forma, os membros da Corte estariam

[...] implementando uma imagem politicamente correta perante a sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de “Jurisprudência Simbólica”, sobressaindo a defesa do pensamento antinazista, quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, alfim, de opinião política (p. 910/911).

Do exposto, pode-se concluir que o HC 82.424/RS do Supremo Tribunal Federal tão somente tangenciou o tema das expressões de ódio, porquanto a maioria dos ministros não extravasou os limites propostos pelo *habeas corpus*. Assim sendo, tecnicamente, o referido julgado não pode ser considerado um pronunciamento da Corte sobre o espectro do exercício da liberdade de expressão.

Em verdade, diferentes percepções do tema levado à apreciação da corte se desenvolveram de maneira paralela no julgamento em exame, a despeito dos longos debates travados entre os ministros em cinco sessões de julgamento. Ademais, verificou-se pouco nítida a eleição dos critérios utilizados, a exemplo da análise de proporcionalidade da condenação imposta ao paciente, operada por dois ministros, que embasaram conclusões diametralmente opostas<sup>132</sup>.

De outra banda, não pode passar despercebido o empenho da comunidade judaica na condenação do paciente. O parecer ofertado por Celso Lafer<sup>133</sup>, por exemplo, permeou o julgamento da corte constitucional. No entanto, muito antes disso, sequer teria sido perfectibilizada a condenação do réu que, em primeira instância fora absolvido, com pedido do órgão ministerial, não houvesse recorrido o assistente da acusação (p. 782/783).

Nesse sentido, pode-se concluir que, muito embora tenha contado com defensores contundentes, o valor da liberdade de expressão, no caso sob análise, não contou com o mesmo apelo que logrou a causa semita. Não queremos sustentar que essa última careça de valor. Nem tampouco que o contrário devesse ter ocorrido, restando calados os integrantes daquele grupo.

<sup>132</sup> Os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio consideraram pertinente o exame. No entanto, findaram por extrair conclusões em sentido diametralmente oposto (pps. 669-671 e 895-901).

<sup>133</sup> Jurista de grande prestígio, Celso Lafer é judeu, como é de conhecimento público. À época do julgamento do HC 82.424/RS, tinha deixado havia pouco tempo o cargo de Ministro de Estado das Relações Exteriores. Em 2005, publicou o parecer dado sobre o caso, na condição informal de *amicus curiae*, como se definiu. Cf. LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2005. 135 p.

Ocorre que era mesmo a liberdade de expressão do povo brasileiro que estava em questão. Cumpria, pois, atentar para qualquer desvio de foco.

### **5. Considerações finais**

Ante a chance de se aclamar censor de um homem ou de um grupo, poucos foram aqueles que tentaram e menos ainda os que resistiram à ideia. O silêncio, em qualquer época, pode ser confundido com a língua dos poderosos. Sob diversas roupagens, ainda hoje as ideias são enclausuradas. Quando a sinfonia arrepia, os censores acionam um botão, ou então vestem os escudos, ou mesmo as togas, se as tiverem.

Respeitadas as experiências históricas de cada sociedade, forçoso reconhecer a transcendência do valor da liberdade de expressão nas sociedades de democracia avançada. Por constituir um âmbito sensível das liberdades individuais, historicamente cerceado, entendemos que manter o debate público a salvo de regulações pode trazer mais benefícios a longo prazo.

As expressões de ódio veiculam uma mensagem espúria; indubitavelmente digna de reprovação. Porém, não se pode pretender enclausurar esse debate inadvertidamente. Há que se adotar critérios fixos de aferição da potencialidade danosa desse tipo de discurso, sob pena de forte afronta à liberdade de expressão, que pode conduzir a resultados indesejados.

Assim sendo, não haveria margem para conferir reputação penal às expressões de ódio veiculadas no âmbito do discurso público que não tencionam incitar à violência ou que não tenham potencial para tanto. A censura dessa classe de expressões só poderia ser promovida legitimamente pela própria sociedade, através da confrontação de ideias. Até porque, melhor seria medir a temperatura das ideias extremistas do que bani-las do debate público.

Desnudada a delicadeza do tema em foco, pode-se perceber que tudo se resume, cada vez mais e de novo, à constatação que os nossos julgamentos continuam reféns da subjetividade que trazemos conosco. Há que se atentar para isso, de modo a evitar que o valor da liberdade de expressão seja ofuscado por elementos outros que dificultem o devido dimensionamento da importância das conquistas e da gravidade do retrocesso nessa matéria.

### **Referências**

BILBAO UBILLOS, Juan María. La negación del holocausto en la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español. **Revista de Estudios Criminales**. Porto Alegre, ano X, n. 37, p. 101-144, abr./jun 2010.

\_\_\_\_\_. La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007). **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, año 29, n. 85, p. 299-352, jan./abr. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Campus, 2004.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso de Ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Direito Público**. Brasília, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FISS, Owen. **La ironía de la libertad de expresión**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.

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

RIVERA, Julio César. **La Libertad de Expresión y las Expresiones de Ódio**. 1ª Ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. 276 p.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel do estado. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 16, mai./ago. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/liberdade\\_de\\_expressao\\_pluralismo\\_e\\_o\\_papel\\_promocional\\_do\\_estado.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/liberdade_de_expressao_pluralismo_e_o_papel_promocional_do_estado.pdf)>. Acesso em 23 jun. 2011.

SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais** – Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 2001, p. 21. Disponível em: <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00310-la-expansion-del-derecho-penal-jesus-maria-silva-sanchez.html>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

TORRES, Marta Bisbal. El “Mercado Libre de las Ideas” de O. W. Holmes. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, n. 81, p. 183-208, set./dez. 2007.

VENTURA, Adrián. **Libertad de Expresión y Garantías**. Buenos Aires: La Ley, 2009.