



Priscilla Regina da Silva

Os Limites Sagrados da Liberdade:

Uma Análise sobre o Discurso de Ódio Contrarreligioso

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite



Priscilla Regina da Silva

**Os Limites Sagrados da Liberdade:
Uma Análise sobre o Discurso de Ódio Contrarreligioso**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Fábio Carvalho Leite

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profa. Caitlin Sampaio Mulholland

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profa. Ana Paula Gonçalves de Barcellos

Departamento de Direito – UERJ

Profa. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 28 de março de 2017

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Priscilla Regina da Silva

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), especialista em Direito Público e Direito Privado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro (FEMPERJ). Advogada.

Ficha Catalográfica

Silva, Priscilla Regina da

Os limites sagrados da liberdade: uma análise sobre o discurso de ódio contrarreligioso / Priscilla Regina da Silva; orientador: Fábio Carvalho Leite. – 2017

208 f.: il. color. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2017.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Discurso de ódio. 3. Religião. 4. Liberdade de expressão. 5. Liberdade religiosa. I. Leite, Fábio Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo amor incondicional, pela ajuda nos momentos em que nada parecia fazer sentido e pelo apoio financeiro para que eu pudesse seguir meus sonhos. Obrigada por me ensinarem, cada um a sua maneira, a lidar com as adversidades da vida.

Ao meu irmão, que apesar de longe fisicamente, sempre estará presente em minha vida.

Ao Maurício, pelo amor e cuidado de sempre, por me ajudar nas minhas inseguranças, frustrações e a ter uma vida mais leve. Obrigada por estar sempre ao meu lado.

Ao meu orientador, Professor Fábio Leite, pela amizade que deixou o percurso mais divertido, pelos debates que me engrandeceram academicamente e pela confiança no meu trabalho.

Aos demais professores do programa, obrigada por todo conhecimento adquirido ao longo do curso.

À Turma de mestrado, carinhosamente conhecida como “amor y juego”, obrigada por viverem comigo momento tão valiosos. Finalizo esta etapa com a certeza de que conquistei amigos para a vida toda. Agradeço especialmente à amiga Amanda Cataldo, por todos os desabafos e pela companhia agradável.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, por me receber, tão lindamente, ainda aos 17 anos, na graduação, para uma incrível jornada. Obrigada por todos esses anos, de graduação e mestrado, sendo minha segunda casa.

Aos membros da PLEB – Grupo de pesquisa sobre liberdade de expressão –, principalmente à Isabella Frajhof, pela parceria e companhia na análise dos experimentos.

À Julia Mello que, na condição de pesquisadora PIBIC, me ajudou a encontrar casos na Inglaterra.

Ao Ivar, por tornar meus experimentos possíveis e me ajudar na análise de dados. Obrigada pela paciência e gentileza infinitas.

Ao Anderson e à Carmen, por toda a ajuda na resolução de questões administrativas durante o mestrado.

Ao Rodrigo Vitorino, pela contribuição bibliográfica e por me convidar para o Encontro de Direito e Religião, que muito me ajudou na pesquisa.

Aos meus / Às minhas tio(a)s e primo(a)s que, estando longe ou perto e, mesmo sem saber, me ajudam a ser mais forte.

Aos meus amigos da vida, principalmente Bárbara, Rafael, Mariana, Pedro, Carol e Mariano. Aos meus sogros, Rosangela e Carlos. Às minhas cunhadas Maiza e Marcela. Obrigada por ser minha segunda família.

A todos que dedicaram alguns minutos para compartilhar e responder meus experimentos.

Em memória de Joaquim – que me ensinou a valorizar a simplicidade – e Eros – minha estrela prateada –, duas perdas sofridas durante o período do curso.

Resumo

Silva, Priscilla Regina da; Leite, Fábio Carvalho. **Os Limites Sagrados da Liberdade: Uma Análise sobre o Discurso de Ódio Contrarreligioso**. Rio de Janeiro, 2017. 208p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A Liberdade de Expressão é um direito essencial e amplamente reconhecido em uma sociedade democrática. Entretanto, o consenso sobre os limites da estimada liberdade está longe de ser alcançado, principalmente no que tange a ofensa religiosa, por envolver crenças e valores tidos como sagrados. A partir da constatação de que o estabelecimento de limites precisos para a ofensa religiosa é uma questão especialmente delicada em países cuja população é muito religiosa – como é o caso do Brasil –, ressalta-se a importância do presente trabalho. O primeiro desafio é explorar questões que rondam a própria conceituação do discurso de ódio: estaria uma ofensa relacionada à crença, e não propriamente à pessoa ou grupo de pessoas, apta a afetar a dignidade dos ofendidos? A quem cabe decidir quais casos serão ou não acobertados pelo direito à livre expressão? A partir da análise de doutrina e jurisprudência estrangeira, este trabalho propõe, principalmente, que decisões judiciais envolvendo discursos de ódio devem ser orientadas por critérios específicos que possam auxiliar o magistrado no procedimento decisório. Por isso, é essencial refletir sobre a importância dos *standards* internacionais e sua possível aplicação no sistema brasileiro.

Palavras-chave

Discurso de ódio; religião; liberdade de expressão; liberdade religiosa.

Abstract

Silva, Priscilla Regina da; Leite, Fábio Carvalho (Advisor). **The Sacred Boundaries of Liberty: An Analysis on the Hate Speech Against Religion.** Rio de Janeiro, 2017. 208p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Freedom of Expression is an essential right, widely recognized in a democratic society. However, there is no consensus on the limits of the esteemed freedom, especially in regard to religious offense, because it involves beliefs and values regarded as sacred. Based on the fact that the establishment of precise limits for religious offense is an especially delicate issue in countries with a very religious population – as is the case of Brazil –, the importance of this Thesis is emphasized. The first challenge is to explore issues that involve the conceptualization of hate speech: would it be an offense related to belief, and not to the person or group of people, capable of affecting the dignity of the offended? Who should decide which cases will be covered by the freedom of speech? From the analysis of foreign doctrine and jurisprudence, this Master's Thesis proposes, mainly, that judicial decisions involving hate speech should be guided by specific criteria that may assist the magistrate in the decision making process. Therefore, it is essential to reflect on the importance of international standards and their possible application in the Brazilian system.

Keywords

Hate speech; religion; freedom of speech; freedom of religion.

Sumário

Introdução	11
1 Liberdade de Expressão e Religião: conceitos sagrados e problemáticos	18
1.1 A construção da identidade: o processo de secularização e o reconhecimento dos Direitos Fundamentais	18
1.2 A desconstrução da identidade: a secularização da secularização e os Direitos Fundamentais postos em conflito	23
1.3 Visão geral de um dilema: censura <i>versus</i> ódio	27
2 Premissas para a manutenção do regime democrático: o debate entre Dworkin e Waldron aplicado ao combate ao discurso de ódio contrarreligioso	35
2.1 Dworkin e o discurso irrestrito	35
2.2 Waldron e a regulação do discurso de ódio	41
2.3 Legitimidade democrática em graus	53
2.4 Contribuições da Teoria Performativa da Linguagem para o debate	60
3 Panorama internacional de combate ao discurso de ódio contrarreligioso e perseguição religiosa	64
3.1 Sistema americano de combate ao discurso de ódio contrarreligioso	64
3.1.1 Corte Interamericana de Direitos Humanos	64

3.1.1.1	Panorama geral da legislação americana	64
3.1.1.2	Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	68
3.1.1.3	Entendimentos firmados no sistema interamericano	69
3.1.2	Estados Unidos	69
3.1.2.1	Jurisprudência estadunidense	73
3.1.2.2	Discurso de ódio nos <i>campi</i> universitários	79
3.2	Sistema europeu de combate ao discurso de ódio contrarreligioso	81
3.2.1	Corte Europeia de Direitos Humanos	81
3.2.1.1	Panorama geral da legislação europeia	84
3.2.1.2	Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos	87
3.2.1.2.1	Blasfêmia	87
3.2.1.2.2	Insulto religioso	99
3.2.1.2.3	Discurso de ódio contrarreligioso	108
3.2.1.3	Entendimentos firmados no sistema europeu	115
3.2.2	Inglaterra	120
3.2.2.1	Jurisprudência inglesa no combate à ofensa religiosa com base na Seção 5 do <i>Public Order Act</i>	126
3.2.2.2	Jurisprudência inglesa	129
3.2.2.2.1	Blasfêmia	129
3.2.2.2.2	Discurso de ódio contrarreligioso	131
3.2.3	França	134
3.2.3.1	Jurisprudência francesa	140

3.3	<i>Standards</i> internacionais	146
3.3.1	Entendimentos Consolidados da Comissão Europeia Contra Racismo e Intolerância	146
3.3.2	Resoluções Emitidas pelo Conselho da Europa	147
3.3.3	<i>Camden Principles</i> Emitidos pela ONG Artigo 19	149
3.3.4	<i>Rabat Plan of Action</i>	151
4	O combate ao discurso de ódio e perseguição religiosa no Direito brasileiro: as falhas da legislação e da jurisprudência na construção do Direito	155
4.1	Jurisprudência brasileira	156
4.1.1	O Caso Ellwanger – <i>Habeas Corpus</i> 82424-2	157
4.1.2	O <i>Habeas Corpus</i> 82.424-2 como precedente	165
4.1.3	Outros casos a serem considerados	167
4.2	Críticas ao método de decisão do Direito brasileiro	177
4.2.1	Pensando soluções ao particularismo decisório a partir de experimentos	181
5	Conclusão	195
6	Referências bibliográficas	198

Introdução

A liberdade de expressão, na teoria, é defendida e apoiada por todos. É tida como um valor essencialmente democrático e necessário para o desenvolvimento de uma sociedade plural. Entretanto, quando nos atemos aos casos concretos mais delicados, dentre eles, casos de ofensa religiosa, dificilmente encontra-se alguém disposto a defender toda a expressão. Sendo assim, onde exatamente estaria o limite? Qual seria o real valor da liberdade de expressão?

Casos recentes como o atentado terrorista ao Jornal satírico *Charlie Hebdo* na França e a repercussão negativa da encenação da crucificação por uma transexual na Parada LGBT 2015 em São Paulo são exemplos de que o tema sobre os limites da liberdade de expressão por questões religiosas ainda enseja grande controvérsia.

Stanley Fish está correto quando afirma que não existe tal coisa como a liberdade de expressão, em seu sentido ilimitado. A liberdade de expressão é simplesmente um termo sobre um determinado comportamento verbal de interação humana, mas não é de fato uma liberdade independente que tenha um conteúdo próprio natural, uma vez que não existe sequer uma sociedade em que o discurso não tenha sido limitado em certa medida a depender das circunstâncias políticas (Fish, 1994, p.102).

Na interpretação de Fish sobre a obra de John Milton, é revelado que sequer Milton – autor de perfil altamente liberal – sabe definir ao certo a extensão da liberdade de expressão. Fish destaca uma passagem da obra de Milton em que o autor cita o discurso Católico como uma exceção à sua tolerância. Ele diz isso porque, em seu ponto de vista, o discurso Católico é falacioso e, com isso, pretende ludibriar fiéis. Isso significa que o discurso Católico é uma subversão de tudo aquilo que discursos, em geral, deveriam se propor a fazer – como manter o diálogo e buscar incessantemente a verdade.

Em suma, se o discurso é livre justamente para atender um fim, não se deve permitir aos católicos a liberdade para produzi-lo. Isso pode parecer

paradoxal, mas na verdade é o reconhecimento de Milton sobre uma condição geral: a liberdade de expressão é o que sobra quando se determina que algumas formas de expressão não podem ser permitidas. A "zona de livre expressão" surge no contexto do que foi excluída (Fish, 1994, pp. 103-104). Não cabe, portanto, definir ou conceituar a liberdade de expressão, mas sim, preocupar-se em delimitar aquilo que não é abarcado por esse direito.

Contudo, ao contrário da visão de Milton tal qual interpretada na obra de Fish, percebe-se uma tendência geral a resistência de tratar da extensão da liberdade de expressão, particularmente sobre o aspecto religioso. Isso se deve ao fato de que críticas relacionadas a dogmas religiosos tendem a despertar reações mais combativas, sendo essas críticas, na maioria das vezes, automaticamente estereotipadas como intolerantes, falta de respeito, violação do sagrado e abuso da liberdade de expressão.

Por outro lado, ao menos no Brasil, é possível identificar um grande privilégio legal das religiões de proferirem ofensas a outros grupos específicos e para isso estão acobertadas por seu direito de liberdade religiosa.¹ E sob esse aspecto, até que ponto a ofensa é admitida em nome da profissão de fé, ao mesmo tempo em que há legislações e proteções tão específicas para as religiões?²

O que se verifica hoje é uma fraca consolidação das práticas de liberdade, ainda mais quando se trata dos limites aplicados por razões religiosas. O maior problema que enfrentamos hoje sobre o exercício da liberdade de expressão consiste em não assumirmos o risco de tomada de decisões sobre os limites desse direito. As regras sobre a livre expressão no Brasil são todas de textura aberta e, portanto, requerem ao menos uma interpretação com fixação de critérios determinados para garantir o mínimo de segurança jurídica necessária.

Ao consultarmos livros de doutrina e decisões judiciais em busca da resposta ao nosso problema, geralmente a informação que encontramos é que a liberdade é um bem precioso, mas que possui limites, e quando essa liberdade se torna uma ofensa, causando dano, esse dano é passível de indenização. Ao ampliarmos a

¹ Ver nota de rodapé nº 12.

² Dimitri Dimoulis destaca que a ofensa religiosa acaba sendo punível ainda que não tenha ocorrido nenhum conflito social, simplesmente pelo fato de que as crenças religiosas são mais valiosas pelo carácter existencial (2009, pp. 56-57).

pesquisa em âmbito mundial, nos deparamos com inúmeros exemplos esparsos sobre os limites à liberdade de expressão, mas, não raro, os limites são apresentados de forma a desfavorecer a liberdade de certos grupos sociais em detrimento de outros de maneira desproporcional, sem que se estabeleçam formas de combate às causas que levam ao desacordo social, atacando-se, assim, apenas as consequências daquilo que é determinado como “abuso de liberdade” e não efetivamente as causas.

Temos a informação, por exemplo, que a religião islâmica encara como ofensa proibida quaisquer representações do profeta Maomé por meio de figuras, ou que a Igreja Católica condena a manipulação de imagens de santos e crucifixos em manifestações públicas. A análise mundial também demonstra que não há uniformidade em relação àquilo que se entende como ofensa e discurso de ódio – e no âmbito do discurso de ódio, qual seria o discurso de ódio proibido e qual seria o discurso de ódio protegido. Esclarecendo que nem sempre o discurso de ódio é reprimido por lei.

Na maioria das vezes, quando não há uma análise e definição social sobre qual o tipo de liberdade de expressão se pretende adotar, aqueles que defendem a liberdade de forma mais ampla o fazem quando é a “sua” liberdade que se encontra ameaçada e, em oposto, os limites são defendidos quando esse grupo passa a enfrentar discursos que não estão dispostos a tolerar.

Dessa forma, os limites à liberdade existem, mas diferem de acordo com os grupos de interesse envolvidos, a depender das relações de poder que são firmadas em cada contexto social e seus fatores históricos e culturais (Foucault, 2012, p. 279). O problema, no caso, não está na consideração desse contexto social específico, mas no fato de que há casos em que aqueles que decidem quais os limites da liberdade o fazem por mera conveniência, sem pensar em possíveis diversas consequências da escolha adotada e, muitas vezes, desconsiderando multiculturas que vivem à margem daquela sociedade.

Tenho percebido, assim como já observaram alguns estudiosos do tema, que o início da reflexão sobre os limites da liberdade de expressão de forma a manter e proteger a democracia deve levar em consideração o fato de que a liberdade de expressão somente adquire sentido de valor constitucional efetivo quando é apta a proteger certos discursos passíveis de serem rejeitados e odiados pela maioria da sociedade. Caso contrário, a liberdade de expressão não requereria proteção constitucional, uma vez que não faz sentido invocar esse direito para afirmar

exatamente aquilo que todos – ou pelo menos a maioria – querem ouvir. Aquilo que é consenso não precisaria de proteção alguma, simplesmente porque ninguém objetaria tais ideias. Portanto, a emissão de ideias que soem ofensivas a boa parte da sociedade está, a princípio, amparada no direito à liberdade de expressão, não havendo, apenas por esse motivo, exercício abusivo.

A afirmação de que discursos ofensivos podem estar acobertados pela liberdade de expressão não decorre de uma defesa dos discursos de ódio, mas trata-se de partir da premissa de que em uma democracia real não deve haver grupos que estejam a salvo do debate de forma a nunca estarem sujeitos a algum tipo de ofensa (Dworkin, 2006(b), 6º parágrafo). Mas, retornando ao nosso problema, não sendo a liberdade de expressão uma liberdade absoluta ou ilimitada, tal como é quase que unanimemente reconhecido, e, ao tratarmos especificamente do tema religioso,³ em que medida pode ou deve aceitar-se como limite à liberdade de expressão a “ofensa” a uma religião ou a um elemento essencial do seu culto?

O debate sobre os limites da liberdade de expressão por motivos religiosos é de especial importância no Brasil, principalmente porque desde os primeiros anos do século XXI tem ocorrido uma intensificação do debate público sobre o estreitamento entre o religioso e a política, e as consequências para a democracia brasileira (Machado, 2006, pp. 17-18). A presença marcante das religiões na esfera pública brasileira requer a revisitação de questões como o princípio da laicidade e o princípio democrático para posterior análise da ofensa religiosa.

A delicadeza do tema é observada em razão do potencial destrutivo dos discursos de ódio contrarreligiosos para uma sociedade. Dentre os exemplos mais emblemáticos e extremos está indubitavelmente o da Alemanha Nazista, quando foi adotado um discurso de supremacia ariana e de inferiorização do povo judaico, resultando no Holocausto. Ainda que o contexto nazista esteja mais atrelado ao fundamento da raça, o judaísmo (como religião) enfrentou o impacto por anos, marcado por estereótipos de ódio.

O fato de perseguições religiosas ocorrerem com certa frequência na sociedade talvez seja um forte indicativo de que a regulação dos discursos de ódio resulte no melhor para a sociedade, pois a História tem demonstrado que apenas

³ Dworkin, no último parágrafo do artigo citado (2006(b)), afirma que convicções religiosas de ninguém podem ser invocadas para superar a liberdade que torna a democracia possível.

através do “livre mercado de ideias” defendido por Stuart Mill (1974, p. 32)⁴ não se constata a prevalência absoluta dos discursos verdadeiros e o natural silenciamento dos discursos falsos e de ódio⁵ – ainda que Mill não fosse totalmente ingênuo quanto parece em sua assertiva, uma vez que não ignora o fato de haver influências e manipulações sociais, o autor não encontra alternativa mais eficiente do que a liberação do discurso.

O trabalho apresentará, inicialmente, dois pontos de vista sobre a questão, uma mais liberal e o outro mais restritivo. No primeiro capítulo, alguns conceitos serão revisitados a fim de vislumbrar a problemática e analisar argumentos críticos contra e a favor da regulação do discurso de ódio. No segundo capítulo, abri espaço para debates jurídicos importantes, essenciais para aprofundamento da questão, sem ignorar algumas contribuições filosóficas. No terceiro capítulo, me debrucei na análise da jurisprudência de alguns países, a fim de verificar o tratamento conferido ao tema e os critérios desenvolvidos para manutenção da coerência decisória.⁶ Serão consideradas, por fim, no quarto e último capítulo, as peculiaridades presentes no contexto democrático brasileiro, apresentando críticas ao sistema adotado e apontando as falhas para que, em futuro próximo, estejamos preparados para traçar entendimento mais sólidos sobre o assunto.

Finalmente, a estas dimensões do problema, esclareço a escolha de nomenclatura daquilo que é o tema principal da dissertação: o discurso de ódio contrarreligioso. Apesar de a maioria da literatura que trata do assunto denominá-lo como “discurso de ódio religioso”, percebi que, no caso em particular da dissertação a ser desenvolvida, a adoção dessa mesma nomenclatura poderia gerar certa confusão entre certos tipos de discurso de ódio que deverão ser enfrentados.

⁴ A expressão “livre mercado de ideias” [*marketplace of ideas*] é uma metáfora criada pelo Ministro da Suprema Corte americana, Oliver Wendell Holmes, no caso *Abrams Vs. United States* (1919), em sua interpretação sobre a obra de Stuart Mill. A expressão foi criada como forma de justificar o seu voto dissidente a favor da liberdade de expressão em caso envolvendo ofensa à Constituição (Lewis, 2011, pp. 48-49).

⁵ Ideias anteriormente superadas pela ciência frequentemente ganham destaque e novos adeptos, como, por exemplo, são os argumentos de que a Terra é plana – fato contestado por imagens do espaço e também por investigações matemáticas que datam desde a Grécia antiga –, que retornam em nova comunidade oficial reconhecida:

<https://theflatearthsociety.org/home/> (acesso em 05 mai. 2016).

⁶ Os países selecionados – Estados Unidos, Inglaterra e França – foram escolhidos primeiramente por representarem os dois sistemas de combate ao discurso de ódio mais conhecidos: o Americano e o Europeu; também por serem países com ampla jurisprudência e doutrina sobre o tema, apesar de tratarem de maneiras diferentes a mesma questão; e, por fim, em razão da facilidade do idioma.

Parto da premissa que, para averiguar os limites da liberdade de expressão com relação a discursos de ódio desferido contra religiões, é importante ressaltar que a “zona cinzenta” do que é proibido e que é permitido ocorre – dentre outros motivos que serão apresentados – por conta do conflito que surge quando diferentes grupos expressam reivindicações mutuamente exclusivas sobre a “verdade”. Por essa razão, liberdade religiosa, expressão de ódio e ofensas muitas vezes se sobrepõem de maneira complicada e essas tensões inter, intra e contrarreligiosas muitas vezes resultam em um discurso de ódio baseado na fé ou consciência.

Assim, para que se cumpra o objetivo principal da dissertação, será necessário averiguar a razão da diferença de tratamento no combate a diferentes nuances de discurso que abordam um tema em comum. Será preciso verificar, em certa medida, o contraponto entre o tratamento social e legal do discurso de ódio (i) proferido contra uma religião ou grupo religioso e o (ii) proferido com base nos dogmas de uma determinada religião para atingir pessoas que não pertencem àquele grupo religioso – muitas vezes o grupo atingido não é outro grupo religioso, mas outro grupo estigmatizado pela sociedade, por exemplo, a comunidade LGBT.

Por isso, decidi chamar o primeiro tipo de discurso de “discurso de ódio contrarreligioso” e o segundo tipo de discurso de “discurso de ódio com base em dogmas religiosos”. Apesar de a nomenclatura ser extensa, acredito ser importante sua utilização para destacar ao leitor os momentos em que estarei me referindo especificamente a cada um dos tipos de discursos de ódio e, com isso, também delimito o tema, foco principal a ser tratado: o discurso de ódio entre religiosos ou discurso de ódio desferido por um não religioso contra um religioso e, por isso, “discurso de ódio contrarreligioso”.

No desafio deste trabalho, há que se escolher apenas uma parte de toda a problemática que o complexo tema escolhido engloba. A não ser que fosse possível abordar todo contexto moral, político, jurídico, filosófico e histórico de tudo que influencia e é influenciado direta ou indiretamente pelo tratamento do discurso de ódio na sociedade, não se chegará a exaurir o tema e, por isso, a escolha – e, portanto, também a renúncia de assuntos – sempre será objeto de críticas. Entretanto, há o comprometimento com determinados objetivos que serão baseados em referências e conceitos que satisfatoriamente nos levarão a conclusões contributivas e poderão ensejar futuras pesquisas.

Liberdade de Expressão e Religião: conceitos sagrados e problemáticos

1.1

A construção da identidade: o processo de secularização e o reconhecimento dos Direitos Fundamentais

O limite intransponível da liberdade de expressão marcado pelo divino e sagrado é uma herança do Estado medieval que, em sua essência teocrática, fundamentava-se em verdades religiosas, as quais eram impossíveis contestar sem confrontar o regime político dominante em vigor. Pelo fato de a religião ser intimamente ligada ao Estado, as ofensas feitas à religião e ao objeto do culto eram crimes contra o Estado e a contestação do poder político, bem como da dogmática religiosa eram, então, tidas como heresia.

A posterior ascensão do Cristianismo tampouco contribuiu para a liberdade de religião. Medidas repressivas severas passaram a ser aplicadas aos hereges, às religiões pagãs, aos maniqueus, como também aos próprios cristãos heterodoxos, que eram considerados como não cristãos – fatos históricos que atentaram contra a liberdade religiosa e que perduraram até o séc. XV, período em que a Igreja Católica se fortaleceu e avocou para si a ideia de ser a única e verdadeira Igreja de Jesus Cristo (Machado, 2013, pp. 16 e 17).

Em sua obra “Areopagítica”, John Milton relata que a censura é muito propagada pela Inquisição Católica (2008, p. 14).⁷ Entretanto, no séc. XVI, a supremacia católica começou a mudar em razão da Reforma Protestante. A Reforma foi a responsável pelas primeiras reivindicações consistentes ao direito à liberdade religiosa, ainda que tal direito tenha tardado para ser implementado, em

⁷ Milton acusa a Igreja Católica de modificar descaradamente as escrituras, conduzindo membros fiéis ao erro. Ele argumenta que a dependência da Igreja Católica ao papado é falsa religião – trata-se de manutenção de poder político – e cita o crime heresia como evidência da manutenção do poder.

razão da prevalência do Estado absolutista. Apenas depois de 200 anos do início da Reforma Protestante, com a instituição do Estado Moderno e do Direito Constitucional é que surge o reconhecimento estatal de conferir aos cidadãos a liberdade religiosa. A secularização do Estado iniciou-se pela adoção de princípios como tolerância religiosa, laicidade e consequente neutralidade estatal perante a religião, quando a liberdade de expressão tornou-se passível de previsão legal, questionando-se a “verdade absoluta” em termos metafísicos (Machado, 2002, p. 61).

O novo paradigma inaugura-se no contexto norte-americano, a partir de 1776, com os movimentos em prol da independência dos Estados Unidos, a declaração de independência, a Constituição e a posterior declaração de direitos, constituídos pelas primeiras 10 Emendas à Constituição estadunidense (Sabain, 2010, pp. 49-54). A Primeira Emenda passou a garantir a liberdade em vários sentidos: liberdade de expressão, de imprensa e liberdade religiosa.

O panorama influenciou o ocidente que, aos poucos, passou a prever a garantia das liberdades de expressão e de religião, variando em maior ou menor grau, a depender do lugar e do momento político. A laicização do Estado significa a democratização política e religiosa através de uma participação igualitária de todos os indivíduos na formatação da vontade política e da doutrina religiosa. A religião passou a ocupar um lugar no espaço público de não imposição coercitiva de autoridades políticas e religiosas, mas de autonomia individual e o autogoverno democrático das comunidades (Machado, 2013, p. 21).

Como consequência da laicização do poder, ocorrida ao longo das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, influenciadas, posteriormente, também pelo iluminismo, houve uma modificação no *status* da religião na sociedade, deixando de ser assunto público, passando a ser um assunto privado.⁸ A religião, como direito individual, e não como afiliação quase que compulsória da

⁸ A primeira geração de direitos fundamentais, que assentam-se no liberalismo clássico, são chamados de direitos individuais ou direitos de liberdade e têm por destinatários os indivíduos isoladamente considerados, e são oponíveis ao Estado. Entra em cena o Estado Liberal, surgem direitos civis e políticos de cada cidadão, como direito à propriedade, à vida, à liberdade, à religião, à expressão, etc. – espécies de comandos negativos impostos ao poder estatal (Sabain, 2010, pp. 33 – 34).

sociedade, fez com que as pessoas passassem a enxergar as igrejas somente como mais uma das diversas instituições da sociedade civil organizada, que deve respeitar as diferenças individuais e o posicionamento de grupos minoritários (Sabain, 2010, pp. 13-14).

A garantia da liberdade religiosa implicou também o reconhecimento da religião não apenas como formadora de uma identidade de grupo que é separada de outros aspectos da vida social, como afirmam as teorias contemporâneas sobre a religião – essas teorias sustentam que a religião tem substituído as velhas formas de identidade coletiva –, mas também no sentido de que a religião desempenha algumas funções importantes na dinâmica social como um todo. A religião opera principalmente na elaboração de um discurso integrado que garante uma “história” ou uma sensação de drama coletivo de classe social através da linguagem religiosa, ao mesmo tempo em que legitima o modo de vida daquele povo ou grupo social (Arenari, 2013, p. 11).

Conforme Axel Honneth, é por meio do reconhecimento e da garantia de direitos individuais que se gera um autorrespeito pelo indivíduo, uma autoção do sujeito que tem o poder de colocar legitimamente suas pretensões, conquistando o respeito dos demais. A identidade do sujeito é formada por esse reconhecimento intersubjetivo (Honneth, 2013).

Pensar na liberdade religiosa como concepção da identidade de grupos sociais significa atribuir às pessoas igual consideração, respeitando os princípios da igualdade formal e material; assim como o princípio da liberdade *lato sensu*, em razão da autodeterminação; da solidariedade, ao reconhecer as pessoas como membros de um grupo social não marginalizado. O reconhecimento identitário de determinado grupo significa ressaltar os pontos positivos daquela dimensão coletiva (Barcellos; Terra; et. al., 2011, p. 11).

A liberdade religiosa passou a ser reconhecida em diferentes nuances. A liberdade de consciência refere-se ao foro individual e é mais ampla que a liberdade de crença. Trata-se da liberdade de optar entre o ateísmo, agnosticismo, afiliação a uma religião que melhor expresse o sentimento religioso que as pessoas possuem dentro de si. A liberdade de crença possui dimensão social e institucional. Trata-se da liberdade de escolha da religião, ato de aderir livremente a qualquer religião ou seita religiosa, e até mesmo de mudar de religião se assim o desejar. A liberdade de culto refere-se à exteriorização da liberdade de crença, e é esta exteriorização que

de fato interessa ao Direito, no estabelecimento de seus limites, visto que a liberdade de crença, por ser interna é, também, ilimitada. Trata-se da liberdade da prática individual e coletiva da religião, o direito de exprimir uma crença e não de ter uma crença. E a liberdade de organização religiosa decorre do Estado Laico. Trata-se do exercício de livre criar e organizar igrejas, estas podem se auto-organizar sem interferência do poder Estatal (Sabain, 2010, pp. 60-69; Leite, 2014, pp. 312-313).

A neutralidade religiosa compromete-se em impedir a instrumentalização do poder político pelos poderes religiosos, promovendo a autonomia das confissões religiosas e também libertando o erário público de quaisquer encargos com a promoção da religião. Do mesmo modo, ela pretende salvaguardar a igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos, sejam crentes ou não crentes. O entendimento é que escolha individual está fora do alcance dos poderes coercitivos do Estado (Machado, 2013, p. 21).

A emancipação da liberdade de expressão, por sua vez, decorre diretamente do fato de a religião ter encontrado seu lugar na sociedade. O pensamento da época, da defesa clássica da liberdade de expressão, continua sendo propagado atualmente através da obra de Stuart Mill *“On Liberty”*, publicada em 1859. Em sua obra, o autor defende que a liberdade de expressão tem valor porque é uma forma de chegar à verdade. A teoria pode ser dividida em três partes essenciais: (i) Ninguém é infalível. As crenças que temos atualmente podem, de fato, ser falsas e a única maneira de descobri-lo é permitindo que nossas crenças sejam criticadas por outros que discordam de nós; (ii) Mesmo se as crenças que temos sejam verdadeiras, não poderemos entender precisamente porque são verdadeiras se não permitirmos que sejam criticadas e que tenhamos que defendê-las; (iii) As crenças que temos e aquelas que são opostas a elas contém uma parcela de verdade, por isso, é importante para ambos os lados se expressarem e serem reconhecidos (Mill, 1974).

Tal defesa da liberdade, apesar de forte, é limitada. Mill tem em mente um contexto de debate intelectual, acreditando que a liberdade de expressão de ideias contribui para esse debate. Isso justifica a defesa de Mill em criticar crenças religiosas, apesar de reconhecer que nem toda ideia consiste em uma contribuição ao debate. Na dimensão social da opinião pública, assim como no reconhecimento da liberdade religiosa, também se encontra o instrumento necessário para formação da identidade (Lima; Guimarães 2013, p. 72).

Com o advento da Modernidade, a tendência mundial foi abolir a heresia e blasfêmia, em concomitância à promulgação de leis que protegem a religião de discriminações odiosas, sem que houvesse o favorecimento de uma religião específica, dando espaço ao pluralismo religioso. No Brasil, o processo não foi diferente, sendo notável a evolução do ordenamento sobre a matéria.

Através da leitura dos artigos da Constituição de 1824, era claro que, apesar da tolerância religiosa – pois a liberdade religiosa propriamente dita era conferida estritamente às religiões cristãs e judaico-cristãs –, o cidadão brasileiro que optasse por religião fora da cultura dominante da época sofreria forte discriminação, inclusive não podendo exteriorizar sua crença além dos limites domésticos ou casas próprias de oração e tendo direitos políticos negados no Império. A preocupação principal era a garantia da fidelidade dos futuros governantes à religião católica, garantindo, assim, a continuidade da Igreja Católica como religião oficial do Estado⁹ (Leite, 2014, pp. 173-175).

A proclamação da República no ano 1889 foi decisiva para a mudança de tratamento pelo Estado na questão religiosa. O Decreto nº 119-A de 1890,¹⁰ redigido por Ruy Barbosa, tratou de transformar o sistema de relação entre religião e Estado, separando ambas as instituições. Por conta do decreto, o Brasil deixou de ser um Estado Confessional, tornando-se um Estado Laico, antes da primeira Constituição Republicana, ainda que a relação entre a laicidade estatal e a proclamação da República não tenham necessariamente uma relação direta, uma vez que os manifestos republicanos levantavam as mais diversas bandeiras. Quanto à redação da Constituição 1891, a liberdade religiosa passou a ser assegurada a

⁹ “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. **Todas as outras Religiões serão permitidas** com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, **sem fórmã alguma exterior do Templo.**” (grifou-se).

“Art. 95. **Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se**

I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda liquida, na fórmã dos Arts. 92 e 94.

II. Os Estrangeiros naturalizados.

III. **Os que não professarem a Religião do Estado.**” (grifou-se).

¹⁰ “Art. 1º **É prohibido** á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, **expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a,** e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.” (grifou-se).

“Art. 2º **a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto,** regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.” (grifou-se).

todos os indivíduos e confissões, que poderiam exercer livremente seu culto (Sabain, 2010, p. 88-89; Leite, 2014, pp. 180 e 185).

É claro que a garantia da liberdade de expressão sofreu oscilações, de acordo com o momento político vivido: de restrição, no período ditatorial; ou de maior abertura, no período de redemocratização, momento em que outras problemáticas se opõem à liberdade de expressão. De qualquer forma, desde o início da nossa experiência política democrática podemos ver que as relações de poder envolvem a regulação do uso da linguagem, assim como a definição de quem deve ter direito a esse uso (Lima, Guimarães, 2013, p. 21).

1.2

A desconstrução da identidade: a secularização da secularização e os Direitos Fundamentais postos em conflito

Apesar de a previsão da liberdade religiosa na legislação ser essencial para a garantia da pluralidade religiosa na sociedade, o cristianismo mantém bases sólidas na sociedade moderna, adaptando-se à liberdade religiosa. Fábio Leite esclarece que “a liberdade religiosa, moderna e ocidental, é também cristã porque resultou de embates ocorridos dentro do universo cristão” (2014, pp. 36-37). Consequência disso é a melhor recepção de algumas religiões na sociedade, em detrimento de outras. Via de regra, enquanto as religiões cristãs são mais admitidas, as religiões de matriz africana são menos toleradas na sociedade.

Um indicativo da grande influência cristã é a incorporação de muitos traços da tradição católica na vida da sociedade brasileira: a maior parte dos feriados legais – como páscoa, *corpus christi*, natal, dia de finados e dia de Nossa Senhora Aparecida –; os nomes de origem cristã de Estados, municípios, ruas, praças. Esses são apenas exemplos da manutenção da tradição católica na sociedade em um contexto que não está necessariamente atrelado a sua origem, mas ainda assim é bem recebido (Sabain, 2010, pp. 112-113).

Em razão da sua influência à liberdade religiosa, o cristianismo também tem direta implicação no próprio conceito de religião. Elementos específicos da crença cristã foram considerados em contexto amplo, para determinar religião enquanto gênero, muitas das vezes excluindo comportamentos que são estranhos aos dogmas

cristãos do conceito de religião ou da proteção do direito à liberdade religiosa (Leite, 2014, pp. 65, 76-77).¹¹

Além de tecer influências significativas no conceito de religião e nos costumes sociais, no Brasil e em alguns outros países da América Latina, a religião assumiu um forte papel na formação do Estado e, posteriormente, mesmo em um contexto de sociedade secular, retornou a destacar-se na política (Leite, 2014, p. 76). Muitos membros de comunidades religiosas, em sua maioria pentecostais e neopentecostais,¹² assumem funções na arena política e, por conta da grande mobilização popular, as igrejas elegem representantes nas Casas Legislativas municipais, estaduais e no Congresso Nacional, além do particular interesse pelas concessões de canais de televisão e rádio, e das parcerias com as agências governamentais na área da ação social (Machado; Burity, 2014, p. 601 e 604).

Em contraposição à bancada cristã, e o consequente conservadorismo defendido, o país presenciou, nas últimas 4 décadas de redemocratização, um aumento da presença política dos partidos de centro e de esquerda e a aproximação do Estado com os movimentos sociais que buscavam reconhecimento na sociedade, representando forte oposição à bancada religiosa (Machado, Burity, 2014, p. 603).

A politização religiosa exerce três influências principais na sociedade: (i) a reintrodução da linguagem religiosa na política, (ii) a defesa de ideologia conservadora; (iii) expressão potencialmente intolerante, criando problemas de coesão social (Machado; Burity, 2014, p. 607). Essa tendência da politização religiosa, por vezes é uma das causas da polarização social que, adicionada à falta de educação em Direitos Humanos e presença de preconceitos em uma sociedade com desfalque em políticas antidiscriminatórias, inflama ânimos de ódio contra o religioso.

Como consequência, eventualmente surgem novos projetos de lei que pretendem restringir a liberdade de expressão por motivos religiosos,¹³ retomando

¹¹ Justamente por não ter uma definição universalmente aceita, não irei adentrar no que se compreende como religião, uma vez que o presente trabalho se baseará em casos jurisprudenciais sobre discurso de ódio e os casos encontrados tampouco adentram nessa questão.

¹² Os pentecostais se destacam na representatividade, pois são os grupos evangélicos mais competitivos e com maior capacidade de transferir influência da esfera religiosa para a esfera política. O rápido processo de formação de lideranças e socialização fiéis se deve a uma pluralização dos nichos do cristianismo, abordando e reinterpretando crenças de forma que a maior camada da população se sente acolhida através da reposta às suas demandas sociais (Machado, 2006, p. 22).

¹³ Projetos de Lei com a temática de restrição da liberdade de expressão por questões religiosas em tramitação nos anos de 2015 e 2016:
PL 6314/2005 em tramitação na Câmara dos Deputados:

a proteção do sentimento religioso. No entanto, os projetos surgem sem que haja uma reflexão mais detalhada do problema em torno daquilo que a nossa sociedade pretende adotar por liberdade, sobre aquilo que entendemos por religião, ou sobre aquilo que entendemos ser um discurso ofensivo e o limiar entre uma ofensa e um discurso de ódio.

Em contexto internacional, a religião também retorna a figurar como uma das questões principais na política, vindo a colocar o Estado Constitucional e princípio da laicidade sob pressão. O crescimento do islamismo através dos movimentos migratórios que ocorrem na Europa, principalmente, tem evidenciado a necessidade de refletir sobre o seu significado e os limites de seu exercício. Não por acaso, os Direitos Humanos tem enfrentado muitos desafios, como na Turquia e na França, com o debate em torno da secularização do espaço público e véu islâmico, polêmicas de caricaturas de Maomé e aumento desproporcional de mesquitas.

Por outro lado, há a notoriedade do neo-atéismo, com fortes implicações na visão do mundo, da vida, e do homem. Além disso, a sociedade surge com novos debates sociais de liberdade, como a introdução do casamento dos homossexuais e impacto na liberdade religiosa das confissões religiosas que defendem o casamento heterossexual monogâmico, por exemplo (Machado; Mendes, 2013, pp. 10 e 11).

Não obstante a secularização inquestionável das populações e instituições, a religião ressurgue, assim, como um objeto de debate público, tornando-se uma

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308517> (acesso em 28 mar. 2016) – Finalidade de excluir o crime de injúria e difamação quando se tratar da opinião de professor ou ministro religioso.

PL 1804/2015 em tramitação na Câmara dos Deputados:

<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1302214> (acesso em 20 mar. 2016) – Finalidade de aumentar a pena para o crime de ultraje a culto e o tipifica com crime hediondo.

PL 540/2015 em tramitação na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro:

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/f8e4b47af326bb2283257e66004a627b?OpenDocument> (acesso em 28 mar. 2016) – Finalidade de proibir a satirização de crenças religiosas em manifestações.

PL 1219/2015 em tramitação na Câmara dos Deputados:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214968> (acesso em 28 mar. 2016) – Finalidade de instituir o Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa.

PL 147/16 em tramitação na Assembleia Legislativa do Ceará:

https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/tramit2016/pl147_16.htm (acesso em 20 ago. 2016) – Finalidade de instituir multa por satirizar religião em performances artísticas.

PL 306/2015 em tramitação na Assembleia Legislativa de São Paulo:

<http://www.radarmunicipal.com.br/proposicoes/projeto-de-lei-306-2015> (acesso em 20 ago. 2016) – Finalidade de instituir o dia de combate à “Cristofobia”.

questão de preocupação pública. Apesar da realocação da religião na sociedade Moderna e democrática, novos problemas surgem com o pluralismo religioso. As relações plurais e multiculturais tornam-se mais complicadas e, às vezes, hostis, provocando choque na população. Fábio Leite (2014, p. 71) explica que a tese da secularização “tem sofrido, nos últimos anos, uma profunda revisão, impulsionada em parte pelo não cumprimento de suas previsões, o que se agrava ainda mais quando se verifica o que já se convencionou chamar de ‘retorno do religioso’”.

Ao que parece, estamos vivendo um processo que pode ser chamado de “secularização da secularização”. Enquanto a modernidade esteve muito ligada à afirmação das sociedades nacionais e aos projetos civilizatórios, a ultramodernidade¹⁴ enfrenta os desafios da globalização – há uma aproximação geográfica de religiões distantes, através do multiculturalismo – e dos choques entre liberdades. Por isso, a ultramodernidade representaria um processo de secularização da modernidade, de reinterpretação dos ideais seculares, em nome dos quais, justamente, a modernidade contribuiu para a secularização do religioso (Machado; Mendes, 2013, p. 23).

A liberdade religiosa ainda é assegurada pela legislação, e o Estado, apesar de ter governantes religiosos, realiza esforços para a manutenção da laicidade. Dessa forma, não há um retrocesso total, mas o “lugar da religião” volta a ser uma questão a ser discutida pela sociedade. A consequência do “retorno do religioso” desencadeia um ataque à identidade religiosa, através de ofensas desferidas pelo neo-atéismo, enquanto os religiosos buscam a reconstrução de seu *status* por meio da restrição à liberdade, gerando também nichos e reafirmações de identidade através de manifestações radicais de fundamentalismo religioso,¹⁵ incentivando a busca dos religiosos do resgate ao sagrado. No entanto, como antes mencionado, o

¹⁴ Ultramodernidade é um conceito criado pelo sociólogo Jean-Paul Willaime (2009, p. 307) para explicar o processo de secularização da modernidade e a consequente reaproximação do religioso. Para o sociólogo, enquanto a modernidade estava relacionada ao campo da certeza, divisões concretas, a ultramodernidade está relacionada ao campo da incerteza, na busca de novas definições.

¹⁵ As bases do fundamentalismo encontram-se no protestantismo norte-americano, exigindo a reforma do cristianismo. Ressurgiu no séc. XIX de forma mais organizada entre grupo de pastores e eram explicitamente contra o liberalismo e apresentavam uma proposta de um cristianismo rigoroso, ortodoxo e dogmático (Boff, 2009, p. 9-10). Além do fundamentalismo evangélico, há também o fundamentalismo católico, com origens bem antigas e que até hoje se prolongam em alguns setores da sociedade, ainda que de forma mais sutil, opondo-se contra a homossexualidade e métodos contraceptivos, por exemplo (Boff, 2009, p. 16). O fundamentalismo mais conhecido hoje é o islâmico, que pregam a aplicação da *Sharia*, inclusive aos não crentes, opondo-se ao sistema democrático (Boff, 2009, p.27).

Estado Constitucional Moderno construiu suas bases na matriz cristã. Sendo assim, os valores e princípios resgatados muitas vezes não são compatíveis com outras matrizes religiosas, ainda que o Estado mantenha o *status* de secularidade (Machado; Mendes, 2013, p. 24; Leite, 2014, pp. 73-76).¹⁶

As religiões, como fundamentos poderosos na construção das identidades dos povos, quando se sentem ameaçadas, se agarram aos seus dogmas para se autoafirmar, surgindo exclusões e violências contra aqueles que as ameaçam. Em geral, as religiões têm pretensão de universalidade. Quando estão no poder tendem a anular as outras crenças de forma a reafirmar a sua, reprimindo também a liberdade dos não crentes. Um dos efeitos principais é demonização mútua do inimigo. Os religiosos fundamentalistas tendem a ver os não-religiosos ou religiosos de outros grupos como pecadores e desviantes e os não religiosos muitas vezes tendem a ver os religiosos como terroristas, insanos, etc.

1.3

Visão geral de um dilema: censura *versus* ódio

Muitos visualizam o discurso de ódio como simples “palavras que ferem”. Entretanto, essa ideia não diferencia o discurso de ódio de uma ofensa e tal diferenciação é importante de ser realizada para que se possa pensar nas possíveis respostas que o Direito deve oferecer para a manutenção da ordem social e adequada proteção dos cidadãos. O pressuposto inicial é que ofensas em geral devem ser permitidas pelo Direito e, portanto, estariam acobertadas pelo direito à liberdade de expressão, justamente porque a garantia de tal direito implica na defesa de ideias que não são apoiadas por todos ou pela maioria da sociedade.

A discussão quanto à permissibilidade dos discursos de ódio, porém, é mais complexa e delicada e, por isso, é preciso delimitar ou, ao menos, indicar da maneira

¹⁶ Um levantamento realizado pelo *Pew Forum on Religion and Public Life* nos 25 países mais populosos do mundo revelou que entre 2010 e 2014 a restrição religiosa por parte do Estado diminuiu no Brasil, ao passo que a intolerância social com relação às religiões aumentou nesse período.

Cf.: <http://www.pewforum.org/2015/02/26/restrictions-and-hostilities-in-the-most-populous-countries-2013/> (acesso 15 nov. 2016).

mais precisa possível sobre quais tipos de discursos cabe a realização dessa escolha política, havendo também uma preocupação direta na segurança jurídica.

É disseminada também a ideia geral de que o discurso de ódio configura uma atividade realizada pela maioria contra uma minoria. Contudo, cresce a quantidade de notícias de ofensas com base em dogmas religiosos praticados contra homossexuais – considerados minorias – e, ao contrário, ofensas praticadas por minorias como feministas contra maioria cristã, por exemplo, e não há uma discussão aprofundada se esses discursos deveriam ser proibidos ou não.

O conceito de discurso de ódio que mais é adotado pela doutrina é o defendido por Michel Rosenfeld, que o define como sendo o discurso – fala ou símbolo – proferido para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia, ou nacionalidade (Rosenfeld, 2001, p. 2). O conceito, apesar de bastante plural, pode ser questionado atualmente quanto a sua abrangência em casos de discurso baseado na deficiência, orientação sexual ou gênero, por exemplo. A partir disso, compreende-se que a abordagem será sempre regional ou nacional, a depender das políticas e do contexto social local. De qualquer maneira, para o interesse deste trabalho, a discriminação contra religião é geralmente enquadrada no conceito.

Da mesma forma que não há consenso quanto à definição do discurso de ódio, a experiência estrangeira mostra que a forma de combate ao discurso de ódio tampouco é uniforme. As democracias ocidentais ora convergem, ora se afastam no entendimento que conferem ao tema. As maiores referências mundiais de modelos de tratamento ao discurso de ódio são a norte-americana, de perfil mais liberal, e a europeia, de perfil mais conservador. Apesar da identificação de tais perfis, observa-se, desde 1990, uma tendência geral em penalizar o discurso de ódio, ascendendo a limites significativos a valores essencialmente liberais em países onde identidade e pertencimento são complicados por diversidade racial, étnica e religiosa.

Ainda que nem sempre as medidas tomadas para limitar a liberdade de expressão tenham sido extremas, é preciso cautela, pois, como as mudanças têm se desenvolvido lentamente ao longo das décadas, cada passo individual parece moderado no momento em que é implementado. Muitas vezes, novas leis representam pequenas progressões de velhos princípios consolidados, como ocorreu, por exemplo, nas legislações de proibições de negação do Holocausto, que evoluíram para legislações de proibição de qualquer teoria revisionista do

Holocausto, que evoluíram para legislações de proibições de qualquer teoria revisionista de quaisquer crimes contra a humanidade.

Contudo, ocorre que, com tal tendência de alargamento da legislação, se hipoteticamente compararmos a legislação em período de 20 anos, talvez seja possível constatar uma significativa queda na garantia da liberdade de expressão em algumas sociedades democráticas e pode ser que em algumas questões os cidadãos não se encontrem confortáveis com a redução do direito. Em um contexto de guerra contra o terrorismo e fundamentalismo religioso, o receio das consequências pode fazer com que o Estado reduza cada vez mais o direito a formular críticas a religiões. Se, ano após ano, houver uma demanda de proteção religiosa atendida, pode ser difícil rejeitar futuras reivindicações em razão de precedentes estabelecidos em decisões anteriores.

Para os liberais puristas há poucas justificativas para restringir os direitos à livre expressão. Para outros, as restrições ocasionais à expressão de ódio são aceitáveis porque ajudam a preservar a coesão comunitária e a ordem pública ou porque impedem danos indevidos às vítimas e protegem sua dignidade. Não há uma solução simples para este debate (Bleich, 2011. pp. 929-930). Por isso, a questão é um dilema, pois diante de qualquer decisão tomada a respeito do tema, permanece uma sensação de desconforto e questionamento se é a escolha correta. Ainda assim, é preferível a tomada de decisões a partir da análise coletiva das situações, para que se tenha maior previsibilidade. Esta questão será retomada no capítulo 4, sob análise do contexto brasileiro. Importante considerar, porém, os argumentos de autores pela regulação ou não regulação do discurso.

Edwin Baker (2008, p. 15) sustenta a hipótese de que a proibição do discurso de ódio não tem o potencial efetivo de reduzir as chances de ocorrer violência por sentimentos de ódio. Ao contrário, o autor sustenta que a proibição do discurso de ódio pode exacerbar os problemas, aumentando o potencial de resultados horríveis. O autor correlaciona seis aspectos que sugerem a confirmação da hipótese:

- (i) Proibições de discurso de ódio podem desviar a energia e atenuar a necessidade de responder de forma mais incisiva opiniões de ódio. O sentimento da “busca a verdade” motiva as pessoas a tentarem provar, através da argumentação, a melhor resposta sobre determinado assunto. O autor sugere que uma oposição mais ativa a opiniões de ódio tem o potencial

de ensinar mais práticas sociais de não tolerância a ideias intolerantes do que a mera proibição legal.

- (ii) A segunda vantagem de não proibir o discurso de ódio, segundo Baker, é que a sociedade pode identificar seus “inimigos” e combater-los por meio da retórica da coesão social.
- (iii) A proibição do discurso pode aumentar ou criar em grupos que incitam o ódio a sensação de opressão e, por isso, tenham a motivação de combater o sistema por meio de ações.
- (iv) A proibição dos discursos de ódio é suscetível de reduzir a autocompreensão cultural democrática de que os conflitos devem ser tratados através da política e não pela luta violenta.
- (v) Um programa político que concentre os esforços em aprovar e fazer cumprir as proibições discurso de ódio corre o risco de desviar a energia política para campanhas e respostas políticas antidiscriminatórias que, sem dúvida, são mais significativas para as causas subjacentes do preconceito. Os esforços devem estar voltados a modificar a condição social que geram a alienação de grupos e os discursos não são a causa, ou a única causa dessa alienação. As feministas anti-censura pensam nessa linha. Elas propõem esforços para mudar condições sociais que geram alienação, além de apresentar inclusive novas formas de pornografia que não seja a opressora.
- (vi) As proibições e as leis específicas que proíbem o discurso de ódio são suscetíveis de abuso, criando uma “ladeira escorregadia” [*slippery slope*] a favor de resultados contrários às necessidades das vítimas do discurso de ódio e dos grupos marginalizados (Baker, 2008, pp. 16-20).

Em suas considerações, Edwin Baker parte das seguintes premissas: a legitimidade do Estado depende do respeito à igualdade e autonomia das pessoas, e o Estado somente respeita a autonomia das pessoas quando permite que as pessoas expressem seus valores através do discurso (Baker, 2008, p. 4). O autor aposta que a proibição do discurso de ódio não será efetiva na redução das chances de um resultado horrível. Além disso, a oposição aos discursos de ódio deve advir mais da prática social de não tolerar esses tipos de discursos, do que através das leis que os tornam ilegais. O problema é que a lei normalmente foca em problemas errados, como requisitos legais e propriedade de julgamento de um, mas não outros casos (Baker, 2008, pp. 15-16).

Em sociedades democráticas estruturadas, em que se permite legalmente a fala de ódio, cria-se, para aqueles que se opõem à expressão de ódio, uma plataforma para explicar e justificar suas objeções. De acordo com Baker, essa atividade expressiva pode proporcionar a maior salvaguarda contra culturas e políticas de ódio. Em contraste, a repressão cria uma plataforma para que aquele que profere discurso de ódio reivindique a valorização da sua liberdade (Baker, 2008, p. 16).

No entanto, há de se reconhecer que um problema que pode ser gerado é que a neutralidade Estatal pode ser tamanha que não se reconheça que um grupo historicamente excluído possa sofrer maior dano que outro diante de um discurso de ódio. A neutralidade serviria para proteger essencialmente discursos políticos que já foram hostilizados socialmente – como o caso de discursos socialistas que já foram proibidos, por exemplo –, porém, esse pensamento da neutralidade em excesso faz pensar que as pessoas não seriam capazes de diferenciar um discurso político de questões ligadas a ódio de raça ou religião (Eckert, 2010, pp. 207-208).

De fato, conforme veremos mais adiante, através da análise de casos, mesmo a diferenciação entre casos que são de interesse público e os que não o são é difícil de ser realizada. Owen Fiss diz que, no caso da liberdade de expressão, existem situações em que o remédio liberal clássico de mais discurso, ao invés da regulação do Estado, simplesmente não funciona. Aqueles que supostamente poderiam responder ao discurso dominante não têm acesso às formas de fazê-lo, vale dizer, não têm acesso ao debate público controlado pelos grandes grupos de mídia (Fiss, 2005, p. 49).

Alex Potiguar faz uma crítica à permissividade ao discurso de ódio, salientando que não é possível imaginar um livre debate de ideias, sem que os debatedores possuam um respeito mútuo, e se considerem como iguais. Além disso, um ambiente aberto a qualquer tipo de ofensa e desprezo não poderia ser um bom lugar para que sejam tomadas decisões (Potiguar, 2012, pp. 44-45).

Karl Popper também já apontava os riscos da liberdade ilimitada através do que chamava de "paradoxo da tolerância". Segundo o autor, a tolerância ilimitada necessariamente conduz ao desaparecimento da própria tolerância, pois se ampliamos os limites do que é tolerável àqueles que são intolerantes, a intolerância prevalecerá sobre a tolerância, caso a sociedade não esteja preparada para se defender dos ataques dos intolerantes. Em nome da tolerância, seria então reservado

o direito de não tolerar os intolerantes. Contudo, o filósofo destaca que nem sempre a melhor opção é a proibição da fala dos intolerantes. A liberdade deverá ser mantida sempre que for possível contornar com argumentos racionais a intolerância proferida (Popper, 1966 pp. 543-544).

Diante do exposto e, por não haver resposta simples, destaca-se a importância de uma sociedade delimitar precisamente aquilo que denomina por “discurso de ódio”, para então optar pela repressão ou liberação do discurso. Deve ser considerado, nesse aspecto, que há interpretações mais restritas e mais amplas sobre o conceito de discurso de ódio, seja por um viés mais liberal ou conservador de quem interpreta ou até do país em análise, levando-se em conta o contexto de democracia em questão.

O tema também deve ser abordado com cuidadosa análise sobre os agentes envolvidos. Ao refletimos sobre a vulnerabilidade das minorias¹⁷ no contexto social, há tanto o argumento a favor da liberdade de expressão irrestrita, visando à ampliação do debate e fortalecimento natural das minorias, quanto o argumento a favor da regulação da liberdade de expressão, adotando-se um viés mais paternalista de proteção desses grupos. Além de posições intermediárias entre esses extremos.

No primeiro sentido, é possível argumentar que o dissenso abre espaço para lutas por reconhecimento social e tais lutas são os reais motores de mudança do *ethos* social, sendo responsáveis pelo processo de evolução da sociedade. Seguindo esse raciocínio, para que a mudança social ocorra, é preciso ampliar ao máximo o debate, de modo que as minorias tenham a oportunidade de se tornar uma maioria através da própria luta e proteção do seu discurso, uma vez que a regulação da liberdade de expressão resultaria em maior opressão das minorias, pelo fato de terem pouca representação política. As majorias poderosas que estão autorizadas a aplicar restrições ao discurso irão inevitavelmente fazê-lo de uma forma que proteja o *status quo* de queda e rompimento. Nesse sentido, a concessão de autoridade à maioria para regular o discurso apenas poderia resultar em mais opressão.¹⁸

¹⁷ As minorias tratadas não são apenas as numéricas, mas as minorias em representatividade. Samantha Meyer-Pflug (2009, p. 108) destaca, por exemplo, que as mulheres compõem, em número, um grupo muito maior que o dos homens, apesar de corresponderem a uma minoria em questões sociais. Questões históricas as colocam nessa condição e alijadas da fruição de muitos direitos fundamentais.

¹⁸ Raoul Vaneigem (2004, p. 26) destaca que “Quanto menos nossa liberdade de dizer e de pensar se impuser limites, mais as mentalidades darão preeminência ao desejo de viver melhor e, abrindo-se à generosidade, à solidariedade, à relação afetiva, revogarão gradualmente nossa propensão a destruir, a dominar, a oprimir, a explorar.”

Por outro lado, as maiores violências podem ser justificadas sob o argumento de que, embora minoritário, um determinado grupo seria, na verdade, um perigo para a sociedade em que vive. Os agressores, sob a justificativa de se sentirem agredidos, agredem e procuram legitimar sua agressão através do argumento da legítima defesa (Pinto; Almeida; Branco, 2009, p. 148), demandando maior proteção dos grupos vulneráveis pelo Estado e sem deixar de considerar que a maioria das lutas políticas de conquistas sociais perpassa pela mudança da legislação em um sentido mais protetivo e paternalista.

Para encarar a liberdade de expressão como uma forma de garantia à dignidade humana, e não como um meio de segregação de grupos minoritários, é preciso considerar sempre os agentes envolvidos. A restrição do discurso – caso seja demonstrada como melhor alternativa social – deve sempre perquirir a resposta à questão “quem de fato estamos protegendo, sob a ameaça de quem?”.

Levando em conta os agentes e que o objetivo principal da proteção a certos grupos contra um discurso de ódio é a preservação de sua dignidade humana, o próximo passo é verificar em que medida grupos religiosos – e quais deles – se enquadram no conceito de minoria e em quais situações o discurso de ódio teria o condão de atingir a identidade do religioso ofendido.

Como antes mencionado, muitos adotam a definição do “discurso de ódio” como qualquer fala ou símbolo proferido com intenção de promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade. Entretanto, estaria uma ofensa relacionada à crença, e não propriamente à pessoa ou grupo de pessoas, apta a afetar a dignidade dos ofendidos? Há diferença entre uma ofensa proferida com base naquilo que a pessoa é e aquilo que a pessoa acredita? Além disso, de que forma a proibição do discurso afeta a legitimidade democrática dos cidadãos? O argumento da preservação da dignidade basta para resolver questões de discurso de ódio? São questões a serem analisadas nos próximos capítulos.

Premissas para a manutenção do regime democrático: o debate entre Dworkin e Waldron aplicado ao combate ao discurso de ódio contrarreligioso

Ronald Dworkin e Jeremy Waldron são jusfilósofos contemporâneos, de perfil liberal, mas que divergem em muitas questões que abrem caminho para reflexões importantes para o Direito. Os autores debatem sobre o conceito de democracia e a implicação da proibição do discurso de ódio para a legitimidade da discussão política. Na perspectiva jurídica, esse é um dos mais – se não o mais – importante aspecto a ser considerado no debate sobre a regulação ou não do discurso de ódio.

De um lado, Ronald Dworkin sustenta que qualquer tentativa do Estado de impor limites a discursos e manifestações de ódio em geral viola o direito fundamental universal à liberdade de expressão, afetando diretamente a legitimidade do processo democrático. Jeremy Waldron, por sua vez, sustenta que é preciso haver alguma restrição aos discursos de ódio, justamente para assegurar que a intolerância não abale os princípios e valores democráticos. O interessante é observar, além disso, que os autores atribuem conceitos e premissas diferentes à democracia.

2.1

Dworkin e o discurso irrestrito

Dworkin (2009), ao assumir a existência de um direito humano fundamental à liberdade de expressão, afasta a conexão meramente instrumental entre liberdade de expressão e democracia, indo além da importância da liberdade de expressão para a formação de um eleitorado informado, elevando seu patamar como elemento constitutivo essencial para a existência de práticas democráticas. E, por isso, é um

valor importante *per se* e não pelas consequências positivas que oferece, tais como a garantia de uma sociedade plural ou a prevalência da verdade, como defenderia Stuart Mill.

Dworkin complementa afirmando que a liberação do discurso de ódio faz com que a sociedade se torne mais alerta para os problemas sociais e trabalhe voltada para criação de ações afirmativas inclusivas dos grupos oprimidos. Para o autor, as consequências prejudiciais de atitudes sexistas, intolerantes e racistas devem ser combatidas com a garantia de emprego, educação processo penal justo para as pessoas subjugadas e não pelo silêncio forçado das outras pessoas. A liberdade de expressão, assim, passa a ser um importante instrumento para preservação da própria dignidade da pessoa humana. Ao se estabelecer vedações ao discurso de ódio, o princípio em geral restaria enfraquecido e o Estado estaria deixando de respeitar o *status* de cada indivíduo como membro livre e igual da comunidade política, considerando suas convicções morais até seus preconceitos.

O mais importante que podemos destacar dos ensinamentos de Dworkin é que o autor entende que os procedimentos majoritários são condições importantes para a legitimidade política das decisões Estatais, mas isso não basta. O conceito real de democracia, para ele, necessita conter o “fundo democrático”, sendo necessário que cada cidadão capaz tenha direito de voto e voz ouvida nas decisões, a fim de decidir qual a vontade da maioria. Dworkin não se filia ao conceito simples de democracia majoritária, mas adota uma concepção à qual chama de democracia comunitária [*partnership*]. Nesse caso, o autogoverno não é o simples governo da maioria, mas é o governo no qual os cidadãos agem como associados. A sua preocupação central – que, de fato, é um perigo social real –, é que as restrições à liberdade de expressão, sendo admitidas pela sociedade, sejam utilizadas por majorias legislativas ou pelo próprio governo com a intenção de calar a oposição política.

Seguindo o raciocínio do autor, a decisão da maioria não é justa até que todos os indivíduos da sociedade tenham tido uma oportunidade para expressar suas opiniões, preconceitos ou ideias, não apenas na esperança de influenciar os outros, mas para que todos sejam indivíduos ativos na ação coletiva e não apenas vítimas da decisão que outros tomaram em seu lugar. Isso porque a legislação e a política de uma comunidade são determinadas mais pelo ambiente moral e cultural construído pelas opiniões, preconceitos, gostos dos povos, do que por propostas

políticas. Para o autor, portanto, é manifestamente injusto impor uma “decisão coletiva” sobre alguém que não tenha sido autorizado a contribuir para o ambiente, expressando informalmente suas convicções, gostos políticos ou sociais, ou até mesmo seus preconceitos. Ao restringir a liberdade de expressão, Dworkin entende que é retirado o único motivo que os intolerantes têm para obedecer às leis da sociedade, uma vez que nunca foram ouvidos.

Dworkin não é contra leis que protegem minorias de agressões baseadas em atos discriminatórios, ele acredita que todos devem obedecer tais leis. Ocorre que, para que isso aconteça, não podemos intervir de antemão [*further upstream*], no momento da discussão sobre a elaboração da lei, sob pena de afetar a própria legitimidade, já que queremos que racistas, homofóbicos, também a cumpram. O argumento central de Dworkin é, então, relacionar o direito à liberdade de expressão com legitimidade da lei. O autor afirma que uma lei somente será legítima se permitirmos um debate amplo sobre o assunto, inclusive permitindo o discurso de ódio.

Quanto ao discurso de ódio contrarreligioso, especificamente, Dworkin observa que frequentemente defensores religiosos dizem que religiões são especiais, porque as convenções religiosas das pessoas são tão centrais em suas personalidades e que, por isso, devem ser protegidas do discurso de ódio. Ademais, os religiosos podem até sentir-se no dever de contra-atacar o sacrilégio que aturam e, para evitar futura violência, mesmo que esta seja não iminente, a melhor opção seria reprimir o discurso. Sobre essa questão, Dworkin diz que, uma vez que não são admitidas, pela própria religião, proteções especiais com base na orientação sexual e no feminismo, por exemplo, não podem ser admitidas exceções à liberdade de expressão para proteção da religião. Outro argumento interessante é no sentido de que, já que as religiões normalmente requerem proteção legal para o exercício da liberdade religiosa, precisam do sistema para manter-se e, por isso, devem aceitar o jogo democrático. Portanto, Dworkin conclui, as religiões é que devem observar os princípios democráticos e não o contrário.¹⁹

¹⁹ Nas palavras exatas de Dworkin: “religion must observe the principle of democracy, not the other way around”.

Cf: DWORKIN, Ronald. Foreword to *Extreme Speech and Democracy*. In.: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editors). *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 9.

Observo, contudo, que o entendimento de democracia construído por Dworkin, em seu zelo pela coerência, parte de duas premissas: a primeira é a de que os intolerantes são minoria em sociedades democráticas e, por isso, fundamenta que não é adequado que a maioria imponha à minoria leis contra aquilo que a própria maioria entende por discriminação. Nesse sentido, o autor acredita que se devem permitir quaisquer discursos e devemos lidar com as consequências negativas em troca de uma democracia firme. Entretanto, é possível que, com isso, o autor tenha a expectativa de que a minoria, sendo ouvida, tenha, ao final, seu discurso neutralizado. Nesse caso, a consequência não seria um exercício de livre expressão forte e consolidado tal qual o autor pensa defender, mas uma mera tolerância daquilo que, ao fim e ao cabo, não terá implicação ou terá implicações mínimas na sociedade.

A segunda premissa para o raciocínio do autor é a consideração de que a ausência de limites à liberdade de expressão leva à aceitação das regras democráticas por parte dos grupos que proferem discursos de ódio. No entanto, trata-se de uma presunção que, além de não ter comprovação empírica, sequer há indicação de que possa ocorrer. Pode-se, inclusive, argumentar que a tendência atual de polarização dos grupos políticos tem efeito contrário, fazendo com que o grupo da população que não concorda com a lei que, por ventura, veio a ser aprovada poderá comportar-se de maneira agressiva e revoltada.

Considerando que Dworkin é um intelectual preocupado com questões sociais, pode-se arriscar dizer que o autor acaba ignorando a possibilidade de a minoria intolerante tornar-se uma maioria forte que termine por sucumbir todos os valores elencados na democracia para a manutenção de seu *status*. Ao que parece, Dworkin acaba depositando confiança no acaso, na grande coesão social por questões educacionais ou nas Cortes para que os intolerantes não se tornem maioria e suprimam os direitos das minorias. Também é curioso que o autor procure observar que “minorias” tenham seus discursos de ódio preservados a fim de garantir sua proteção, mas não considere igualmente importante a proteção das minorias que são vítimas do discurso de ódio e com isso acabem marginalizadas.

Ao mesmo tempo em que se percebe que o autor demonstra extrema confiança no Poder Judiciário para a garantia da justiça, quando da leitura da sua Teoria do Direito, Dworkin parece cético quanto à capacidade do Direito Positivo

para regular as liberdades individuais para proteção da dignidade e, talvez por isso, opte pela ausência de regulação Estatal sobre o discurso.

A sua compreensão sobre a dignidade também é diferente da usual. Dworkin visualiza duas dimensões da dignidade humana (2006(a), pp. 9-11). O primeiro subprincípio, chamado de valor intrínseco, sustenta que cada vida humana tem um tipo especial de valor objetivo. Ou seja, há um valor intrínseco de que a vida não deve ser desperdiçada. O sucesso ou fracasso de qualquer vida humana é importante em si mesmo, algo que todos nós temos razão para querer ou deplorar. Tratamos muitos outros valores como objetivos dessa maneira. Por exemplo, pensamos que todos deveriam lamentar uma injustiça, onde quer que ela ocorra, como algo ruim em si mesma. Assim, de acordo com o primeiro subprincípio, devemos todos lamentar uma vida desperdiçada como algo ruim em si, mesmo que se trate da vida de outrem.

O segundo subprincípio, chamado de responsabilidade pessoal, sustenta que cada pessoa tem uma responsabilidade especial para realizar o sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui exercitar seu julgamento sobre qual tipo de vida seria bem sucedida para ela. Não se deve aceitar que qualquer outra pessoa lhe dite esses valores pessoais ou os imponha sem seu endosso. A pessoa pode seguir os julgamentos codificados em uma tradição religiosa particular ou dos líderes ou textos religiosos ou, de fato, de instrutores morais ou éticos seculares. Mas essa deferência deve ser sua própria decisão; deve refletir seu próprio julgamento.

Esses dois princípios – que toda vida humana possui valor potencial intrínseco e que todos têm a responsabilidade de realizar esse valor em sua própria vida – definem juntos as bases e as condições da dignidade humana, e por isso representam, para Dworkin, as dimensões de dignidade. Os princípios são individualistas neste sentido formal: eles atribuem valor e impõem responsabilidade individual às pessoas, uma a uma, mas não são necessariamente individualistas em qualquer outro sentido. Eles não supõem, como princípios abstratos, que o sucesso da vida de uma só pessoa pode ser alcançado ou mesmo concebido independentemente do sucesso de alguma comunidade ou tradição a qual pertence, ou que a pessoa exerça sua responsabilidade de identificar valores para si somente se rejeitar os valores de sua comunidade ou tradição.

As dimensões de dignidade parecem refletir dois valores políticos importantes na teoria política ocidental: o primeiro valor parece uma invocação abstrata do ideal da igualdade, e o segundo da liberdade. Apesar de frequentemente dito por filósofos políticos que a igualdade e liberdade são valores concorrentes que nem sempre podem ser satisfeitos simultaneamente – de modo que uma comunidade política deve escolher qual sacrificar em detrimento do outro e quando – Dworkin entende que o suposto conflito entre igualdade e liberdade não possível. Ao invés disso, doutrina no sentido de que as comunidades políticas devem encontrar uma compreensão de cada um desses valores como compatíveis, um como aspecto do outro e, por isso, não seria possível sustentar a igualdade sem respeitar a liberdade.

Dworkin (1995, p. 1) defende a proteção constitucional dos princípios, de forma a impedir que leis infraconstitucionais diminuam sua extensão. Em sentido oposto, porém, há uma forte corrente contra o constitucionalismo, por entender que o fenômeno subverte ou compromete a democracia, porque se uma Constituição proíbe que o legislativo aprove uma lei que limite a liberdade de expressão, por exemplo, e o direito democrático da maioria diz que a lei deve existir, haverá um impasse sobre qual destes valores a sociedade deverá optar: o constitucionalismo ou a democracia.

Na contramão da maioria da doutrina, Dworkin aposta que o conflito descrito é ilusório, justamente porque se baseia na compreensão imprecisa do que é a democracia. Nesse momento, o autor retoma a argumentação de que devemos distinguir democracia e regra da maioria. A regra da maioria somente obedece ao princípio democrático quando é legítima [*legitimate majority rule*]; o que significa que o mero majoritarismo não constitui democracia, a menos que sejam satisfeitas outras condições, que a tornem legítima. Dworkin admite, contudo, que tais condições são muito controversas. Mas algum tipo de estrutura constitucional que a maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia. Deve haver regras constitucionais que estipulam que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria de direitos.

É incerta a definição de quais regras seriam essenciais para a construção da democracia e, portanto, não poderiam ser consideradas como comprometedoras ou subversivas. É essencial para a democracia que as minorias tenham liberdade garantida sem discriminação privada nas escolas e no emprego, por exemplo? É

essencial que se garanta às mulheres o direito ao aborto, se quiserem, ou que os homossexuais tenham liberdade sexual? É essencial que as pessoas tenham garantido um nível decente de cuidados de saúde ou habitação ou nutrição ou educação?

Esses vários direitos não estão tão evidentemente ligados a procedimentos políticos justos, como é o direito à liberdade de expressão e, por isso, pode parecer plausível que incorporar qualquer desses direitos em uma Constituição que não possa ser alterada pela maioria é um compromisso da democracia, uma restrição sobre o direito legítimo da maioria de governar. Essa questão é, no entanto, mais complexa do que poderia parecer, pois a igualdade política deve ser definida como uma questão de direito e não de poder, e muitos direitos constitucionais, como o direito à liberdade de expressão, contribuem, portanto, para a derrogação da igualdade política.

2.2

Waldron e a regulação do discurso de ódio

Jeremy Waldron (2012) apresenta uma linha de raciocínio distinta daquela apresentada por Dworkin, adotando outra concepção de democracia, diante da qual tende a acreditar que a manutenção dos valores democráticos não se sustentará sem que haja bloqueio de certos discursos. Waldron entende que restrições legais a discursos de ódio podem fortalecer ao invés de comprometer a democracia.

Em termos de regulação, Waldron (2012, p. 8) tem como referência legislações de países como Canadá, Dinamarca, Nova Zelândia e Reino Unido, que proíbem incitação ao ódio contra qualquer grupo identificável em casos em que a incitação é capaz de conduzir à violação da paz social, como determinado no Canadá; que proíbem declarações de ameaça, ridicularização ou degradação em razão de raça, cor da pele, nacionalidade ou etnia, como previsto na Dinamarca; proíbem ataques à dignidade humana de outros por insultar, difamar maliciosamente segmentos da população, pela legislação da Alemanha; ou rejeitem

palavras ameaçadoras, abusivas ou insultantes de forma a gerar hostilidade contra certos grupos de pessoas, tal qual a regra na Nova Zelândia e no Reino Unido.²⁰

A partir do conceito de sociedade bem ordenada de Rawls,²¹ e convencido de que, para a manutenção do sistema democrático, é preciso restringir certos discursos, Waldron continua sua argumentação a partir do desenvolvimento de um critério interessante para distinguir uma ofensa de um discurso de ódio. Ao citar diretamente a obra de Anthony Lewis (2011), Waldron concorda com a ideia de que a liberdade de expressão abrange o direito de proferir uma ideia ofensiva. Entretanto, a fronteira entre uma ofensa e manifestação de ódio deve ser bem definida para que a sociedade mantenha sua organização e os cidadãos tenham sua dignidade preservada.

Waldron destaca que a clássica expressão “discurso de ódio” traz dois problemas, relacionados justamente aos seus dois termos principais. No momento em que se decide pela adoção de leis reguladoras do “discurso”, transmite-se a ideia de intervenção na palavra falada, conversas e vocabulário, mas a preocupação principal deve ser com relação às expressões impressas, publicadas e que de alguma forma perduram na sociedade – entendimento que abrange o conteúdo escrito ou em vídeo, disponibilizado na internet e que é difícil de retirar.

Quanto à palavra “ódio”, dá a entender que a regulação deve ser voltada à motivação da pessoa por trás do discurso, como se o objetivo das leis reguladoras do discurso seria a tentativa de modificar maneira de pensar das pessoas. Na verdade, para Waldron, deve ocorrer exatamente o oposto: a regulação deve ser objetiva, tanto no sentido de que não depende da intenção do agente que proferiu o

²⁰ Nas palavras do autor: “By “hate speech regulation,” I mean regulation of the sort that can be found in Canada, Denmark, Germany, New Zealand, and the United Kingdom, prohibiting public statements that incite “hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace” (Canada); or statements “by which a group of people are threatened, derided or degraded because of their race, colour of skin, national or ethnic background” (Denmark); or attacks on “the human dignity of others by insulting, maliciously maligning or defaming segments of the population” (Germany); or “threatening, abusive, or insulting...words likely to excite hostility against or bring into contempt any group of persons... on the ground of the colour, race, or ethnic or national or ethnic origins of that group of persons” (New Zealand); or the use of “threatening, abusive or insulting words or behaviour,” when these are intended “to stir up racial hatred,” or when “having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby” (United Kingdom)”

²¹ No ideal filosófico de Rawls, uma sociedade bem-ordenada é definida por referência a toda a matriz detalhada de princípios que caracterizam sua concepção de justiça como equidade: o que as pessoas sabem, e o que eles garantem uma à outra, é sua fidelidade conjunta para o “Princípio das liberdades fundamentais”.

discurso,²² quanto no sentido de que não depende dos sentimentos do destinatário do discurso; devendo-se apenas verificar se é o caso de afetação da dignidade do sujeito perante a sociedade (2009, p. 1600 - 16001). A preocupação residiria na situação de vulnerabilidade das pessoas alvo de ataques baseados em sua raça, cor, orientação sexual, etc., independentemente da “maldade” por trás da palavra.

Waldron ressalta que muito do que é chamado de discurso de ódio é, na verdade, insulto ou ofensa. O discurso de ódio propriamente dito, e que deve ser reprimido criminalmente e, de acordo com o autor, é aquele de caráter racial ou religioso e que tenha impacto direto na dignidade da vítima, repercutindo na sociedade (2009, p. 1604).

Assim, de acordo com o autor, o dano à dignidade seria mais apropriadamente conceituado se denominado de "difamação de grupo" [*group libel*], ao invés de “discurso de ódio”, pois se trata de uma difamação escrita, ou que se perpetua, que se propõe a tornar [a pertença a um grupo] uma responsabilidade, maculando características definidoras do grupo ou associando-as a afirmações factuais intolerantes que são fundamentalmente difamatórias.

Em crítica direcionada a Waldron, Brian Leiter (2012, p. 7) questiona se, caso a sociedade concordasse que os discursos de ódio deveriam ser proibidos, então por que limitar a proibição simplesmente à fala que subjuga pessoas com base na raça, etnia ou religião? O autor ainda questiona se a lei realmente seria capaz de garantir que a pessoa possa andar na rua sem medo de sofrer insultos ou humilhações e a que custo isso seria feito. Tais questões não são analisadas por Waldron, mas o fato é que dependem muito da crença que se tem no Direito para resolver questões mais subjetivas e que interfiram na liberdade.

Sobre a regulação do discurso, Waldron parte da premissa de que, para estabilizar as relações humanas, as Constituições devem abrigar três diferentes conjuntos de direitos relacionados à justiça: (i) liberdade individual (de

²² Em oposição a Waldron nessa questão, considero a intenção do agente importante, justamente porque o contexto em que o discurso é proferido também o é. Se o discurso de ódio é proferido em uma situação não ótima para sua configuração, ele não acontece, como ensinado por Butler. Se o agente não tem a intenção, há casos até em que o discurso pode ser resignificado. Por exemplo, a intenção de uma transexual que se crucifica em parada LGBT não é burlar ou despertar ódio contra cristãos, mas apresentar um protesto, passar uma mensagem de que homossexuais e transexuais estão sofrendo consequências sociais por causa do fundamentalismo religioso.

pensamento, consciência e ação, propriedade, trabalho, família, entre outros); (ii) consistência (devido processo legal e igualdade perante a lei); e equidade (aqueles associados ao funcionamento da democracia, tais como a liberdade de expressão e associação, funcionamento do sistema eleitoral, etc.). Embora esses direitos sejam relacionados e suportem-se mutuamente, Waldron – diferentemente de Dworkin – entende que pode haver tensão entre eles no momento de sua aplicação social, uma vez que sua natureza e significado podem ser objeto de divergências. Por exemplo: direito à vida v. aborto; direito de propriedade v. bem-estar social; liberdade de expressão v. privacidade.

Embora os direitos sejam necessários em razão das “circunstâncias da justiça”, eles devem ser identificados e interpretados no que Waldron chama de “circunstâncias da política”, ou seja, em circunstâncias nas quais é preciso chegar a um acordo coletivo e coercitivo sobre o caráter dos direitos, haja vista a existência de opiniões e interesses divergentes (Waldron, 1999, pp. 101-102). As circunstâncias da política, assim, são constituídas pela existência de desacordos políticos ou morais e pela necessidade de decisões com autoridade política para regular o desacordo.

Waldron compartilha com os teóricos da democracia deliberativa que o desacordo viável para as práticas democráticas é o denominado desacordo razoável ou de boa fé. Argumentar de boa fé, explica ele, “é apresentar razões que (alguém pensa que) o outro deveria aceitar”.²³ É exatamente em razão da impossibilidade de se eliminar o desacordo que surge a necessidade de uma teoria da autoridade. Na proposta de Waldron, a teoria da autoridade está estreitamente relacionada com a dignidade da legislação e com a defesa da decisão majoritária.

Waldron (2012, p. 78), ao contrário de Dworkin, entende que aqueles que defendem o racismo e o ódio religioso não têm, necessariamente, motivos para seguir a ordem democrática. Para que a sociedade esteja em ordem é preciso que aqueles que proferem discursos de ódio desistam de sua missão e aceitem os princípios de justiça.

²³ Citação original:

“to argue in good Faith is to present reasons that (one thinks) the other should accept, and for or more people to persist in argument is for them to notice and pursue the possibility that in the end the same consideration will convince them all.”

Cf.: WALDRON. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 91.

Waldron inicia, então, sua análise sobre o que é discurso de ódio pela tentativa de delimitar o conteúdo da dignidade da pessoa humana e do respeito. É recorrente a invocação de respeito na sociedade, mas é rara alguma tentativa de esclarecer o que isso significa exatamente em termos de restrição à liberdade de expressão. O autor, então, adota a conceituação de Stephen Darwall (1997, pp. 38-41), que explica o respeito para a resolução de problemas morais, como feito por Kant. Darwall subdivide “respeito” em duas categorias: o respeito de avaliação (*appraisal respect*) e o respeito de reconhecimento (*recognition respect*).

O respeito de avaliação é a estima que se tem com relação a uma pessoa por conta de suas características, vícios, crimes ou méritos. Manifesta-se diante de determinada característica da pessoa que desperta alguma forma de apreciação. Por exemplo, alguém pode ter tanto respeito pela integridade de alguém, pelas boas qualidades de alguém, ou por conta da sua profissão como músico, por exemplo. Tal respeito, portanto, consiste numa atitude de apreciação positiva dessa pessoa, seja pela pessoa que é ou porque está envolvida em algum objetivo particular. Por conseguinte, o fundamento adequado para tal respeito é que a pessoa manifestou características que o tornam merecedor de tal avaliação positiva. Normalmente, quando falamos de alguém como merecedor de nosso respeito, é o respeito por avaliação que temos em mente. Queremos dizer que a pessoa é suscetível de merecer a nossa apreciação positiva por motivos adequados.

O respeito de reconhecimento – conceito fundamental para a dignidade e que é invariável – refere-se ao direito de um indivíduo ser considerado seriamente em suas deliberações por outras pessoas. O respeito de reconhecimento é a consideração dos interesses da pessoa, mesmo que não se tenha nenhuma simpatia com relação a ela, e está relacionado com a aceitação dessa pessoa na sociedade (Waldron, 2012, pp. 86-87). O respeito de reconhecimento ocorre pelo fato de se respeitar uma pessoa em razão da consideração ou reconhecimento de ser pessoa. A falta de respeito, nesse caso, é não levar a sério a pessoa, como uma resposta à sua apresentação na sociedade.

Trata-se de não fazer distinção entre pessoas e considerá-las dignas de respeito, simplesmente por serem pessoas. O objeto do respeito de reconhecimento é um fato, o fato de perceber o outro como ser humano. A partir do momento que o respeito depende de algo para ser levado em consideração, o respeito passa a ser respeito por avaliação.

Para Waldron, um caso de incitação ao ódio racial contra um determinado grupo é um desrespeito de reconhecimento. Não se trata de gerar sentimento de humilhação e de dor à vítima – o atingimento da honra subjetiva não seria motivo suficiente para restringir a liberdade de expressão –, mas trata-se de uma alteração no *status* social da pessoa, no sentido de criar obstáculos para a igualdade de oportunidades no que diz respeito, por exemplo, ao acesso a trabalho e moradia. Waldron sustenta que o desrespeito de reconhecimento é o que deve ser combatido. O sentimento de estar sempre vulnerável a práticas discriminatórias, situações humilhantes, exclusões e insultos. Esses sentimentos naturalmente acompanham um ataque à dignidade, mas não são a raiz do problema. Proteger as pessoas de agressões à sua dignidade protege indiretamente os seus sentimentos, mas apenas porque os protege de uma realidade social – impede uma depreciação radical do *status* (Waldron, 2012, p. 107).

Waldron sustenta que a dignidade de uma pessoa não é apenas uma aura kantiana. É a sua posição social, os fundamentos da reputação básica que os encarregam de serem tratados como iguais nas operações ordinárias da sociedade. Sua dignidade é algo que eles podem confiar, como eles vivem suas vidas, comandam seus negócios e criam suas famílias. Waldron descreve o discurso de ódio tanto como uma afronta calculada à dignidade dos membros vulneráveis da sociedade, como uma afronta calculada ao bem público da inclusão. Para Waldron, a solução não se limita a educar os brancos liberais – maioria da população, ao menos, representativa – a tolerar discursos que acreditam ser detestáveis, mas deve envolver também a proteção da minoria agredida e subjugada pela sociedade (Waldron, 2012, p. 5).

O ferimento à dignidade está, assim, relacionado a critérios objetivos, independentemente de, acessoriamente, a pessoa vir a sentir-se ofendida ou não (Waldron, 2012, p. 106). O autor argumenta que proteger as pessoas de ofensa ou de serem ofendidos é protegê-los de certo tipo de efeito sobre os seus sentimentos. E isso é diferente de proteger sua dignidade e a garantia de um tratamento decente na sociedade (Waldron, 2012, 107).

Waldron e Dworkin concordam neste ponto: o Poder Público não pode proteger as pessoas de ofensas. Contudo, Waldron entende, diferentemente de Dworkin, que discursos de ódio devem ser limitados e, por isso, é necessário diferenciar ofensas de discurso de ódio – Waldron sustenta que a dignidade é

afetada quando o último é proferido. Não se trata de proteger a dignidade no sentido de qualquer nível particular de honra ou estima (ou auto-estima), mas a dignidade no sentido do direito básico de uma pessoa ser considerada como membro da sociedade. O fato de fazer parte de um grupo minoritário não deveria desqualificá-lo da interação social ordinária. A proteção do sentimento das pessoas não é um bom objetivo a ser perseguido pela lei (2012, p. 105 - 106).

Aplicando o raciocínio de Waldron à perspectiva religiosa seria possível observar que a violação à dignidade ocorreria em casos de ataque direto a indivíduos que professam uma crença, de modo a inferiorizá-los socialmente por isso. Waldron usa o exemplo de uma placa em um estabelecimento que proíbe a entrada de judeus e cachorros (2012, p. 1). Nesse caso, há um desrespeito quanto ao reconhecimento de como as pessoas devem ser tratadas em sociedade e, então, configura-se um ataque à dignidade, devendo o discurso ser proibido. A mesma solução não deve ser conferida no caso de ataque a uma doutrina religiosa. Nesse caso, como ocorreu nas charges do *Charlie Hebdo* em que apenas retratam o profeta Maomé em situação de sátira, o discurso poderia ser encarado como ofensa, mas isso, por si só, não é fator suficiente para restringi-lo, uma vez que a dignidade não estaria atingida.²⁴

Waldron ainda declara expressamente que não deve ser a função das leis de ódio racial ou religioso proteger contra os sentimentos de mágoa (2012, p. 111). Desse modo, Waldron manifesta-se contra leis de proteção ao sentimento religioso e manifesta-se a favor de leis que preservam o grupo de violências que podem vir a sofrer na sociedade por conta do discurso proferido.

Em mais uma crítica a Waldron, Leiter (2012, p. 7) diz que os argumentos de Waldron são desprovidos de sentido ao diferenciar duas situações completamente análogas: Se uma pessoa ridicularizar como idiotas e moralmente depravadas todas as crenças centrais de outra pessoa, na opinião Waldron, tal atitude não tem efeito sobre a sua “dignidade”; mas se sugerisse que as pessoas que

²⁴ No caso específico do jornal satírico francês *Charlie Hebdo* é interessante observar que, por se tratar de publicação de humor, há nuances irônicas contidas. Além de se tratar de uma manifestação, de certa forma, artística, as publicações normalmente são voltadas para a crítica ao fundamentalismo religioso e não às religiões em si. Interessante observar, contudo, que Waldron, apesar de não se deter sobre os efeitos subjetivos do discurso de ódio para a vítima e estabelecer critérios objetivo para identificar violações à dignidade da vítima, Waldron menciona – como será tratado mais adiante – que as intenções subjetivas do agente que proferem o discurso são importantes de ser analisadas.

detêm crenças idiotas e moralmente depravadas não são confiáveis, haveria uma “difamação de grupo” proibida, que impugna a sua dignidade.

Talvez Waldron não tenha explicado a diferenciação com devida propriedade, mas compreendo que há muito sentido em diferenciar o ataque às crenças das pessoas e o ataque ao sujeito. Entendo que a crença, apesar de ser importante na formação do sujeito, não se trata de um elemento constitutivo do mesmo, uma vez que é perfeitamente cabível a conversão religiosa a qualquer momento. Por outro lado, o ataque às pessoas é o que, de fato, tem potencial de ferir a dignidade. Ao fim e ao cabo, Waldron diferencia o ataque a ideias do ataque direto a sujeitos, mas não estabelece critérios de distinção muito específicos, faltando um aprimoramento nesse sentido.

Além disso, Leiter (2012, p. 5) rebate que nenhum dos argumentos levantados, por mais sensatos que sejam, responde à pergunta: por que o dano da dignidade a uma posição social igual – ou o ideal de uma “sociedade bem ordenada” de acordo com Rawls – tem tanta importância, diante de todos os outros danos que a fala pode infligir, de modo que a lei deve regulá-la? Ou seja, o crítico não se satisfaz com a argumentação de Waldron de que a regulação deve incidir apenas para resguardar a dignidade, ou ao menos não concorda com a concepção de dignidade adotada por Waldron, pois não compreende a razão de Waldron invocar esse dano em particular gerado pelo discurso como sendo a razão ideal da regulação legal. Entendo, no entanto, que a intenção de Waldron seria reservar a lei para o último estágio de ofensa, quando o discurso teria o maior potencial de se aproximar da ação efetiva, dessa forma, seria possível manter a ordem social e, conseqüentemente, a garantia da manutenção do Estado e da ordem democrática. Sendo assim, a intervenção jurídica incidiria no discurso em *ultima ratio*.

Essa posição fica clara quando Waldron exemplifica situações que, em sua opinião, configuram discurso de ódio. O autor relata o seguinte caso hipotético: Um homem que anda com seu filho de sete anos de idade e sua filha de dez anos de idade vira uma esquina em uma rua da cidade em Nova Jersey e é confrontado com um cartaz que diz: “Muçulmanos e 11 de setembro! Não os sirvam, não falem com eles e não os deixem entrar”. A filha pergunta o que aqueles dizeres significam. Seu pai, que é muçulmano – assim como toda a família – não sabe o que dizer. Ele apressa as crianças, esperando que não se deparem com mais cartazes. Outro dia os viu novamente nas ruas, dessa vez, uma grande fotografia de crianças muçulmanas

com o slogan “Todos se chamam Osama”, e um cartaz na parede externa de sua mesquita que dizia “Centro Jihadista” (2012, p. 1).

Para Waldron, é primordial que pensemos qual o ponto dos cartazes. Podemos descrevê-los vagamente como “discurso de ódio”, colocando-os na mesma categoria de um grafite racista, a queima de cruzes e do fato de gerações anteriores tentarem expulsar judeus de “áreas de moda” na Flórida com publicações como “Judeus e Cães Proibidos”? Chamar esses dizeres de discurso de ódio faz soar como se sua função primária fosse expressiva – uma maneira pela qual um ou outro elemento racista ou “islamofóbico” se manifeste. Mas Waldron alerta que os cartazes enviam uma série de mensagens subentendidas aos membros da minoria denunciada nos cartazes e panfletos. É como se dissessem:

Não se deixe enganar pensando que você é bem-vindo aqui. A sociedade ao seu redor pode parecer hospitaleira e não-discriminatória, mas a verdade é que você não é desejado, e você e sua família serão evitados, excluídos, espancados (...) Tenha medo! (tradução livre)²⁵

E também enviam uma mensagem a outras pessoas na comunidade, que não são membros da minoria sob ataque:

Sabemos que alguns de vocês concordam que essas pessoas não são desejadas aqui. Sabemos que alguns acreditam que eles são sujos (ou perigosos ou criminosos ou terroristas). Saiba agora que você não está sozinho. Não importa o que o governo diga, há suficientes de nós ao redor para se certificar de que essas pessoas não são bem-vindas. Há suficientes de nós em torno para chamar a atenção para o que essas pessoas são realmente. Converse com seus vizinhos, fale com seus clientes. E, acima de tudo, não os deixem mais entrar (tradução livre).²⁶

Esse é o ponto desses cartazes e esse é o ponto do discurso do ódio, de acordo com Waldron.

²⁵ Citação original:

“Don’t be fooled into thinking you are welcome here. The society around you may seem hospitable and nondiscriminatory, but the truth is that you are not wanted, and you and your families will be shunned, excluded, beaten, and driven out, whenever we can get away with it. We may have to keep a low profile right now. But don’t get too comfortable. Remember what has happened to you and your kind in the past. Be afraid.” (Waldron, 2012, p. 2)

²⁶ Citação original:

“We know some of you agree that these people are not wanted here. We know that some of you feel that they are dirty (or dangerous or criminal or terrorist). Know now that you are not alone. Whatever the government says, there are enough of us around to make sure these people are not welcome. There are enough of us around to draw attention to what these people are really like. Talk to your neighbors, talk to your customers. And above all, don’t let any more of them in.” (Waldron, 2012, p. 2).

Apesar da exemplificação, Waldron reconhece a dificuldade que teremos para lidar com a complexidade dos fenômenos psicológicos, que nem sempre são tão organizados quanto nossa taxonomia verbal. A reação de um membro minoritário diante de qualquer incidente particular de discurso de ódio provavelmente será complexa e confusa. Por exemplo, um homem que anda com sua família vira uma esquina e vê uma cruz suástica, uma cruz em chamas, ou os cartazes que descrevem povos de seu grupo como macacos, experimentará uma gama de pensamentos e de emoções. Não será fácil diferenciar o terror da indignação, da ofensa, do insulto, da incredulidade, da autoconfiança agudamente desconfortável, da percepção de uma ameaça, da humilhação, da raiva, da apreensão de sofrer outros ataques, da vergonha de ter que explicar aos filhos o que está acontecendo. Nessa extensa gama de emoções poderá ser difícil tentar separar aqueles sentimentos que não são apropriados para a preocupação legislativa daqueles que são ou daqueles que acompanham outros fenômenos que são. E os críticos das leis de discurso de ódio dirão que tal distinção não poderá ser realizada em casos da vida real (2012, p. 113).

Waldron opina que a resposta é realmente mais fácil do que a complexidade psicológica indica. Porque, em primeiro lugar, não devem ser tomadas decisões sobre a legalidade e ilegalidade de certos atos de fala com base numa análise caso a caso das emoções de determinadas vítimas. Ao invés disso, deve-se indicar categorias e modos de expressão que a experiência indica que são suscetíveis de ter um impacto na dignidade dos membros das minorias vulneráveis.

Sentimentos semelhantes a casos de discursos de ódio podem ser despertados por religiosos, por exemplo, que se deparam com uma imagem ofensiva de Jesus Cristo. Entretanto, o objetivo de leis contra o discurso de ódio deve ser sempre a dignidade no sentido em que ela repercute na posição da pessoa perante a sociedade e na segurança pública. Waldron diz que com isso não pretende o desenvolvimento de um teste específico e objetivo para diferenciar discurso de ódio de outras ofensas, apenas defende a distinção apesar do complexo psicológico vivenciado pelas vítimas nos dois casos (2012, p. 115).

Waldron rebate a ideia de que a distinção entre ofensas e agressões à dignidade seria mais delicada na temática da religião por ser um campo polêmico. Essa polêmica se deve ao fato de que os próprios religiosos tendem a receber críticas

à religião, como críticas ao grupo religioso. Trata-se de uma herança das leis blasfêmia. O autor ressalta que não deve haver distinção especial para a religião, mas a questão normalmente é mais difícil de ser analisada porque as pessoas têm uma empatia com relação ao sentimento dos religiosos quando a sua fé é atacada. Mas isso torna perigosa a extensão da aplicação das leis religiosas. As próprias leis de insulto religioso são comumente aplicadas aos insultos à religião como crença, e não aos insultos ao grupo religioso, quando, na verdade, deveriam estar acobertadas pela liberdade de expressão.

No capítulo reservado a contestar Baker, em uma de suas obras, Waldron diz que há duas questões que normalmente não são postas claramente, mas que devem ser consideradas no momento da discussão sobre a regulação ou não do discurso de ódio. De acordo com Waldron, aqueles que são contra a regulação do discurso, normalmente o fazem pela premissa de que o discurso de ódio não gera danos reais à sociedade, ou acreditam que os danos geralmente apontados são exageros. Por outro lado, os que acreditam na regulação do discurso de ódio devem fazê-lo sem negar que a regulação terá possíveis implicações negativas ao direito de liberdade de expressão, sacrificando, muitas vezes, o direito à publicidade, por exemplo, e liberdade da internet. Deve-se assumir que o ponto é fazer com que as mensagens não sejam audíveis ou visíveis e circulem na sociedade (2012, p. 149).

Waldron se debruça de maneira muito sincera sobre o tema e observa que alguns defensores de restrições de discurso de ódio propagam a ideia de que, uma vez que o discurso de ódio tende a silenciar minorias ou a excluí-las do debate social, o resultado da restrição desse discurso de ódio somente tende a ser positivo, no sentido de que a restrição terá o efeito de capacitar mais expressão do que prejudica-la. Waldron não nega que tal efeito talvez seja possível; no entanto, o autor ressalta que muitos países defenderiam suas leis de discurso de ódio, mesmo que comprovadamente o efeito não se produzisse (2012 p. 149). É preciso reconhecer, principalmente, que se trata de uma proposta de restrição com base no conteúdo do discurso (2012, p. 151).

O objetivo de Waldron é claro. Ele declara que é melhor admitir que o discurso de ódio está proibido onde está, por causa do efeito de seu conteúdo, que ajuda a minar a garantia de uma vida digna aos membros de grupos vulneráveis em uma sociedade. O instrumento, para tanto, é combater apenas discurso de ódio que seja expresso de forma abusiva, insultante ou ameaçadora (2012, p. 151), mas esse

não seria um objetivo justificável ou suficiente na cultura dos Estados Unidos – onde praticamente apenas se reprime o discurso que incita diretamente à violência –, alvo principal da obra do autor.

A favor da regulação, Waldron diz que não há razões concretas para que se argumente que o debate público sem regulação funcionará melhor. Nesse sentido, para o autor, não há que se falar em prejuízo democrático, apesar de haver um inevitável impacto na liberdade de expressão. A premissa de que o livre mercado de ideias leva à verdade é, para Waldron, nada além do que uma superstição (2012, p. 155).

O autor também rebate a ideia de direitos como trunfos, utilizada por Dworkin em teoria política. De acordo com Dworkin, se um indivíduo tem um direito, então é errado que lhe seja negado o exercício desse direito, mesmo quando se trate de medida de utilidade social. O direito de proferir um discurso supera as considerações de utilidade social que seriam promovidas se esse direito fosse tolhido. Waldron ressalta que tal argumentação é mais fácil de ser realizada em abstrato, mas quando se verifica a concretude de direitos obstados pelo discurso de ódio, a teoria dos direitos como trunfo enfrenta maiores dificuldades (2012, p. 159).

Waldron mais uma vez esclarece que, para sua concepção, o discurso de ódio a ser regulado é aquele que inclui uma perspectiva alta de violência e discriminação, mas que também representa um fracasso ou enfraquecimento da garantia de que as pessoas podem ir e vir e ministrar seus negócios sem medo de serem excluídos de forma subumana ou como cidadãos de segunda classe (2012, p. 160).

Para justificar democraticamente seu raciocínio, Waldron analisa o argumento de que a restrição ao discurso de ódio afetaria a legitimidade, invocado por Robert Post e Dworkin. Para rebater Post, Waldron diz que as leis do discurso de ódio não tem o condão de excluir os intolerantes do debate político. O motivo para que isso não aconteça, segundo Waldron, é que é perfeitamente possível argumentar contra uma lei antidiscriminação sem que para isso seja preciso envolver discurso de ódio (Waldron, 2012, p. 198). Por esse raciocínio, a legitimidade durante o diálogo pré-legislativo continua presente em casos de restrição ao discurso de ódio. O objetivo do discurso contra a lei poderia ser mantido, a restrição ocorreria somente quanto ao tipo de argumentação, com base na razoabilidade.

2.3

Legitimidade democrática em graus

Com relação à obra de Dworkin, Waldron entende que o autor considera a legitimidade democrática importante por uma questão de equidade durante o processo de elaboração das normas. É esperado que os racistas e fanáticos observem as leis adotadas pelas majorias democráticas, incluindo, por exemplo, as leis que proíbem a discriminação na educação e no emprego, porque acredita-se que tais leis emanam de um procedimento político justo no qual cada lado tem a oportunidade de apresentar sua opinião e pedir aos outros o seu apoio (2012, p. 177).

Waldron reconhece que a estrutura do pensamento defendido por Dworkin é bem fundamentada. Dworkin observa que as discussões sobre discurso de ódio frequentemente envolvem dois tipos de leis, e não uma. Por um lado, há as próprias leis de discurso de ódio, que restringiriam as expressões de hostilidade racial, ódio religioso, difamação de grupo, e assim por diante – que Dworkin denomina de *upstream laws*. Por outro lado, as leis que protegem as mesmas pessoas que supostamente também são protegidas por leis de discurso de ódio, são as leis contra a violência concreta, leis contra a discriminação, contra o bloqueio de acesso aos locais de votação, etc. – que Dworkin denomina de *downstream laws*.

Aqueles que apoiam leis de discurso de ódio muitas vezes dizem que elas são necessárias para abordar as causas de violações das *downstream laws*. Eles dizem que ao permitirmos o discurso de ódio, então estamos permitindo a causa que leva à violência e à discriminação. Dworkin entende de uma forma diferente e argumenta dizendo que quando há intervenção coercitiva no discurso através das *upstream laws*, então se estará minando a legitimação das *downstreams laws* (2012, p. 178). Waldron inicia rebatendo o argumento de Dworkin dizendo que atacar as causas da violência e da discriminação não seria a única motivação para implementar leis contra o discurso de ódio. O que chamaríamos leis de *upstream* não é promulgado para tornar mais fácil a aplicação das leis *downstream*, ou para reduzir o número de violações a tais leis, mas simplesmente para garantir a dignidade ou a reputação dos membros dos grupos vulneráveis (2012, p. 179).

Waldron resgata um artigo de Dworkin em que o autor explicitamente se opõe à proposta de proibição da pornografia sustentada por Catherine Mackinnon (1996). Na oportunidade, Dworkin argumentou primeiramente que, em razão da impossibilidade de comprovar a relação de causa e efeito da pornografia e da subordinação econômica da mulher, a censura resultaria em uma medida extrema e, por vezes, ineficaz para dirimir a desvalorização da mulher no mercado de trabalho. Em seguida, Dworkin argumenta que mesmo que essa relação de causa e efeito pudesse ser comprovada, ainda assim não havia razão suficiente para a proibição de tal discurso, sendo essa uma medida inconstitucional. A partir disso, Waldron entende que Dworkin é um autor que ignora completamente os efeitos sociais causados pelo discurso de ódio e argumenta que essa alienação não pode ser permitida (2012, p. 181).

Acredito que Dworkin não ignora completamente tais efeitos sociais. Ele parte do princípio que o discurso não é uma causa comprovada e, mesmo que fosse, não é a causa única para as desigualdades e injustiças sociais. A meu ver, ao dizer que mesmo que a relação de causa e efeito pudesse ser comprovada a censura não deveria ocorrer, Dworkin não está diminuindo a importância dos efeitos, mas está dizendo que os efeitos devem ser combatidos de outra forma, com leis que combatem mais ações do que palavras.

A favor das leis restritivas do discurso de ódio, porém, é possível argumentar que os ofensores não estão excluídos do debate democrático somente por conta da regulação. Waldron formula seu argumento neste sentido: na medida em que os meios de expressão proferidos pelos indivíduos são nocivos e na medida em que outros meios de expressão estão disponíveis para comunicar sua oposição às leis *downstream*, a perda da legitimidade referente às leis *downstream* incorrida como resultado da proibição da fala desses tipos particulares é mínima ou inexistente. Além disso, Waldron observa que a maioria das leis de ódio raciais e religiosas que existem no mundo definem um modo legítimo ou um fórum legítimo para expressão aproximadamente equivalente que não incorrerá em sanções legais (2012, p. 183).

Para Dworkin, a legitimidade democrática não corresponde apenas ao apoio popular, mas na possibilidade de que todos na sociedade possam se manifestar e é isso que justifica a obrigatoriedade de submeter à regulação da lei por todos os membros da sociedade. Waldron, apesar de acreditar que a lógica de Dworkin seja

interessante, entende que a aplicabilidade real da teoria é uma falácia. Como exemplo, Waldron cita a situação da Grã-Bretanha, onde vigoram leis que proíbem a expressão de ódio racial e religioso – leis *upstream*, cuja existência supostamente minaria a legitimidade de outras leis – e as leis que proíbem manifestação da discriminação racial, proibindo violência real e intimidação, protegendo mesquitas e sinagogas contra incêndio e profanação, por exemplo – leis *downstream*, cuja legitimidade é condicionada a não aplicação de leis *upstream*. Waldron, nesse ponto, duvida expressamente que Dworkin realmente aposta na ilegitimidade dessas leis contra violência e, portanto, acredita no uso abusivo da força por parte do Estado para que as leis sejam executadas (2012, p. 185).

Waldron ironiza a opinião de Dworkin trazendo casos de violência por discriminação religiosa argumentando que, segundo a opinião de Dworkin a polícia não pode interferir nesses ataques, pois, por haver leis repressoras do discurso de ódio, o combate à violência e discriminação religiosa se torna ilegítimo. Waldron ressalta também que a opinião de Dworkin não se opõe somente ao sistema da Inglaterra, mas também ignora o fato de que na maioria das democracias desenvolvidas há leis de combate ao discurso de ódio. A única exceção de democracia que corresponde às expectativas de Dworkin seria a dos Estados Unidos.

Contudo, Waldron percebe que qualquer teoria pode parecer falha quando aplicada de maneira literal ao extremo. Por isso, em exercício diferente, Waldron sugere testar a teoria de legitimidade democrática desenvolvida por Dworkin como incidente em algumas leis e não em outras. Às vezes uma lei *upstream* prejudicaria a legitimidade de algumas leis *downstream*, como as leis antidiscriminatórias, por exemplo; mas não prejudicaria a legitimidade de outras, como as de violência e vandalismo (2012, p. 187). O problema dessa interpretação, segundo Waldron, é que Dworkin entende que quaisquer manifestações são importantes, inclusive as manifestações que não discutem as leis propriamente. Portanto, complicada é análise do grau da perda de legitimidade em cada caso.

Outra interpretação possível, levantada por Waldron, seria que a legitimidade é relativa à pessoa. Ou seja, caso o Estado implemente uma proibição de determinada ideia, as leis *downstream* posteriores seriam legitimamente inaceitáveis para as pessoas silenciadas pelo Direito, ainda que possam legitimamente sofrer a coerção sob outras leis. Entretanto, deve-se ter em mente

que as leis reguladoras do discurso proíbem a todos daquela sociedade de expressarem incitações ao ódio racial, étnico ou religioso. Mesmo que sua aplicabilidade seja voltada para os extremistas, tais leis têm efeito em potencial no discurso de qualquer pessoa. Por isso, de acordo com Waldron, seria difícil identificar as bases da ilegitimidade democrática de acordo com a pessoa (2012, p. 188).

A terceira interpretação possível seria a aplicação da teoria da legitimidade democrática em graus. O cumprimento de leis de discurso de ódio diminui a legitimidade de leis *downstream*, mas não a destrói completamente. De acordo com Waldron, essa seria uma visão mais moderada e plausível da teoria de Dworkin. Waldron então sugere que ao falar em diferentes graus, também seria coerente falar em diferentes tipos de leis reguladoras do discurso. O exemplo de Waldron é ilustrativo. Em situação hipotética, imaginemos que uma pessoa na sociedade se oponha a uma determinada lei antidiscriminação porque nega que os destinatários da lei são dignos de proteção específica. Essa pessoa pode expressar sua opinião das seguintes formas:

- (i) Expressar seu desacordo com o amplo princípio abstrato de que os governos devem mostrar igual preocupação e respeito a todos os membros da comunidade.
- (ii) Expor alguma teoria racial que julga mostrar a inferioridade de certo grupo social.
- (iii) Dar a entender que os cidadãos que são protegidos pela lei antidiscriminação não são melhores do que os animais.
- (iv) Imprimir em um folheto ou dizer na rádio que esses cidadãos não são melhores do que o tipo de animais que normalmente procuraríamos exterminar, como ratos ou baratas.

As leis contra o discurso de ódio e a difamação de grupo, como presentes nas democracias existentes, são quase certas de restringir a hipótese “iv”, muito provavelmente restringir a “iii”, há alguma possibilidade de restringir “ii”, a depender da frequência que são expostos pela sociedade. Por outro lado, a maioria dessas leis permite uma maneira legal de expressar o ponto de vista. Segundo Waldron, é possível expressar, de um modo legítimo, o conteúdo aproximadamente equivalente. Waldron também ressalta que, embora as restrições ao discurso do ódio

sejam indubitavelmente restrições baseadas em conteúdo, elas também exigem a presença de certos elementos intencionais (2012, p. 190).

Na visão de Waldron, assim, seria possível aceitar a teoria de Dworkin se a interpretação da teoria da legitimidade democrática fosse realizada em graus. Dessa forma, uma lei que proíbe expressões do tipo “i” a “iv”, teria um efeito mais grave sobre a legitimidade das leis downstream do que uma lei que proibisse somente a expressão do tipo “iv”. Caso todas as leis repressoras do discurso regulassem sobre expressões do tipo mais grave, haveria um efeito mínimo sobre a legitimidade do Direito *downstream*. Até aproveitando a parte que julga interessante da teoria de Dworkin, Waldron entende que reforça que não deve haver repressão a ofensas, mas somente ao último grau de expressões detestáveis e, conseqüentemente, menor grau da legitimidade democrática restará prejudicado.

Waldron acredita que, em alguma medida controlável e ideal, até o racismo e intolerância religiosa podem trazer benefícios para a sociedade, reavivando convicções igualitárias do restante da sociedade (2012, p. 194). Deve-se permitir que os odiosos participem do processo político porque, ao se manifestarem contra leis politicamente corretas, o restante da sociedade iria se opor e os odiosos iriam perder e, conseqüentemente, teriam de aceitar o rumo político. Caso não sejam ouvidos, haverá um inevitável incentivo à revolta. Mas, para Waldron, como as leis reguladoras do discurso deveriam ser reservadas para a repressão do discurso mais radical e perigoso, há a crença de que tal tipo de lei, por si só, não tem o condão de excluir os odiosos do debate político (2012, p. 198).

Assim, Waldron utiliza um dos argumentos elaborado pelo próprio Dworkin contra ele. Em obra voltada especificamente para o tema da democracia, Dworkin (2006, p. 112) diz que a legitimidade democrática não é uma questão de “tudo ou nada”, mas uma questão de grau. Com isso, Dworkin pretende dizer que um governo pode, de boa fé, seguir um curso de ação que, na verdade, acaba por influir no tratamento de igualdade entre cidadãos, mas sem que o princípio igualitário em abstrato seja totalmente violado. No caso, leis contra o discurso de ódio (*upstream laws*) podem diminuir em certo grau a legitimidade de leis contra discriminação (*downstream laws*).²⁷ Entretanto, Waldron entende ser totalmente plausível uma

²⁷ Dworkin entende que existem duas categorias de leis sobre o discurso de ódio. A primeira categoria seriam as leis contra o discurso de ódio em si mesmas, que restringem expressões de incitação ao ódio racial ou religioso; e segunda categoria englobaria as leis que protegem as pessoas

diminuição da legitimidade para a preservação da dignidade. Pelo mesmo motivo que a legitimidade estaria apenas diminuída e não extinta, Waldron argumenta que a não manifestação dos intolerantes contra as leis antidiscriminação mediante discurso de ódio não seria, por si só, um motivo para não cumprir tais leis.

Sobre a preocupação com relação ao sistema majoritário, Waldron a julga estranha. Sem dúvida, há casos em que as majorias legislam interesses, em detrimento das minorias vulneráveis: o legado das leis de segregação e leis anti-imigração nos lembra disso. Mas as leis de discurso de ódio representam quase exatamente o oposto: uma maioria legislativa que se inclina para garantir que as minorias estejam protegidas contra o ódio e a discriminação que de outra forma poderia ser endêmica na sociedade.

Por isso, Waldron entende que a jurisprudência constitucional americana exagera ao dizer que a legislação majoritária simplesmente promove os interesses da maioria à custa das minorias vulneráveis, que, por conseguinte, necessitam de proteção por parte dos tribunais. No entanto, discurso de ódio é uma área onde, contra todas as probabilidades, as majorias nos provariam que estamos errados ao assumir essa presunção. Em toda a democracia avançada onde é concedida a oportunidade, as majorias legislam para estabelecer esse tipo de proteção porque se preocupam com a situação das comunidades minoritárias (p. 202 e 203).

Entendo que Waldron possui uma visão um tanto distorcida nessa questão. Ao menos no Brasil, é totalmente plausível vislumbrarmos um caso em que a bancada evangélica se torna maioria no Congresso, aprove leis que proíbam o uso de símbolos religiosos em manifestações e a lei da “cristofobia”, que já foram temas de propostas legislativas – sendo que é questionável que um cristão seria grupo vulnerável no Brasil, em razão de corresponder à maioria da população e ter alta representatividade política –, e que vetem projetos de lei que regulem discursos homofóbicos, por exemplo.

Em resposta às críticas de Waldron, Dworkin explica melhor sua posição. Ele afirma que Waldron parece pressupor que o governo tem a obrigação de tratar

que também são protegidas pelas leis do discurso de ódio, mas nesse caso seriam as leis contra os atos discriminatórios e violentos em si. Para essas duas categorias, Waldron as denomina *upstream law* – a primeira categoria – e *downstream law* – a segunda categoria.

Cf.: WALDRON, Jeremy. Hate Speech and Political Legitimacy. In.: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. *The Content and Context of Hate Speech*. Cambridge University Press, 2012, Kindle Edition, Location 9322 of 15704.

com igual respeito e consideração todos os membros da comunidade política porque todos esses membros também têm essa obrigação individualmente. Entretanto, ao analisar o discurso de ódio, Waldron entende que é preciso um balanceamento por parte do governo: por um lado o governo comprometeria a legitimidade por não conferir aos racistas o mesmo tratamento conferido às outras pessoas em suas manifestações; por outro lado, no caso de discursos de ódio, o Estado estaria prevenindo os intolerantes de obstruir a participação dos cidadãos alvos do discurso. O equilíbrio estaria justificado porque os danos que o discurso ocasiona em relação aos seus alvos superariam os danos que o Estado realiza com relação aos racistas ao comprometer seus direitos democráticos.

Dworkin argumenta dizendo que o pressuposto da ideia de Waldron está incorreto, pois é preciso diferenciar as responsabilidades e direitos do governo das responsabilidades dos indivíduos quando atingidos coletivamente e coercitivamente na política. Os indivíduos não precisam ter a mesma preocupação que têm com relação àqueles com quem se importam para com outros da mesma sociedade que não compartilham da mesma convicção ética. O governo, por sua vez, não deve ter convicção ética e muito menos forçar alguma convicção aos cidadãos dissidentes. Nas palavras de Dworkin, o governo deve reconhecer o direito a uma independência ética. Isso implicaria dizer que os indivíduos não devem ser prevenidos de expressar as suas convicções dissidentes.²⁸

Uma questão que nenhum dos autores observa é a dificuldade de mensurar, em determinado caso, se a legitimidade foi observada ou não, pois a participação de indivíduos ocorre em maior ou menor grau. Decisões são tomadas todos os dias no Congresso sem que a população saiba realmente do que se trata, às vezes não por uma questão de falta de publicidade, mas, simplesmente, porque é complicado ter uma parcela grande da população envolvida em toda e qualquer discussão política travada. Nenhum dos autores explora esse aspecto, apesar de Dworkin parecer entender que a exclusão das pessoas no debate através da proibição do discurso é por si só violadora da legitimidade - ainda que os indivíduos não exerçam

²⁸ Ver mais em:

DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. In.: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. *The Content and Context of Hate Speech*. Cambridge University Press, 2012, Kindle Edition, Location 9622 of 15704.

o poder argumentativo e mesmo que por falha do próprio Estado, como no caso em que falta publicidade.

Dworkin ainda argumenta que Waldron restringe-se apenas à discussão sobre o banimento do discurso de ódio que são mais simples de serem identificados, como os discursos que declaram que algumas pessoas não são melhores que certos animais, como ratazanas, e por isso precisam ser exterminadas. Entretanto, Dworkin pondera: esse não seria o real perigo. O perigo real está presente em discursos que dizem, por exemplo, que o Holocausto foi uma invenção dos judeus; que o Islã não contribuiu em nada com a cultura do mundo; declarações essas que não implicam em dizer que qualquer ser humano não é melhor que um animal e que deve ser exterminado como uma barata e tampouco implica dizer que alguém não tem a dignidade inerente à condição de ser humano. A inspiração no sistema Europeu, diz Dworkin, deve se preocupar com o discurso que realmente é usado e é capaz de inspirar ódio. Complementa, por fim, que o impacto da história realmente influencia nas convicções sobre o discurso de ódio, mas as explicações sobre a gênese de uma convicção não são um argumento a favor de sua verdade.²⁹

2.4

Contribuições da Teoria Performativa da Linguagem para o debate

Ainda que a análise filosófica da linguagem do discurso de ódio não esteja no âmbito desta pesquisa, algumas questões tratadas na teoria performativa da linguagem contribuem para o debate entre Waldron e Dworkin. A primeira delas é quanto à consideração das relações de dominação na sociedade, que são externadas ou concretizadas através do discurso de ódio.

²⁹ Nas palavras de Dworkin:

“Europeans have said to me, on many occasions, that their history is different from and darker than that of the United States, and that if I had been born in Europe, I would share their opinion rather than the reflex First Amendment tic they think an American disease. The may be right about the impact of history on conviction: A great many distinguished and otherwise liberal European political philosophers do support censorship on this area, although of course others do not. In any case, however, explanation of a conviction’s genesis is not an argument for the truth.”

Cf.: DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. In.: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. *The Content and Context of Hate Speech*. Cambridge University Press, 2012, Kindle Edition, Location 9648 of 15704.

Um dos principais argumentos dos defensores da regulação do discurso é que não seria possível falar de legitimidade democrática sem considerar que o discurso de ódio, quando praticado, pode causar um silenciamento e exclusão informal das vítimas do discurso no debate público. Enquanto essa questão não é enfrentada propriamente por Dworkin, Waldron parece considerá-la, ainda que não a mencione diretamente, ao dizer que a violação da dignidade ocorre quando o discurso tem impacto sobre os direitos fundamentais da pessoa perante a sociedade e que a regulação é uma forma de garantir a própria manutenção da democracia.

Mari Matsuda (1997, p. 18), em sua proposta de criminalização do discurso de ódio, classifica tal ato de fala como ilocucionário, o que significa que, no momento do seu proferimento, o discurso atribui ao seu receptor uma posição social inferior a daquele que proferiu o discurso – o discurso, assim, assume uma força ilocucionária, no sentido de cumprir o que se propõe. O discurso de ódio tem o potencial de invocar e reestruturar uma nova relação de dominação, que se repete e se perpetua em subjugamento social. No mesmo sentido, Catharine Mackinnon entende que o discurso de ódio realiza um imperativo capaz de concretizar o que profere (Mackinnon, 1996, pp. 13-14).

John Austin, por sua vez, entende que a força ilocucionária se consolida através da repetição do discurso no tempo (Austin, 1990, p. 88-89), capaz de criar uma “esfera de operação” que não se restringe ao momento do enunciado. Essa ideia remete a toda questão histórica e contextual que envolve a discriminação. O discurso de ódio repetido ou perpetuado é capaz de consolidar um *status* de discriminação que oprime grupos ao longo dos anos e que se renova a cada novo ato praticado. O discurso de ódio, a partir dessa ótica, é visto como uma força violenta *per se* (Butler, 1997, p. 2), que não precisaria culminar em atos para a configuração da violência, uma vez que é capaz de ameaçar a própria existência do humano, desconstruindo a condição de sujeitos e reconstruindo-a de acordo com a vontade do outro. Esse pensamento é, contudo, contrário ao que entende a maior parte da doutrina norte-americana, que tende a separar discursos de atos, sendo apenas puníveis as ameaças comprovadas reais e iminentes a violência física.

Especial atenção deve ser conferida à Butler, nessa questão. A autora segue a na mesma linha de Matsuda e Austin, no sentido enfatizar mais a nocividade do discurso liberal que culmina em manifestação de ódio do que os efeitos positivos de um livre debate, mas, apesar de sua perspectiva, a autora ainda demonstra grande

desconfiança da utilidade de uma regulação estatal do discurso de ódio. A regulação estatal, classificada com ato de força soberano, geraria efeitos semelhantes ao da censura prévia, pois, tratando-se de regramento geral, incidiria tanto sobre um discurso de ódio propriamente dito, como sobre discursos que, a princípio, seriam ofensivos, mas que, por estarem inseridos em um novo contexto, são ressignificados em uma utilização subversiva do termo (Salih, 2015, p. 144).

Com isso, Butler pretende dizer que nenhum discurso é ofensivo por si só; as palavras sempre devem ser contextualizadas e contêm, em si, uma historicidade, e a regulação pelo legislador ou judiciário é um risco, pois nem sempre assumem uma posição favorável aos críticos do discurso de ódio, impedindo até uma ressignificação livre do discurso. Dentre os riscos em maior potencial estão o *chilling effect*³⁰ e o efeito de superinclusão da norma (1997, p. 20-23).

Além disso, Butler entende que nem toda manifestação é proferida de maneira controlada pelo emissor do discurso. Nesse sentido, a fala excitante seria a fala fora do controle, que pode, inclusive, ser motivo para a retirada da responsabilidade do agente, pois não atacam as causas que interpelam o agente que propaga o discurso (Salih, 2015, p. 146). Butler, então entende que o discurso de ódio pode ter efeitos perlocucionários, ou seja, imprevisíveis, e não apenas a pura e simples concretização do ato de fala. Mesmo com os receios aqui levantados, Butler diz que, em alguns casos, o discurso de ódio deve ser reprimido, mas a autora não especifica quem ou o quê deverá ser processado nessas ocorrências, devendo sempre dar preferência a outras medidas não legais. A própria expropriação e ressignificação subversiva a linguagem opressiva é uma alternativa visualizada pela autora (Salih, 2015, p. 150).

Algumas questões permanecem sem solução na teoria de Butler. A principal delas é como ressignificar discursos que contêm em si toda uma carga de historicidade, como a própria autora sustenta? De qualquer forma, a teoria performativa da linguagem permite pensar outras problemáticas do tema em uma perspectiva distinta da jurídica usual, o que contribui imensamente para (re)pensar a complexidade do tema.

³⁰ Tal efeito faz com que, muitas vezes, cidadãos e imprensa deixem de expressar opiniões, mesmo as de interesse público, gerando uma “autocensura”, pelo receio de responderem por sanções cíveis ou criminais, dada a grande tendência dos tribunais de condenarem desproporcionalmente os “abusos” à liberdade de expressão (Toller, 2010, p. 106).

No próximo capítulo apresentaremos estudo mais concreto, de análise de jurisprudência estrangeira sobre o tratamento do discurso de ódio contrarreligioso, nos Sistemas Americano e Europeu.

3

Panorama internacional de combate ao discurso de ódio contrarreligioso e perseguição religiosa

3.1

Sistema americano de combate ao discurso de ódio contrarreligioso

3.1.1

Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComIDH) – órgão consultivo da OEA – e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – órgão judicial – tratam de violações generalizadas e grosseiras aos Direitos Humanos e não de queixas individuais, pois não existem petições individuais direcionadas a tais órgãos. A CIDH julga com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, cujos princípios foram consagrados anteriormente na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional (Hare, 2009, p. 68).

3.1.1.1

Panorama geral da legislação americana

A liberdade de expressão é prevista e garantida no artigo 13 da Convenção Americana, excluindo-se a possibilidade de censura prévia.³¹ A restrição à liberdade de expressão consta nos parágrafos do mesmo artigo em questão: a propaganda de guerra e a apologia ao ódio que constitua incitação à violência são discursos proibidos.

A CIDH tem indicado, respeitando a jurisprudência internacional na matéria, que a imposição de sanções pelo abuso da liberdade de expressão por conta de incitação à violência – incitação ao cometimento de crimes, à ruptura da ordem pública ou da segurança nacional – deve ter como pressuposto a prova de que a pessoa tinha a clara intenção de cometer um crime e a possibilidade atual, real e efetiva de alcançar seus objetivos (Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão, 2014, p. 20).

A CIDH também tem considerado, assim, que certas restrições à liberdade de expressão são admissíveis, além disso, a concordância entre as restrições à liberdade de expressão e a Convenção Americana deve ser avaliada em relação aos fatos do caso em sua totalidade, considerando o contexto em que ocorreu, não se sujeitando somente à análise do discurso em questão. Para a CIDH, a avaliação da importância do discurso para o debate democrático sobre temas de interesse público são elementos que devem ser positivamente avaliados pelo juiz ao estabelecer possíveis responsabilidades ulteriores. Por esse motivo, algumas formas de discurso contam com uma margem reforçada de proteção: (a) o discurso político e sobre assuntos de interesse público, (b) o discurso sobre funcionários públicos no exercício de suas funções ou sobre candidatos a exercer cargos públicos, e (c) o discurso que expressa um elemento essencial da identidade ou da dignidade pessoais (Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão, 2014, p. 32 e 33).

O artigo 13, parágrafo 2º da Convenção Americana exige o cumprimento de três seguintes condições básicas para que uma restrição do direito à liberdade de expressão seja admissível: a restrição deve ter sido prevista através de uma lei,

³¹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é de suma importância para o Direito brasileiro. Incorporada por meio do Decreto nº 678, de 1992, deveria ser tida como uma das regras mais relevantes sobre liberdade de expressão. Embora a Convenção Americana vigore em nosso ordenamento com força de norma suprallegal, as disposições sobre liberdade de expressão e a jurisprudência que a Corte Interamericana – na condição de intérprete final da Convenção – produziu sobre o tema são ignoradas pelos juízes e tribunais brasileiros, que não as reconhecem como normas jurídicas aptas a produzir efeitos no ordenamento interno e não são aplicadas (Mello, 2016, p. 222).

orientando-se à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos fins buscados. As restrições não devem equivaler à censura prévia, e, por isso, só podem ser estabelecidas por meio de responsabilidades ulteriores e proporcionais.

A jurisprudência da CIDH ressalta também que um dos requisitos fundamentais do direito à liberdade de expressão é a necessidade de que exista uma ampla pluralidade na informação. Atualmente, os meios de comunicação de massa, como a televisão, o rádio e a imprensa, têm um inegável poder na formação cultural, política, religiosa, etc., de todos os habitantes. Se esses meios são controlados por um reduzido número de indivíduos, indiretamente se estará criando uma sociedade na qual um número reduzido pessoas exercerá o controle sobre a informação que será recebida pelo restante da sociedade, obstando o funcionamento adequado da democracia, que necessita do enfrentamento de ideias, do debate, da discussão, a partir de fontes de informação amplas e plurais. Por isso, ressalta-se a necessidade de exigir dos Estados o cumprimento da obrigação de evitar monopólios ou oligopólios dos meios de comunicação (Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão, 2014, p. 80).

As demandas apresentadas perante à CIDH envolvendo o direito à liberdade de expressão frequentemente relacionam-se com assuntos políticos, processos eleitorais e figuras públicas. Em muitos casos, se está diante de um processo de consolidação democrática, em que os fatos ocorrem na transição de uma ditadura para a democracia, momento em que a proteção da liberdade de expressão se mostra particularmente relevante (Falsarella, 2012, p. 156).

Sobre o tema do discurso de ódio contrarreligioso, a Relatoria Especial da Organização dos Estados Americanos para a Liberdade de Expressão, em cooperação com a Relatoria Especial das Nações Unidas e com a Relatoria Especial da Comissão Africana de Direitos Humanos, emitiu, em 2008, uma declaração conjunta sobre Difamação de Religiões e legislação antiterrorista e antiextremista, como mecanismo internacional para a promoção da liberdade de expressão.³² Tal declaração deve funcionar como orientação para que os países Americanos possam

³² Ver Declaração Conjunta sobre Difamação de Religiões e sobre Legislação Antiterrorista e Antiextremista. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=735&IID=4> (acesso em 28 dez. 2016).

julgar casos que envolvam liberdade de expressão e religião de forma mais coerente.

A declaração inicialmente reconhece a importância do debate aberto sobre todas as ideias e fenômenos sociais e enfatiza que existe diferença fundamental entre a crítica a uma religião, crença ou escola de pensamento e ataques contra indivíduos em razão de sua adesão a religiões ou crenças. Apesar de reconhecer que a livre utilização de estereótipos negativos conduz à discriminação e reduz a capacidade do grupo alvo, a declaração ressalta também que a melhor forma de combate os preconceitos sociais é por meio de diálogo aberto, ainda que seja apropriado proibir a incitação ao ódio, à discriminação e à violência.

Consta no documento, ainda, que aumenta cada vez mais o número de países que optam pela abolição de restrições à liberdade de expressão para proteger a religião – como ocorre na drástica redução de leis contra a blasfêmia –, e aproveita para repudiar tal tipo de proteção especial conferida à religião, uma vez que leis desse tipo terminam por reprimir críticas legítimas contra dogmas e líderes religiosos.

Também é reconhecido na declaração que, por vezes, as leis antiterrorismo e antiextremismo restringem indevidamente a liberdade de expressão e o acesso à informação, devendo-se buscar formas efetivas de combate ao terrorismo, de modo que não enfraqueçam a democracia ou os Direitos Humanos, pois, inclusive, a preservação dos dois valores deveria ser o principal objetivo de tais leis. Reconhece-se, por fim, a importância dos meios de comunicação no dever social de informar o público, inclusive sobre terrorismo.

É estabelecido que o termo “difamação de religiões” é incompatível com os padrões internacionais relacionados à difamação, uma vez que o termo “difamação” se refere à proteção da reputação dos indivíduos e não das religiões, que, por sua vez, não têm direito à reputação. As restrições à liberdade de expressão, de acordo com a declaração, devem se limitar apenas à apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, direcionada às pessoas e que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Sobre as restrições a expressões relativas ao terrorismo, essas devem se restringir aos casos de incitação intencional ao terrorismo, que ocorre apenas com o imperativo direto à participação no terrorismo e que seja diretamente responsável por um aumento na probabilidade de que ocorra um ato terrorista, ou o comando de

atos terroristas. As noções vagas, como o provimento de apoio em comunicações ao terrorismo, ao extremismo, ou a “promoção” do terrorismo ou do extremismo, e a mera repetição de afirmações terroristas, que, em si mesmas, não constituem incitação, não devem ser criminalizadas, de acordo com a declaração.

3.1.1.2

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O desenvolvimento da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos iniciou-se em 1965. Dentre os casos que foram decididos com base no artigo 13 da Convenção Americana, o único caso relevante para o debate do discurso de ódio contrarreligioso é o caso sobre o filme “A Última Tentação de Cristo” [*The last temptation of Christ*], no Chile, julgado em 2001 pela CIDH.³³ Esse, inclusive, foi o primeiro caso em que a CIDH reconheceu o fundamento democrático da liberdade de expressão e também foi o primeiro em que houve condenação por infração ao direito à liberdade de expressão (Falsarella, 2012, p. 160).

O caso trata do direito de receber informações contra a restrição à liberdade de expressão. O filme teve sua estreia no Chile em 1988, sendo então submetido ao Conselho de Qualificação Cinematográfica, que determinou a proibição da veiculação do filme por ser ofensivo à figura de Jesus Cristo.

Em 1996, novo parecer foi emitido pelo Conselho de Qualificação Cinematográfica, desta vez, autorizando a exibição do filme para maiores de 18 anos. Um grupo de advogados recorreu da decisão à Corte de Apelações, obtendo nova proibição à exibição do filme. Em 1997, então, a censura ao filme foi mantida pela Corte Suprema do Chile.

Entendendo haver grave violação aos Direitos Humanos, outro grupo de advogados encaminhou o caso para a CIDH, que ressaltou que a única hipótese de censura prévia admitida se refere à proteção das crianças e adolescentes. Embora muitas pessoas achem o filme chocante, a CIDH observou que outras pessoas poderiam achá-lo ilustrativo e instrutivo, não devendo o filme ser classificado como

³³ Caso “A última tentação de Cristo”. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_ing.pdf (acesso em 28 dez. 2016).

blasfêmia. É preciso que as pessoas tenham acesso à informação para que possam formular suas próprias opiniões sobre a religião.

O Chile foi condenado por violação ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege o direito à liberdade de expressão. A CIDH determinou que o ordenamento jurídico do Chile fosse modificado de forma a não mais contemplar a possibilidade de censura prévia. Conforme determinado, o país alterou o dispositivo interno que permitia a censura prévia.

3.1.1.3

Entendimentos firmados no sistema interamericano

Apesar da escassa jurisprudência da CIDH envolvendo o tema, não sendo possível compreender de forma segura a tendência da Corte, algumas lições importantes podem ser extraídas: a regulação do discurso de ódio deve ser mais estrita possível, não podendo abranger, em alguma hipótese, a ofensa aos dogmas religiosos; a crítica religiosa é importante e saudável para o debate democrático; além disso, é preciso permitir amplo acesso a informações para que as pessoas possam formular opiniões próprias a respeito da religião.

3.1.2

Estados Unidos

A redação da Constituição estadunidense de 1787, como aprovada, não continha dispositivos dedicados à liberdade de expressão. Posteriormente, a Primeira Emenda à Constituição de 1791 – conhecida como *Bill of Rights* – inscreveu, de modo definitivo, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa no rol de direitos fundamentais, determinando, em sua redação que:

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Mas foi apenas no séc. XX, após a segunda Guerra Mundial, que o direito passou a ser protegido pelo judiciário norte-americano – em 1931, a maioria da Suprema Corte aplicou a garantia constitucional da liberdade de expressão no caso *Stromberg Vs. California* (Lewis, 2011, p. 58).³⁴ A partir do momento em que se passou a aplicar a Primeira Emenda na jurisprudência, a Suprema Corte norte-americana enfrentou o desafio de ter de definir caso a caso o que significavam as palavras da Emenda.

A Corte passou a reconhecer na regra, duas cláusulas protetivas: a primeira parte da norma passou a ser conhecida como “cláusula de estabelecimento” e a segunda parte como “cláusula de livre exercício”. Ambas as cláusulas determinam de que forma o Estado deve agir na garantia da liberdade de expressão em sentido lato (Leite, 2014, p. 91). A cláusula de estabelecimento trata de impedimentos não permitidos de serem fixados por parte do Estado e a cláusula de livre exercício trata da garantia das condições necessárias para que a liberdade se concretize.

Na tentativa de balizar os limites da liberdade de expressão, muitos juristas originalistas intentaram resgatar a intenção dos fundadores constituintes. Entretanto, não foi uma tarefa fácil de ser cumprida, pois os escritos de Madison quase não continham impressões sobre a liberdade de expressão. O reconhecimento da liberdade de expressão, como direito forte e consolidado, foi feita basicamente por construção jurisprudencial. Casos como *NY Times Vs. Sullivan*,³⁵ *Near Vs. Minnesota*, *Cantwell Vs. Connecticut* e *Hustler Magazine, Inc. Vs. Falwell* são exemplos de importantes precedentes sobre a liberdade de expressão.

Diante da consolidação da liberdade de expressão, tanto a jurisprudência, como a doutrina estadunidense, adotam expressamente a tese da preferência de alguns direitos fundamentais sobre outros. Dentre os direitos considerados mais importantes, a liberdade de expressão, quando em conflito com direitos da personalidade, tem a prevalência presumida. Tal doutrina originou-se na Suprema Corte norte-americana, concedendo à liberdade de expressão uma posição mais

³⁴ A era do Republicanismo que antecedeu a valorização da liberdade de expressão exaltava o Protestantismo para manutenção do bem comum. Somente com a transição política para o regime democrático que ocorreu entre os anos 20 e 30 é que o cenário da jurisprudência passou a ser diferente, concedendo maior destaque à liberdade de expressão (Feldman, 2006, p. 451 - 453).

³⁵ Em *NY Times Vs. Sullivan* (1964), um dos casos mais emblemáticos julgados pela Suprema Corte ficou assentado no Direito Constitucional norte-americano que, mesmo diante de afirmações falsas que atinjam as suas reputações, as autoridades públicas só podem obter indenizações por danos se lograrem demonstrar que o responsável agiu com dolo real [*actual malice*] ou eventual [*reckless disregard of whether it was false or not*].

forte ou de maior eficácia durante a análise do balanceamento. A preferência, no entanto, ocorre apenas de forma *prima facie*, ou seja, ao final da análise do caso, é perfeitamente possível que liberdade não prevaleça sobre o outro direito. A Corte, portanto, não só se tornou mais protetora da liberdade de expressão, como também elaborou uma teoria racional de uma ampla proteção baseada na democracia pluralista, na manifestação de diferentes indivíduos e de diferentes perfis. A proteção da liberdade de expressão era "imperativa" porque representava o próprio fundamento do governo constitucional (Feldman, 2006, p. 454).

Justifica-se o estabelecimento da preferência *prima facie* pela: (i) importância da liberdade de expressão na descoberta da verdade; (ii) por gerar a autossatisfação, a liberdade de expressão é um direito valorativo em si mesmo; (iii) a liberdade de expressão é essencial para a democracia; (iv) deve-se preservá-la no maior grau possível, pois há uma suspeita dos interesses governamentais (Chequer, 2011, p. 97).

É preciso considerar que a tradição histórica americana sempre tendeu a conferir à Primeira Emenda uma interpretação “libertária”, desde quando aplicada, em oposição a uma postura mais ativista, que apenas vigorou em momentos pontuais da história americana. A ordem constitucional estadunidense se consolidou em torno dos direitos fundamentais de primeira geração, e, embora tenha acompanhado a evolução histórica dos direitos fundamentais de liberdade para os de igualdade, com a 13ª Emenda, ainda atribui àqueles, peso muito maior do que aos “direitos sociais”. E, quando se trata de conflito entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa – liberdades que equivalem a direitos de primeira geração, abarcados pela Primeira Emenda –, há uma tendência em favorecer a liberdade de expressão, uma vez que uma sociedade plural deve incentivar a coexistência de diversas crenças, valores e interesses preexistentes e a prevalência de uma crença específica – ainda mais quando eivada de certeza – gera um prejuízo para toda comunidade plural (Feldman, 2012, 455).

No mesmo sentido da concessão do direito preferencial *prima facie* à liberdade de expressão, de acordo com a doutrina do *overbreadth*, se uma lei é escrita de forma bastante ampla, de modo que impeça a liberdade de expressão, então a lei pode ser invalidada (Alexander, 2011, p. 439 - 440). A liberdade de expressão é sempre a premissa inicial, o que não está abarcado pelo direito à livre

expressão deve ser precisamente delimitado para que o direito não reste injustamente prejudicado (Chen, 2003, p. 31).

Apesar de a regulação do discurso de ódio não ser bem sucedida no Direito norte-americano e do caráter peremptório do texto da Primeira Emenda, há algumas leis limitadoras do discurso, não sendo a liberdade de expressão um valor absoluto, (Wahl, 2012, p. 387-388 e 391). Há determinados campos que são amplamente considerados fora da Primeira Emenda, como os casos que incitam diretamente à violência, ao tumulto, à desordem.

Fighting words [entendidas como palavras que incitam violência] e *true threats* [“verdadeiras ameaças”] são expressões que podem ser regulados nos Estados Unidos, pois possuem a intenção de causar um ato ilegal de violência a um indivíduo ou grupo de indivíduos. A intimidação, por exemplo, é considerada uma espécie de *true threat*. A pessoa direciona a ameaça ao grupo de pessoas com a intenção de causar medo, tem o objetivo de causar lesão ou até morte. Para os Estados Unidos, as restrições às *fighting words* não são classificadas de tal forma visando à salvaguarda das vítimas,³⁶ mas para a manutenção da ordem e paz pública. Além disso, a obscenidade e a difamação são outras categorias de discursos limitadas (Wahl, 2012, p. 391; Sarmento, 2006, p. 215).

Nesse sentido, é possível perceber que os Estados Unidos diferem da maioria das sociedades ocidentais no tratamento do discurso de ódio, sendo protegido, por exemplo, o direito de negar a ocorrência do Holocausto (Lewis, 2011, p. 187). Restringem-se o mínimo possível os discursos, no que tange somente à violência iminente. Isso porque a doutrina e a jurisprudência estadunidense distanciam os discursos dos atos. As palavras nem sempre culminam em atos; apenas diante da prova da iminência do ato provocado por palavras é que se constata o perigo do discurso e tal perigo normalmente está mais ligado à forma do discurso. Por isso, leis que regulam a expressão baseados em conteúdo normalmente se presumem inválidos e os Estados e o Governo Federal têm o ônus de provar que não violam a Primeira Emenda.

³⁶ Nesse sentido, Frederick Schauer sustenta que qualquer princípio de liberdade de expressão deve proteger pelo menos alguma fala prejudicial apesar dos danos que ela pode causar. Cf.: SCHAUER, Frederick. *Harm(s) and the First Amendment*. University of Virginia School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2012. p. 1.

Quando ocorre uma restrição à liberdade de expressão com base no conteúdo do discurso, porém, essa restrição deverá se referir a uma classe por inteiro. Se uma classe da pornografia é proibida – por exemplo, a classe da pornografia infantil –, esta deve ser restringida por inteiro, e não apenas um tipo específico de pornografia infantil. Assim, seria constitucional a restrição com base em todos os tipos de discriminação e não somente naquelas referentes a raça, cor, credo, religião ou sexo. E, ao invés de fazer uso da teoria da ponderação para balancear a utilização do princípio da liberdade de expressão contraposto a formas de discriminação, a Suprema Corte norte-americana prefere identificar os limites, para saber se a lei encontra-se dentro das fronteiras impostas pela defesa e proteção do discurso (Potiguar, 2012, pp. 67 e 68).

Um dos argumentos mais utilizados nos Estados Unidos em favor da maior flexibilidade dos discursos, ainda que ofensivos, é que tais discursos nos tornam cientes de crenças terríveis e reforça nossa decisão de combatê-las (Lewis, 2011, p. 192; Baker, 2008, p. 16). Além disso, de acordo com o pensamento norte-americano, toda vez que se opta pela restrição de um tipo de discurso, corre-se o risco de ampliar a margem proibitiva até o momento em que a população se verá eivada de sua liberdade. Tal teoria recebe o nome de *Slippery Slope*, sob a metáfora de que não se sabe até ponto é possível restringir a liberdade de expressão sem deslizar na “rampa escorregadia” (Lode, 1999). Inclusive, demonstrando a preocupação em manter estreita a margem de restrição à liberdade de expressão, a jurisprudência da Suprema Corte sobre a Primeira Emenda torna claro que a liberdade de expressão contida no interesse de grupos historicamente marginalizados não pode ter peso maior do que a de quaisquer outros grupos (Oxford Human Rights Hub, 2012 p. 24).

3.1.2.1

Jurisprudência estadunidense

Em 1969 a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brandenburg Vs. Ohio*.³⁷ Uma reunião do *Klu Klux Klan* foi documentada por um repórter e o

³⁷ *Brandenburg Vs. Ohio*. Disponível em:

conteúdo foi reproduzido em nível estadual e nacional. Os membros do clã usavam pistolas, rifles, bíblias e capuz vermelho e durante a reunião veiculada ocorreu a queima de uma cruz.

A maioria das palavras estava incompreensível quando a gravação foi ao ar, mas algumas frases soltas podiam ser escutadas, denegrindo a imagem dos negros e dos judeus. Foram registradas as seguintes ofensas: “Nós não somos uma organização de vingança, porém, se o Presidente, nosso Congresso, nossa Suprema Corte continuarem a suprimir o branco, raça caucasiana, é possível que possa ocorrer vingança” (tradução livre)³⁸ e “Pessoalmente, eu acho que os crioulos deveriam ser devolvidos para a África, os Judeus devolvidos para Israel” (tradução livre).³⁹

Em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Estado de Ohio condenou Brandenburg, líder da *Ku Klux Klan*, por apologia ao crime sob o Estatuto Criminal de Ohio, que proibia defender o dever, a necessidade, ou cometimento de crimes, sabotagens, violência ou métodos ilegais de terrorismo como meio de alcançar reforma política. A Suprema Corte reformou a decisão justificando que as decisões anteriores não distinguiram a mera defesa de certas ideias de incitamento a iminentes ações ilegais. De acordo com o tribunal, as garantias da liberdade de expressão e liberdade de imprensa tal como constam na Primeira Emenda não permitem que o Estado proíba a defesa odiosa, entendendo que a lei do Estado de Ohio que justificou a condenação seria inconstitucional por condenar a defesa de uma ideia.

Através desse caso é possível perceber que, nos Estados Unidos, um discurso de incitação ao ódio somente pode ser restringido quando incita diretamente a violência, diferenciando a defesa de ideias racistas, por exemplo – que estariam abrangidas pela liberdade de expressão –, da incitação à prática de atos violentos – que não estariam sob a proteção da Primeira Emenda.

Michel Rosenfeld observa que a decisão da Suprema Corte traz em voga a questão de saber se o discurso de ódio deveria ser equiparado ao discurso político extremista e, por esse motivo, deveria ser permitido. O autor pondera que o discurso

<https://www.oyez.org/cases/1968/492> (acesso em 3 jan 2017).

³⁸ Citação original:

“We're not a revengent organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revengeance taken.”

³⁹ Citação original:

extremista baseado em uma ideologia política, como o comunismo, é acima de tudo, um discurso político que não envolve necessariamente o ódio pessoal. E, mesmo se a fala extremista envolvesse tal ódio – por exemplo, se os comunistas buscassem alimentar as paixões contra aqueles que chamam de “capitalistas porcos” –, tal ódio não pode ser equiparado a um ato de antissemitismo ou racismo. Sendo assim, na opinião de Rosenfeld (2001, p. 1537), a decisão da Corte careceu de análise mais profunda.

O caso *National Socialist Party of America Vs. Village of Skokie*, mais conhecido como *Skokie case*, julgado em 1977 pela Suprema Corte, também gerou controvérsia nos Estados Unidos. O Partido Nacional Socialista da América pretendeu realizar uma passeata na defesa de ideias nazistas. Na ocasião, os manifestantes marchariam portando símbolos da suástica no município de *Skokie*, onde aproximadamente 60% da população era composta por judeus, alguns dos quais sobreviventes do Holocausto.

Diante do anúncio da manifestação, o município de *Skokie* ajuizou uma ação contra o Partido Nazista na tentativa de impedir a sua ocorrência, mas, logo na primeira instância, a ação foi julgada improcedente, sob de justificativa de que a suástica é um símbolo de liberdade de expressão e, por si só, não configura uma *fighting word*. Ainda na tentativa de impedir a manifestação, o município editou normas que obstaculizavam a realização do evento. No entanto, todas as normas foram declaradas inconstitucionais pela Corte do Distrito. O mérito da questão não foi reapreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, razão pela qual a autorização para a realização da manifestação foi concedida – ao fim, a manifestação não aconteceu em *Skokie*, por desistência do próprio partido.

Diante desse caso, verifica-se a tendência dos Estados Unidos em não limitar discursos de protesto, por mais odiosos que sejam. A permissão desse tipo de discurso seria fundamental para a democracia, de acordo com o pensamento norte-americano, e o Estado deve adotar uma postura de neutralidade perante a defesa de tais ideias. A alegação de que as palavras, pela sua própria expressão, necessariamente infligem dano é normalmente rejeitada nos Estados Unidos. Schauer (2012, p. 100) esclarece que as palavras causam uma lesão não por causa de algo que necessariamente fazem em todos os contextos, e não por causa de alguma propriedade intrínseca das palavras por si mesmas, mas em decorrência de uma situação determinada e da intenção empregada.

Particularmente em *Skokie*, verifica-se, de fato, que o receio perante o discurso recaia sobre os sentimentos negativos que os moradores do município iriam desenvolver diante do protesto. O intuito de proibir o protesto não era sobre a expressão em si, mas por conta de seus efeitos. No entanto, a proibição prévia de uma manifestação que, a princípio, não revela intenção ou incitação de violência iminente, é totalmente rejeitada nos Estados Unidos. De início, a tentativa certamente seria de promover a segurança do evento com policiamento e limitação na forma da manifestação, do que previamente restringindo a ocorrência do protesto.

A proibição da queima de cruzes com intenção de intimidar, sem referência a lista de assuntos ofensivos determinados em lei, foi levantada no caso *Virginia Vs. Black et. al.*, julgado em 2003 pela Suprema Corte.⁴⁰ Os acusados – três casos de queima de cruzes – foram condenados em primeira instância por violar um Estatuto local que criminalizava o ato de queimar cruzes com a intenção de intimidar pessoa ou grupo e considerava o ato queima da cruz, por si só, uma evidência da intenção de intimidar.

A Suprema Corte de Virgínia, baseando-se no caso anterior *R.A.V. Vs. City of St. Paul*,⁴¹ considerou a lei inconstitucional por proibir o discurso com base no conteúdo e do ponto de vista, uma vez que a lei punia somente a queima de cruzes, e essa atitude transmitiria uma mensagem única, uma ideologia racista. Três juízes, com votos vencidos, entenderam ser a lei constitucional, pois restringiria apenas a conduta que é considerada *true threat*, mas não fazia distinção de conteúdo. Em seus votos, esclarecem que a lei do Estado de Virgínia difere daquela mencionada no caso *R.A.V.*, pois, enquanto a última restringiria as atitudes de queima de cruzes que se baseiem em raça, cor, credo, religião ou sexo, a do Estado de Virgínia se aplicaria a todos os casos.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, posteriormente, no mesmo sentido que os três juízes de voto vencido da Suprema Corte do Estado de Virgínia,

⁴⁰ *Virginia Vs. Black*. Disponível em:

<https://www.oyez.org/cases/2002/01-1107> (acesso em 5 out. 2016).

⁴¹ Em *R.A.V. Vs. City of St. Paul*, julgado em 1992, a Corte entendeu que a lei local que proibia a queima de cruzes era inconstitucional, pois a lei se destinava somente a motivações raciais, cor, credo, religião ou gênero. Hans Wahl explica que a lição que pode se extrair desse caso é que é preferível que a Corte ataque o discurso e a motivação do perpetrador após a ocorrência de uma conduta criminosa do que atacar um discurso baseando-se apenas no seu conteúdo (Wahl, 2012, p. 392).

entendendo que é possível proibir uma conduta inteira, considerando-a como *fighting word* ou *true threat*, mas não restringir sua punição com base no conteúdo. Sendo assim, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da lei no que tange a não discriminação de conteúdo. Já quanto à parte que considera que qualquer queima de cruz deve ser, *prima facie*, evidência da intenção de intimidar uma pessoa ou grupo de pessoas, a Suprema Corte a considerou inconstitucional, pois o ato de queimar cruzes pode estar ligado a intenções que não a de intimidar, como é o caso de um discurso político, por exemplo.

A Corte entendeu que, embora a queima de cruzes realizada com propósito de intimidar pessoas possa ser criminalizada, ela constitui manifestação legítima da liberdade de expressão quando não é promovida com esse intuito, e que essa atividade expressiva teria sido indevidamente ameaçada pela referida instrução. A consideração *prima facie* de que qualquer queima de cruzes seria proibida, então, é inconstitucional. A Suprema Corte, com isso, manteve a coerência no sentido de que tanto a queima de cruzes ou uso de suásticas, por si só, não configuram abuso da liberdade de expressão.

Uma lição que pode ser retirada do caso *R.A.V. e Virginia Vs. Black* é que o Governo não pode regular expressão baseada em hostilidade ou favoritismo para a mensagem subjacente expressa. Essa diferença no tratamento irá aumentar o espectro de que o Governo poderá efetivamente conduzir certas ideias ou pontos de vista o mercado de ideias.

O caso *Snyder Vs. Phelps*,⁴² julgado em 2011 pela Suprema Corte norte-americana, também trata de protestos ofensivos. Fred Phelps e seus seguidores na Igreja Batista *Westboro* pregavam que Deus castiga os Estados Unidos pela sua tolerância à homossexualidade, particularmente dentro das forças armadas. Para demonstrar suas crenças, Phelps e seus seguidores frequentemente realizavam piquetes em funerais militares.

Matthew Snyder, homossexual miliar, foi morto em serviço no Iraque em 2006. Os membros da Igreja *Westboro* realizaram um piquete no funeral de Matthew, carregando cartazes que diziam: “Deus odeia os Estados Unidos”; “Agradeça a Deus por 11 de Setembro”; “Não orem pelos Estados Unidos”. Os membros da Igreja também cantavam hinos e recitavam versículos bíblicos. No

⁴² *Snyder Vs. Phelps*. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2010/09-751> (acesso em 3 out. 2016).

entanto, a Igreja notificou previamente as autoridades locais sobre a intenção de realizar o protesto, ocuparam espaço público nas proximidades do funeral para tanto e seguiram as instruções da polícia.

O pai de Matthew, Albert Snyder somente pôde ver o topo dos cartazes do protesto, sem que pudesse ler a mensagem nos cartazes. Teve acesso posteriormente à notícia sobre o protesto, momento em que tomou conhecimento sobre as mensagens que constavam nos cartazes. Snyder processou Phelps e a Igreja, argumentando, entre outras coisas, que suas ações lhe causaram sofrimento emocional severo. Em defesa, Phelps alegou que seu discurso estaria protegido pela Primeira Emenda à Constituição.

Na primeira instância, a decisão foi favorável a Snyder, ocasião em que foi fixada compensação indenizatória no valor 10,9 milhões de dólares. Em sede de apelação a sentença foi revertida, no sentido de que o discurso de Phelps estaria protegido pela Primeira Emenda.

O caso chegou à Suprema Corte, que entendeu que o protesto estaria acobertado pela Primeira Emenda. O primeiro argumento da Corte foi no sentido de que o protesto tratava de “questões de interesse público”. São entendidos como casos de interesse público os assuntos relacionados a interesses políticos, sociais ou quando se trata de assunto de interesse geral, de preocupação para o público.

O discurso sobre questões públicas tem direito a proteção especial sob a Primeira Emenda porque o assunto servia ao debate da população. Para determinar se o discurso tratava de assuntos de interesse público, o tribunal examinou o “conteúdo, forma e contexto” do discurso.

Mesmo que alguns dos cartazes do piquete estivessem direcionados à família Snyder, a maioria deles abordou questões relacionadas com a conduta moral dos EUA, o destino dos Estados Unidos e a homossexualidade no exército. O tema do discurso, portanto, estaria relacionado a questões públicas mais amplas. Além disso, a Igreja realizou o protesto em terrenos públicos adjacentes a uma rua pública. Finalmente, não havia uma relação pré-existente entre o discurso de *Westboro* e Snyder que poderia sugerir que o discurso sobre assuntos públicos tinha a intenção de mascarar um ataque a Snyder sobre um assunto privado. Portanto, o tribunal considerou que o Phelps e seus seguidores apenas externaram questões de interesse público sobre propriedade pública e, portanto, tinham direito à proteção sob a Primeira Emenda.

A maioria juízes que atuaram em *Snyder Vs. Phelps* observou que havia 1.000 pés de distância entre a igreja em que o funeral de Matthew Snyder aconteceu e os protestos. Schauer, em sua análise do julgado, levanta a questão se a Corte teria decidido de maneira diversa caso os cartazes tivessem sido exibidos exatamente em frente à família Snyder (2012, p. 107). Apesar de a Corte deixar claro que o contexto e a intenção devem ser analisados – havendo maior chance de repressão do discurso quanto maior for a chance de o grupo vítima reagir violentamente –, a Suprema Corte não sopesa a dimensão do dano suportado pela vítima no contexto analisado. Diametralmente oposta à jurisprudência Europeia – como será visto adiante –, a jurisprudência estadunidense tende a não considerar o dano que a família Snyder é obrigada a absorver como custo da manutenção da Primeira Emenda,⁴³ sem que houvesse a possibilidade de um remédio constitucional permissível, por isso, Schauer sustenta que deve haver uma preocupação em classificar os vários tipos de danos associados à fala e, com isso, garantir o desenvolvimento da doutrina da Primeira Emenda (Schauer, 2012, p. 108 - 110).

Levando em consideração que os Estados Unidos tem uma forma única de tratar as questões sobre liberdade de expressão, comparado a outras jurisdições, a referência ao contexto normalmente surge para verificar se as tentativas de um Estado para regular o tempo, lugar e maneira de comunicações são constitucionais. Isso porque a Suprema Corte sustenta que nem o conteúdo da mensagem e nem o ponto de vista expresso devem ser proibidos. As restrições baseadas no tempo, lugar e forma do discurso serão avaliadas para determinar se são justificadas sem referência ao conteúdo do discurso regulado, estreitamente adaptados para servir a um interesse governamental significativo e que permitem amplos e alternativos canais de comunicação da informação.

3.1.2.2

Discurso de ódio nos *campi* universitários

⁴³ No mesmo sentido, Cass Sunstein, ao tratar na regulação da obscenidade, diz que o discurso não deve ser regulado somente em razão do seu caráter ofensivo, defendendo o “*Miller Test*” – teste desenvolvido para a regulação de discursos obscenos (Sunstein, 1993, p. 60). O discurso somente deve ser reprimido para prevenir ataques motivados por ódio, eliminando a intimidação em forma de ameaça (Wahl, 2012, p. 396).

Apesar do histórico de grande liberdade nos EUA, há um caminho contrário surgindo, no sentido de reprimir os discursos. Em meados da década de 80 surgiu um movimento estimulado por grupos minoritários para banir o discurso de ódio dos *campi* universitários americanos. Códigos de discursos que previam penalidades passaram a ser adotados em algumas universidades. A universidade de *Stanford*, por exemplo, proibia a “intimidação por meio da difamação pessoal”, abarcando a discriminação baseada em sexo, raça, cor, deficiência, religião, orientação sexual ou origem nacional e étnica (Lewis, 2011, 193). A universidade de *Connecticut*, por sua vez, proibia “responder negativamente a situações por conta das características dos envolvidos”⁴⁴

Entretanto, os códigos de conduta das universidades têm recebido críticas de alguns defensores da liberdade de expressão, que argumentam que a lista cada vez mais extensa de discursos proibidos nas universidades culminou na ridicularização da campanha (Lewis, 2011, 194). Apesar de os críticos reconhecerem que as universidades têm interesse inerente na manutenção de espaços públicos livres de sinalização de ódio, como um compromisso ético, para que nenhum estudante tenha o acesso ao aprendizado dificultado, tais autores defendem, antes de tudo, que as universidades possuem um compromisso intelectual primordial, onde a repressão de ideias não deveria ocorrer, justamente para que a livre circulação do debate acadêmico seja garantida (Strossen, 1990, p. 569).

Portanto, a instituição depende quase que inteiramente da liberdade de expressão. Ademais, não há, ou ao menos deveria haver, interesses políticos em jogo, de forma que o discurso da maioria fosse capaz de cercear o exercício da cidadania pela minoria. Nadine Strossen sustenta, no mesmo sentido da jurisprudência estadunidense em assuntos gerais, que mensagens proferidas na universidade que não estejam diretamente ligadas a condutas devem ser protegidas pela liberdade de expressão (1990, p. 542).

⁴⁴ Em cuidadosa análise dos códigos de discurso das universidades, Robert Post observa que as regras claramente não são planejadas para regular formas específicas de comportamento ou expressão, mas sim para abranger e proibir todos os "signos" exteriores de um estado de espírito interior.

Cf.: POST, Robert. *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*. Yale Law School Legal Scholarship Series. Paper 208, 1999. p. 269.

O processo de regulação do discurso nas universidades enfrenta um período delicado, onde quaisquer críticas que se opõem ao sentimento de estudantes estão sendo fortemente combatidas. Recentemente, um professor na Universidade de Yale foi rodeado por um grupo de estudantes que lhe ordenaram calar a boca, após o professor ter aconselhado estudantes a não se importarem caso presenciassem alguém ostentando disfarce ofensivo em uma festa de *Halloween* da Universidade. O professor foi acusado de ser conivente com a opressão no *campus* universitário.⁴⁵

Não é possível realizar um diagnóstico preciso sobre as causas da tendência atual. Não se sabe se a quase ausente restrição da liberdade de expressão no âmbito norte-americano ao longo dos anos tenha inflamado a sensibilidade de estudantes, ou se a atual tendência mundial de polarização política tenha impulsionado extremistas de direita, que muito ofendem, e adeptos da *New Left*, que muito se sentem ofendidos; apenas o que se teme é que o atual embate, adicionado à crise global de multiculturalismo e ressurgimento e agravamento de confrontos por crenças religiosas, possa ameaçar de forma significativa a democracia.

3.2

Sistema europeu de combate ao discurso de ódio contrarreligioso

3.2.1

Corte Europeia de Direitos Humanos

Democracias fortes, como as da maioria dos países europeus, exercem um frequente esforço para equilibrar valores constitucionais que consideram de extrema importância: a liberdade de expressão e suas variáveis, como a liberdade religiosa; o pluralismo e a equidade. A manutenção de uma democracia forte certamente requer a implementação de estratégias governamentais para combater ameaças a valores importantes. Uma dessas estratégias é o exercício da chamada “democracia militante”, já adotada antes em alguns países da Europa e consolidada

⁴⁵ The New Intolerance of Student Activism, 2015. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/11/the-new-intolerance-of-student-activism-at-yale/414810/> (acesso em 20 nov. 2015).

na Alemanha e França (Foighel, 1999, p. 25), mas que ressurgiu em discussões atuais devido a novas demandas de sociedades de pluralidade globalizada.

A “democracia militante” é um termo criado por Karl Lowenstein em 1937 diante da reflexão sobre a dificuldade da democracia para conter o fascismo. Refere-se a uma forma de democracia constitucional autorizada a proteger a liberdade civil e política por preventivamente restringir o exercício de tais liberdades (Macklem, 2006 488). Um exemplo desse tipo de manifestação recente é o conjunto de iniciativas legislativas de combate ao terrorismo que muitos Estados estão aderindo. Outras formas de exercício da democracia militante incluem legislação de combate ao discurso de ódio, a proibição de partidos políticos, as restrições sobre as manifestações de massa, e a criminalização de certas organizações políticas (Macklem, 2006, p. 488).

A democracia militante reconhece aos governos a capacidade e dever de definir quem são os inimigos da sua população e, conseqüentemente, estabelecer medidas para protegê-la contra esses inimigos. Os governos, em geral, já têm feito isso ao longo dos tempos históricos. Contudo, mesmo em se tratando da proteção do princípio democrático, é preciso cautela com a afirmação de inimigos do Estado e a religião é um demonstrativo histórico da necessidade desse cuidado.

Isi Fohgel (1999, p. 28) explica que no Império Romano, por exemplo, os cristãos eram os inimigos do povo, por isso, eles foram jogados aos leões. Na Espanha da Idade Média, os inimigos eram todos que não fossem Católicos. Para a ex-Iugoslávia e outros lugares do mundo, os muçulmanos eram os inimigos e, em outros lugares, os não-muçulmanos. Esses são apenas alguns exemplos de como os governos já se enganaram e cometeram injustiças em muitos graus, frutos de posteriores arrependimentos históricos.

A democracia militante é, portanto, uma estratégia que requer cuidados até hoje. Ainda presente em alguns países, o instrumento também teria sido acolhido pelo artigo 17 da Convenção Europeia de Direitos Humanos,⁴⁶ que prevê a restrição de liberdades que ameacem valores essenciais como o princípio democrático. Essa possível interpretação do art. 17 como receptor do princípio da democracia

⁴⁶ “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 a actividade ou praticar actos 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.”

militante pode ser vista no caso *Vogt*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

O Caso *Vogt*⁴⁷ é um dos casos mais importantes para análise dos limites da proteção do princípio democrático em uma forte democracia mundial: a Alemanha. O caso não trata de religião especificamente, mas demonstra o cuidado que se deve ter para justificar a perseguição de um tipo de discurso a fim de que não se prejudique a própria democracia. No caso *Vogt*, o Governo tinha o ônus de provar à CEDH que era necessário, para a manutenção de uma sociedade democrática, excluir uma professora da sociedade e preveni-la de realizar o único trabalho que ela era capaz de realizar – ensinar francês e alemão a crianças em uma pequena cidade alemã. Entretanto, o governo alemão foi incapaz de fornecer essa prova para a satisfação da Corte.

O exercício de ponderação para averiguar a necessidade de invocação do princípio da democracia militante é ainda mais delicado de ser realizado quando se trata de casos que envolvem religião. A CEDH usualmente confere a liberdade para que Estados estabeleçam em suas regras internas quais são os inimigos dos valores estatais e essa análise acaba sendo muito problemática quando o combate ocorre através da promulgação de leis que proíbem a blasfêmia e o insulto religioso, principalmente quando tais leis favorecem específicas religiões sem que se apresente justificativa para tal tipo de escolha legislativa de preferência religiosa.

De outro lado, há uma visão diametralmente oposta a respeito da manutenção da democracia e que também exerce influência sobre a jurisprudência da CEDH: trata-se do ponto de vista absolutista (Heinze, 2006). Na linha da legitimidade democrática sustentada por Dworkin, em que cada indivíduo deve ter o potencial de influenciar o resultado do discurso público através de ideias e argumentos, o ponto de vista absolutista entende que todo tipo de discurso – não importa qual seja sua natureza – é importante e não deve ser reprimido quando proferido em uma verdadeira democracia.

⁴⁷ *Vogt Vs. Germany* foi um caso decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1995. O caso dizia respeito à suspensão profissional da professora *Vogt*, que lecionava em escola pública secundária, por causa de sua associação ao Partido Comunista Alemão. A CEDH acabou decidindo que a atuação do Tribunal Nacional Alemão de perseguição de inimigos comunistas violava as disposições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos em matéria de liberdade de expressão e liberdade de associação.

Há duas faces que explicam o mesmo ponto de vista absolutista. De acordo com a definição positiva, é preciso garantir a proteção de discursos que expressam quaisquer ideias, mesmo aqueles iníquos, perigosos, racistas, homofóbicos, antirreligiosos e extremistas religiosos. Pela definição negativa, é preciso rejeitar proibições de discursos impostas unicamente porque o Estado considera algumas ideias como iníquas e perigosas em si mesmas (Heinze, 2006, p. 546).

O ponto de vista absolutista sustenta que o banimento do discurso de ódio, apesar de frequentemente utilizado como instrumento que visa o fortalecimento da igualdade, tolerância e democracia, acaba minando esses valores, quando tacitamente promove a discriminação ao proteger alguns grupos em detrimento de outros. Contudo, Eric Heinze, na condição de pesquisador inglês conhecedor das democracias europeias, sustenta que a visão absolutista deve ser instalada em países cuja democracia é forte e estável e cita como exemplo os países da Europa em geral, Japão, Austrália, Canadá, Nova Zelândia, entre outros (2006, p. 545).

Ao contrário do que possa parecer, o ponto de vista absolutista não se opõe a qualquer regulação da liberdade de expressão, mas, além de esclarecer que a regulação deve necessariamente estar prescrita em lei, as restrições legítimas devem ser impostas independentemente do ponto de vista expresso, devendo-se dar preferência à regulação quanto à forma do discurso, ao invés do conteúdo.

Apesar do antagonismo de ambas estratégias democráticas aqui relatadas, verifica-se, através da análise da jurisprudência construída pela CEDH, que a Corte tende a justificar as decisões com base ora na democracia militante, ora no ponto de vista absolutista, a depender do discurso e legislação do país em envolvido.

3.2.1.1

Panorama geral da legislação europeia

As leis nacionais no continente Europeu são diferentes em cada país, refletindo o histórico e a demografia particular de cada lugar. Entretanto, no contexto da liberdade de expressão e liberdade religiosa, é preciso que os países europeus signatários da Convenção Europeia observem certas normas comuns, que deverão servir como orientação para leis internas e direcionarão a jurisprudência da CEDH.

Na Convenção Europeia de Direitos Humanos, os artigos 9º e 10 são os principais a serem considerados. O art. 9º é expresso ao reconhecer a qualquer pessoa o direito à liberdade de consciência, em conjunto com outras liberdades, como a liberdade de pensamento e de religião ou crença e o direito de manifestar tal crença. O parágrafo 2º do mesmo artigo estabelece que a liberdade de manifestação da religião não pode ser objeto de outras restrições que não sejam previstas em leis e sejam necessárias para a manutenção da ordem democrática e proteção dos direitos e liberdades de outrem.

O artigo 10 trata da liberdade de expressão, que compreende tanto a “liberdade de opinião e liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias”. O parágrafo 2º do mesmo artigo estabelece que o exercício da liberdade de expressão está sujeito a formalidades, condições, restrições ou sanções que devem estar previstas em lei. Assim como determinado para o exercício da liberdade religiosa, as restrições à liberdade de expressão devem ser necessárias para a manutenção de uma sociedade democrática, para a segurança nacional e integridade territorial ou a segurança pública, também podendo ocorrer para a proteção da honra ou direitos de outrem.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 20(2), determina que “Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”.

O art. 4º da Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de discriminação racial convoca os países signatários a

declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.

A Recomendação R(97)20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa estabelece no princípio 2 que os Estados membros deverão criar um quadro jurídico sólido de normas civis, penais e administrativas que garantam a previsibilidade no tratamento do discurso de ódio, preocupando-se também se os meios jurídicos se aplicam de maneira adequada aos diversos e novos meios de comunicação e permitam a possibilidade de aplicar o direito de resposta ou retratação. Conforme a

mesma recomendação, a restrição à liberdade de expressão deve ser feita sempre de acordo com a lei e sempre observando o princípio da proporcionalidade, de modo que as condenações criminais devem ser reservadas para os casos mais graves.

O princípio 6 esclarece que os meios de comunicação também podem ser responsabilizados por divulgar discurso de ódio e essa responsabilidade pela propagação do discurso não se comunica necessariamente com a responsabilidade do ofensor do discurso, devendo sempre levar em consideração a importância da divulgação do discurso de ódio por razões de interesse público. O princípio 7 dita que as normas nacionais devem estar em consonância com o art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em razão tanto da forma, como do conteúdo, contexto e finalidade do discurso que se pretende repreender.

Segundo a Recomendação de política geral nº 7 da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI), entende-se por racismo “a convicção de que um motivo tal como a raça, a cor, o idioma, a religião, a nacionalidade ou a origem nacional ou étnica justifica o desprezo para com uma pessoa ou um grupo de pessoas ou a ideia de superioridade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas”.

A mesma recomendação estabelece que a “a Constituição deve consagrar o princípio da igualdade de tratamento, o compromisso do Estado para promover a igualdade, bem como o direito de indivíduos de serem livres de discriminação em razão de raça, cor, idioma, religião, nacionalidade ou origem nacional ou étnica”; além de estabelecer que restrições ao exercício da liberdade de expressão, de reunião e de associação devem ocorrer “em conformidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos”.

Na recomendação 1805(2007) sobre Blasfêmia, insulto religioso e discurso de ódio contra pessoas em razão de sua religião, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (PACE) considera que a “legislação nacional só deve penalizar expressões sobre questões religiosas que intencionalmente e severamente perturbem a ordem pública e chamem para a violência pública”.

E, analisando o panorama geral da legislação doméstica dos países europeus, observa-se que na maioria, o tratamento da incitação ao ódio contrarreligioso é um subitem da incitação ao ódio em geral, que geralmente cobre o ódio racial, nacional e religioso da mesma forma e às vezes cobre o ódio em razão do gênero, da orientação sexual, por convicções políticas, linguagem, status social, deficiência física ou mental.

Na maioria dos Estados membros do Conselho da Europa – com exceção da Albânia, Estônia, Malta, Moldávia, Montenegro, Países Baixos, Polônia, Sérvia, Eslovênia, Ucrânia e Reino Unido – a incitação ao ódio somente se configura quando acontece em público. Já na Armênia e na França, o fato de a incitação ocorrer em público representa um agravante. Na Áustria e na Alemanha, a incitação ao ódio deve perturbar a ordem pública para configurar uma ofensa punível pela legislação e na Turquia, a incitação deverá oferecer perigo claro e direto à população para que isso ocorra.

A intenção geralmente não é vista como um elemento essencial para configurar crime, exceto em Chipre, Irlanda, Malta, Portugal, Ucrânia e Reino Unido. Em alguns Estados, a imprudência também é considerada. A pena de prisão varia de 1 a 5 anos e em todos os países a pena de prisão é alternativa ou cumulativa a uma multa pecuniária (European Commission for Democracy Through Law, 2008, p. 10).

Quanto à jurisprudência da CEDH, entendeu-se útil dividir os julgados em áreas para além do discurso de ódio, para fins de comparação. A determinação de suas áreas se deu através da constatação de algumas causas de pedir apareciam com frequência. Nesse sentido, a jurisprudência pode ser dividida em três categorias: proibição da blasfêmia e ofensa, proibição da difamação religiosa e proibição do discurso de ódio contrarreligioso. É o que veremos a seguir.

3.2.1.2

Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

3.2.1.2.1

Blasfêmia

Por muitos vista como sobrevivente anacrônico de uma época passada, a blasfêmia não recebe uma definição precisa pela legislação. Contudo, é frequentemente entendida como a ofensa direcionada contra a religião em si, ou seja, aos símbolos tidos como divinos por uma determinada religião, e não necessariamente é uma ofensa contra o grupo de indivíduos que compõem o grupo

religioso. Apesar de a Convenção Europeia de Direitos Humanos não condenar a blasfêmia, grande parte da jurisprudência da Corte é nesse sentido, sempre respeitando a orientação interna dos países envolvidos e entendendo que esses posicionamentos muitas vezes estão em conformidade com os direitos previstos na Convenção.

A Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, mais conhecida como Comissão de Veneza, é um órgão consultivo do Conselho da Europa sobre Direito Constitucional e realizou um relatório sobre a visão geral das práticas de blasfêmia e ofensas relacionadas à religião na Europa. Segundo a Comissão, a blasfêmia é uma ofensa punível para a minoria dos estados membros do Conselho da Europa – Áustria, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Itália, Liechtenstein, Países Baixos e San Marino – e, na maioria das vezes, a pena cominada é de 3 a 6 meses de prisão ou multa (European Commission for Democracy Through Law, 2014, p. 21). A tendência atual é no sentido de revogação ou reforma de leis de blasfêmia, tal como ocorreu na Inglaterra em 2008. Entretanto, casos interessantes de blasfêmia que passaram pela Corte são interessantes para investigar o parâmetro de decisão da Corte em casos que envolvem ofensas religiosas.

O caso *Otto-Preminger-Institut Vs. Áustria*, julgado em 1994 pela Corte, trata da apreensão e confisco de filme religioso satírico pela autoridade fiscalizadora austríaca. O *Otto-Preminger-Institut* é uma organização sem fins lucrativos que, dentre as atividades principais, está a operação de um cinema na cidade de Innsbruck. O instituto anunciou uma série de seis apresentações do filme “Conselho dos Céus” [*Das Liebeskonzil*], cuja sinopse teria um conteúdo classificado como “ultrajante para doutrinas religiosas”. Por isso, o Ministério Público instaurou um processo criminal contra o gerente do Instituto a pedido da diocese de Innsbruck da Igreja Católica Romana, com base no art. 188 do Código Penal Austríaco.

Depois que o filme foi veiculado em uma sessão privada na presença de um juiz, o promotor público requereu a apreensão dos filmes com base na seção 36 da Lei de Mídia Austríaca, confirmando, assim, a motivação do Ministério Público, uma vez que o filme retratava o Deus judeu, cristão e islâmico, como um velho senil prostrando-se no chão para o demônio. O pedido foi deferido pelo Tribunal Regional de Innsbruck no mesmo dia e as apresentações públicas anunciadas pelo Instituto não puderam ocorrer. O gerente do Instituto recorreu da decisão que

permitiu a apreensão dos filmes, mas o pedido lhe foi negado por falta de legitimidade, uma vez que ele não era o proprietário dos direitos autorais do filme. O Instituto, então, recorreu da decisão frente à CEDH, alegando uma violação da sua liberdade de expressão nos termos do artigo 10 da Convenção.

A Corte constatou que não ocorreu violação do artigo 10 da Convenção e observou, em primeiro lugar, que houve caducidade para reclamar sobre a apreensão dos filmes. No mérito, observou-se que, embora o acesso ao cinema fosse sujeito ao pagamento de uma taxa de admissão e ter sido estipulada uma classificação indicativa de 17 anos, o filme foi amplamente anunciado. Não era de conhecimento público suficiente o objeto e conteúdo básicos do filme para dar uma indicação clara da sua natureza. A apreensão e o confisco do filme, assim, foram determinadas visando à “proteção dos direitos dos outros”, ou seja, o direito ao respeito pelos próprios sentimentos religiosos e garantia da paz religiosa. A Corte, por 6 a 3, concluiu que as autoridades austríacas não ultrapassaram a sua margem de apreciação.

Na fundamentação da decisão, a Corte recorreu ao artigo 9º da Convenção para a proteção do sentimento religioso. Entretanto, trata-se de uma aplicação errônea do artigo, já que o sentimento religioso – elemento tratado no caso – não deriva diretamente do direito à liberdade religiosa que, por sua vez, é o direito que está acobertado pelo artigo 9º da Convenção. O direito à liberdade religiosa está relacionado ao direito de um religioso proferir inclusive críticas a outras religiões e, nesse sentido, é um direito mais próximo à liberdade de expressão do que à proteção do sentimento religioso (Stamp, 2013, pp. 43-44). Além disso, a Corte decidiu que as autoridades da Áustria estariam corretas ao banir um filme que fosse ofensivo para católicos romanos, levando em consideração ainda a clara maioria católica, estimada em 87% no Tirol. Sob esse argumento duvidoso de proteção a uma maioria, deu-se preferência ao art. 9º, em detrimento do art. 10 da Convenção.

Uma postura mais bem fundamentada da Corte seria analisar se houve abuso do exercício da liberdade de expressão, nos termos do artigo 10(2) da Convenção, e não ampliar o direito à liberdade religiosa no sentido de proteção dos sentimentos religiosos. Quando se analisa o real conteúdo do direito à liberdade religiosa, verifica-se que a liberdade de expressão, nesse caso, não estaria atingindo diretamente a extensão do exercício da liberdade religiosa. É possível, portanto, observar certa incongruência entre o fato de não haver previsão da proteção

específica do sentimento religioso na Convenção e a proteção exclusiva de tal direito pela CEDH.

Apesar da referida incongruência, a fundamentação do caso foi usada expressamente como precedente para casos posteriores, como *Wingrove Vs. UK* e *I.A. Vs. Turkey*, ainda que o intervalo entre o julgamento dos dois casos tivesse ocorrido no espaço de uma década.

Em *Wingrove Vs. UK*, jugado em 1996, a Corte decidiu sobre a produção de “Visões de Êxtase” [“*Visions of Ecstasy*”], o primeiro filme proibido por blasfêmia na Inglaterra. O filme conta as fantasias de St. Theresa de Avila, uma freira carmelita espanhola do século XVI que teve um “arroubo” sobre Cristo. O filme de 18 minutos, sem falas, contendo apenas música e imagens, retrata St. Theresa acariciando e beijando Cristo e sendo tocada eroticamente por uma personagem feminina que representa sua psique. Se não fosse pela lista de elenco e personagens que aparece na tela por alguns segundos, o telespectador não teria como saber, somente pelo filme, que a pessoa vestida como freira no vídeo seria St. Theresa, ou que a outra mulher que aparece seria a sua consciência. Tampouco há, no filme, explicação sobre o contexto histórico.

O *British Board of Film Classification* – autoridade responsável por emitir certificados de classificação indicativa de filmes na Inglaterra, de acordo com o *Video Recordings Act* de 1984 – recusou conferir um certificado ao filme em setembro de 1989, porque o filme seria uma erótica representação de Cristo, entendendo caber ao judiciário avaliar se o filme infringiria a lei criminal de blasfêmia (*Obscene Publications Acts 1959 and 1964*). De acordo com a autoridade, não seria o caso de classificar o filme para maiores de 18 anos, a questão era que o imaginário sexual era focado em Jesus Cristo. A autoridade deixou claro no relatório que se a figura masculina não fosse Cristo, o problema não iria surgir.

Após a manutenção da decisão pelo *Video Appeals Committee*, Nigel Wingrove, diretor do filme, levou seu caso para a Comissão Europeia de Direitos Humanos. O diretor argumentou ter sofrido pela violação do art. 10 da Convenção Europeia de DH, uma vez que a recusa de classificar seu filme estaria prejudicando o exercício da sua liberdade de expressão. Foi proferido relatório em 10 de janeiro de 1995, no qual a Comissão se posicionou, por 14 votos a 2, pela confirmação de que houve violação à liberdade de expressão (art. 10).

Já na análise da CEDH, reconhece-se a competência do *Board* para emitir esse tipo de decisão de recusa ou admissão sobre a classificação de um filme, além de citar uma decisão proferida no *House of Lords*, que define que não há a necessidade de se constatar a presença da “intenção” do ofensor para que a blasfêmia seja configurada. Por outro lado, Nigel Wingrove argumentou que a lei de blasfêmia é muito abstrata e, por isso, não confere a previsibilidade necessária para que ele tivesse ciência das chances de ser acusado e posteriormente condenado pelo filme.

O Reino Unido contestou essa afirmação sob o argumento de que se trata de uma característica comum da maioria das leis e sistemas jurídicos não ter tamanha previsibilidade, de modo que os tribunais podem chegar a conclusões diferentes mesmo quando aplicam a mesma lei para os mesmos fatos e que isso não seria necessariamente tornar uma lei imprevisível ou inacessível.

Sobre essa questão, a Corte fundamentou dizendo que, apesar de não ter competência ilimitada, o *Board* agiu de acordo com a discricionariedade que lhe é conferida e reconheceu que o crime de blasfêmia não pode, por sua própria natureza abrangente, ter um conteúdo legal preciso. As autoridades, então, devem ter um pouco de flexibilidade para lidar com tipos de conceitos abertos.

Wingrove argumentou, ainda, que a blasfêmia, ao proteger o direito de outros não serem ofendidos, não leva em consideração a hipótese de que as pessoas que procuram esse tipo de filme não se sentiriam ofendidas com seu conteúdo. A restrição, portanto, foi preventiva, antes que religiosos pudessem se ofender com o filme. Além do mais, a proibição do filme não teria um fim legítimo, uma vez que o fundamento seria com base em uma lei discriminatória, que busca a proteção dos sentimentos dos religiosos cristãos, especificamente os de fé cristã.⁴⁸

A argumentação da Corte foi que o objetivo da proibição da veiculação do filme é afastar tratamento de assuntos religiosos abordados de uma forma que possa ser interpretada como ultrajante. Essa forma pode ser percebida não apenas pelos religiosos cristãos, mas por todos que têm simpatia pela história e ética da religião. Isso, por si só, justificaria a restrição do filme para a proteção do direito de “outros”,

⁴⁸ A blasfêmia era prevista na Inglaterra como sendo qualquer publicação de material que expõe a religião cristã em difamação, ridicularização e desprezo, destinando-se, portanto, somente à proteção dos sentimentos cristãos. Com a posterior criação do *Racial and Religious Hatred Act*, em 2006, a lei tornou-se obsoleta e foi abolida em 2008 pelo *Criminal Justice and Immigration Act*.

como forma abrangente e não restrita a um grupo específico pequeno. A Corte complementa que o fato de a lei não tratar todas as religiões praticadas no Reino Unido em situação de igualdade não prejudica sua legitimidade e o objetivo perseguido no contexto do caso. Também foi mencionado que, caso o filme fosse liberado para o público maior de 18 anos e contasse com advertências na capa a respeito do conteúdo do filme, certo é que cópias não autorizadas do filme acabariam por divulgá-lo em maior proporção.

Nesse momento, os argumentos trazidos no caso *Otto-Preminger-Institut* foram resgatados para invocar a proteção às liberdades religiosa e de pensamento, garantidas pelo artigo 9º da Convenção para restringir a liberdade de expressão. A Corte ressaltou que a limitação à liberdade de expressão, em conformidade com o art.10(2), deverá ocorrer sempre que não se evitem expressões profanas de ofensa gratuita a outros. Por fim, a Corte concluiu, por 7 votos a 2, que as medidas tomadas pelas autoridades foram corretas e, portanto, não houve violação do art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Em seu voto dissidente, o Juiz Pettiti votou com a maioria, mas discordou das razões. O juiz ressaltou o problema com a legislação da blasfêmia que, além de ser muito abrangente, não deveria ser tratada criminalmente pela legislação britânica e também criticou o fato de haver leis protetivas específicas para religiões. Mas, de qualquer maneira, o juiz destaca que a resolução do caso deveria ser pela imposição de limites à liberdade de expressão, uma vez que a mera ofensa seria capaz de gerar o resultado do caso. O filme foi posteriormente liberado com classificação indicativa de 18 anos, mais de duas décadas após sua produção, com a abolição a Lei de blasfêmia em 2008.

A partir da leitura da decisão, resta claro que a Corte não se debruça sobre a possível falta de isonomia da legislação doméstica quanto à proteção de direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia, uma vez que a Corte não vislumbra irregularidade na proteção de apenas uma religião que sequer pertence aos grupos minoritários estereotipados na Inglaterra. Além disso, não houve preocupação em tecer maiores comentários a respeito do que configura uma “ofensa gratuita”, ou seja, quais críticas – principalmente religiosas – seriam toleradas ou afastadas pelo argumento do interesse público.

Percebe-se, desta forma, que a Corte não se preocupou em responder questões atentando para casos futuros através da fixação de precedentes coerentes.

Essa falha ocorre em ambos os casos analisados – *Otto-Preminger-Institut* e em *Wingrove* – quando, ao reconhecer que a margem de apreciação das autoridades nacionais não é ilimitada, não foram fornecidas quaisquer explicações dos tipos de limites que devem ser estabelecidos às autoridades nacionais, bem como qual seria a extensão da supervisão da própria Corte no estabelecimento de tais limites (Heinze, 2006, p. 559).

Outro problema presente em *Wingrove* é que o clamor do caráter artístico do filme foi totalmente desconsiderado porque o filme não tinha diálogo ou qualquer outra indicação de referência sobre Santa Theresa, ou alguma outra reflexão psicológica sobre o sentido da experiência retratada.

Sobre o voto dissidente, o juiz Pettiti, Leigh (20011, p. 60) observa outras problemáticas. O juiz estaria disposto a não ressaltar regras específicas para a proteção da religião sobre discursos ofensivos e argumentou que o caso poderia ter sido igualmente resolvido somente através do art. 10 da Convenção sobre liberdade de expressão. O juiz disse que bastaria averiguar se uma figura de valor simbólico teria sido usada de forma a ofender não só os religiosos, mas também os admiradores da religião. Entretanto, a introdução na Convenção de um novo direito de não ser ofendido vai exatamente à direção errada, ampliando e aplicando às ideias seculares a noção de ofensa religiosa. O *standard* proposto é ainda mais vago do que o da blasfêmia.

Em *I.A. Vs. Turkey*, julgado em 2005, a Corte decidiu sobre a publicação do livro intitulado “As Frases Proibidas” [*“The Forbidden Phrases”*]. O livro transformou problemas teológicos em estilo novelesco e contou com duas mil cópias impressas na primeira edição. Em seu conteúdo, o livro traz opiniões polêmicas a respeito da religião. Na visão do autor, crenças religiosas e opiniões são meras obscuridades e ideias baseadas na natureza e descreve a fé religiosa como uma miragem do deserto, uma ideia primitiva, que não passa de uma performance. De acordo com o parecerista do caso, as ofensas correspondem à atuação descrita no art. 175 do Código Penal Turco⁴⁹ e a intenção do agente está presente, uma vez

⁴⁹ O art. 175, parágrafo 3, do Código Penal Turco estabelece uma pena de 6 meses a um ano de prisão e multa de 5000 a 25000 liras turcas a blasfêmia contra Deus, religiões ou um de seus profetas, bem como de seitas ou seus livros sagrados. É estabelecido, ainda, que as penas serão duplicadas caso a ofensa seja cometida através de publicação.

que o autor intitulou o livro de “As Frases Proibidas”, motivando, assim, a denúncia por parte do Ministério Público turco.

O autor argumentou que o livro não era uma blasfêmia e nem um insulto, na aceção do parágrafo terceiro do artigo 175 do Código Penal, pois apenas transmitiu suas visões filosóficas. A primeira instância condenou o autor com base nas ditas inconsistências do Alcorão publicadas no livro e o sentenciou a dois anos de prisão e multa. A pena de prisão foi convertida em multa no valor de 3,291,000 liras turcas, equivalente, na época, a 16 dólares americanos.

O caso chegou à CEDH a partir de recurso do autor do livro, sob o argumento de que a condenação criminal infringe o direito à livre expressão, contido no art. 10 da Convenção. A defesa do Governo se manteve na alegação do ataque abusivo à religião, principalmente o Islã, situação em que teria havido ofensa aos sentimentos religiosos.

A Corte reiterou os princípios fundamentais subjacentes às suas decisões relacionadas ao artigo 10, tratadas, por exemplo, no caso *Handyside Vs. UK* e ressaltou a importância da liberdade de expressão para a sociedade, enfatizando que a liberdade de expressão não deve contemplar somente as ideias favoráveis e inofensivas, mas também aquelas que ofendem, chocam e perturbam [*“also to those that offend, shock or disturb”*] (*Handyside Vs. UK*, 1976, p. 18).⁵⁰ A Corte fez um comentário interessante no sentido de que, em uma sociedade plural, onde as pessoas são livres para manifestar suas religiões, não deveriam ter a expectativa de se eximirem de quaisquer críticas. Os religiosos deveriam tolerar e aceitar a negação de outros sobre suas crenças religiosas e a propagação de doutrinas hostis à sua fé.

A Corte observou, contudo, que o parágrafo 2º do artigo 10 reconhece que o exercício da liberdade de expressão carrega deveres e responsabilidades. Uma das responsabilidades é o dever de evitar expressões que ofendam gratuitamente as

⁵⁰ O caso *Handyside*, julgado em 1976, trata de uma editora que publicou o “O Pequeno Livro Escolar Vermelho” [*The Little Red School Book*], destinado e colocado à disposição a alunos a partir de 12 anos de idade, em diversos países do continente europeu. O livro continha capítulos do sexo, incluindo subseções sobre masturbação, anticoncepcionais, menstruação, pornografia, homossexualidade, aborto e endereços para obter ajuda e aconselhamento sobre assuntos sexuais. Com as reclamações em razão do conteúdo, as cópias foram apreendidas. Quando o caso chegou à CEDH, porém, uma versão revisada do livro foi permitida, entendendo que a retirada de circulação do livro seria uma violação a liberdade de expressão (art. 10). Na fundamentação da decisão, a corte proferiu a referida frase, que foi posteriormente reproduzida em quase todos os casos envolvendo liberdade de expressão.

pessoas e expressões profanas. Nesse momento, a Corte fez referência ao caso *Otto-Preminger-Institut*.

Ao examinar se as restrições de direitos e liberdades garantidas pela Convenção podem ser consideradas necessárias em uma sociedade democrática, os Estados europeus signatários detêm alguma margem de apreciação, mas ela não é ilimitada, de acordo com a Corte. Essa margem de apreciação dos Estados ocorre porque não há uma concepção europeia uniforme em relação aos ataques às convicções religiosas, com referência ao caso *Wingrove Vs. UK*. Cabe à Corte, então, proferir uma decisão final sobre a compatibilidade das restrições com a Convenção e isso é feito através da avaliação das circunstâncias do caso concreto.

Apesar do discurso a favor da pluralidade e argumentação no sentido de que deve haver uma margem de tolerância com relação a críticas religiosas, o entendimento final foi que no caso em questão não havia somente comentários que ofendem ou chocam, ou opiniões provocativas, mas também ataque abusivo ao profeta do Islã. A Corte destacou que a principal ofensa gratuita ocorreu na passagem: “O mensageiro de Deus quebrou o jejum através de relações sexuais, depois do jantar e antes da oração. Maomé não proibiu relações sexuais com uma pessoa morta ou um animal vivo.”⁵¹

Considerou-se que a condenação sobre as declarações em questão se destinava a fornecer proteção contra ataques ofensivos sobre assuntos considerados sagrados pelos muçulmanos. Assim, a medida teria sido razoavelmente realizada por ter encontrado uma “necessidade social imperiosa”. A Corte fundamentou que tampouco se pode dizer que as autoridades atuaram de maneira abusiva sobre o corrido e disse estar consciente do fato de que os tribunais nacionais decidiram não confiscar o livro, considerando que a insignificante multa imposta era proporcional aos objetivos perseguidos e, por isso, entendeu que não houve violação ao artigo 10 da Convenção.

Ressalta-se, contudo, que as questões mais interessantes que permeiam o caso em questão foram trazidas através dos votos dissidentes dos Juízes Costa, Cabral Barreto e Jungwiert. Os juízes observaram que a famosa frase retirada do

⁵¹ Citação original:

“God's messenger broke his fast through sexual intercourse, after dinner and before prayer. Muhammad did not forbid sexual intercourse with a dead person or a live animal.” (*I.A. Vs. Turkey*, 2005 p. 3).

caso *Handyside Vs. UK*, enaltecendo a liberdade de expressão para acobertar palavras ofensivas, é frequentemente reproduzida nas jurisprudências da Comissão Europeia e da CEDH e dizem que é importante que essa frase não se torne apenas uma retórica nos casos, devendo ser levada a sério e inspirar as soluções alcançadas pela Corte.

Nos votos dissidentes observou-se que foi afirmado que o recorrente publicou duas mil cópias da polêmica novela em 1993. No entanto, a evidência perante a Corte não indica quantas pessoas realmente leram a novela, mas o número é provavelmente pequeno, como sugere o fato de que o livro não teve novas edições. Assim, o impacto limitado na sociedade em que o autor fez as afirmações não foram levadas em consideração pelas autoridades nacionais, que se prenderam à apreciação abstrata das afirmações que, diga-se, foram realizadas em estilo novelesco.

Os juízes esclareceram, ainda, que, em uma sociedade fortemente religiosa como a turca, onde há poucos ateus, é natural que os religiosos se sintam ofendidos, com certa frequência, quando os ateus manifestem suas opiniões. Contudo, por si só, isso não deveria ser uma razão suficiente para que a sociedade democrática imponha sanções ao editor do livro. No caso de a sanção ser imposta, a importante frase mencionada em *Handyside* teria seu efeito esvaziado.

Os juízes ressaltaram que as passagens destacadas que atacam Maomé sem dúvida nenhuma iriam ofender algum religioso do Islã, para quem a sacralidade do profeta não poderia ser violada, já que para a religião islâmica, o profeta mal pode ser mencionado e sequer pode ser representado através de desenhos. Todavia, os juízes dizem que não é correto utilizar das afirmações de forma isolada como fundamento único para condenação do livro todo e impondo sanção criminal ao acusado. Além disso, ninguém é obrigado a comprar ou ler uma novela e aqueles que o fazem têm o direito de obter reparação nos tribunais para qualquer coisa que eles considerarem blasfêmia e repugnante para a sua fé. Mas isso é completamente diferente de processar o acusado criminalmente com argumento na proteção de “Deus, religião e o profeta do Livro sagrado”.

Os juízes consideraram, ainda, que o fato de a condenação ter sido leve por conta da conversão da pena de prisão a uma pequena multa não é argumento suficiente para valer-se da mesma. As condenações criminais têm um impacto social poderoso e podem causar o *chilling effect* (Toller, 2010, p. 106) sobre a

liberdade de expressão, desencorajando os editores de produzirem livros que não estão em conformidade com a visão política e religiosa majoritária. Isso corresponde a uma ameaça evidente à liberdade de expressão.

É preciso considerar, ainda, que um vídeo ou filme teria muito mais impacto do que um livro de distribuição limitada. Fato que por si só diferencia o caso de outros precedentes da Corte em que houve condenação por violação ao sentimento religioso. Os juízes, por fim, pediram a revisão dos casos *Otto- Preminger-Institut* e *Wingrove*, que ofereceram pouca reflexão a respeito do princípio da liberdade de expressão.

O pedido de revisão dos casos *Otto-Preminger-Institut* e *Wingrove* por parte dos juízes demonstra que a questão não é pacífica dentro do próprio tribunal e isso sugere que a Corte não estabelece bons precedentes e tampouco os segue. Outro problema a ser observado no caso é que a Corte não tende a realizar uma análise histórica e do contexto social da sociedade do caso julgado, terminando por ignorar o fato de que não se trata de uma sociedade teocrática.

Uma análise interessante que poderia ter sido realizada no caso é do exame da sinopse do livro. Caso a sinopse do livro contivesse uma prévia consistente sobre seu conteúdo, dificilmente atrairia alguém que fosse sensível a tal tipo de tema abordado. Outra falha que pode ser verificada é que, apesar de a Corte ter conferido menor ênfase ao art. 9º – diferentemente da fundamentação do caso *Otto-Preminger-Institut* – e maior ênfase ao art. 10(2), ou seja, apesar de a Corte ter identificado o mecanismo correto, houve falha ao não analisar o artigo 10(2) com suficiente intensidade, tecendo os motivos para o estabelecimento de limites à liberdade de expressão.

E o mais interessante dos votos dissidentes é que, ao contrário do restante da Corte, esses juízes consideraram grande parte dos *standards* internacionais reconhecidos pela doutrina sobre liberdade de expressão. Os juízes verificaram a abrangência do discurso; a não intencionalidade do autor de ofender, considerando tratar-se de uma novela com possível caráter ficcional; que a ofensa deve ser tolerada em uma sociedade democrática, demonstrando que houve a tentativa de diferenciar a ofensa do discurso de ódio.

Por fim, a Comissão de Veneza já se manifestou pela revogação das leis de blasfêmia, opinando que é preferível, nesse âmbito, a criação de leis combativas do discurso de ódio contrarreligioso (European Commission for Democracy Through

Law, 2014, p.22). O tratamento da proibição da blasfêmia pela Corte permite perceber a geração de um *chilling effect* que desproporcionalmente cria desvantagens para grupos minoritários. O efeito é prejudicial ao próprio art. 10 da convenção de DH e à credibilidade da Corte como árbitro supranacional de Direitos Humanos (Stamp, 2013, p. 42).

Em 2006, a Corte tratou novamente da publicação de um livro polêmico sobre religião em *Tatlav Vs. Turkey*; desta vez, decidindo a favor da liberdade de expressão. A despeito disso, ainda não é possível afirmar uma possível mudança na jurisprudência da Corte, mas um indicativo positivo é a consideração do *chilling effect*.

Em 1992, Erdoğan Aydin Tatlav, um jornalista de Istambul, publicou um livro de cinco edições sob o título “A realidade do Islã” [*“İslamiyet Gerçeği”*] – ao todo, 16.500 exemplares foram publicados. Já na primeira edição do livro, havia uma crítica do autor sobre o Islã, definindo-o como uma religião que legitima a injustiça social, por pregar a “vontade de Deus”. Quando o livro atingiu cinco edições, o jornalista então foi processado por publicar uma obra destinada a desonrar uma determinada religião, incorrendo também no art. 175 do Código Penal Turco. Ele foi condenado a um ano de prisão, pena que foi reduzida a uma multa.

Após a manutenção da sentença em sede de recurso, o acusado então recorreu perante à CEDH, alegando ter sofrido violação do artigo 10 da Convenção, referente ao direito à livre expressão. A Corte avaliou se a ingerência sobre o direito à livre expressão seria necessária em uma sociedade democrática, a fim de proteger a moral e os direitos de outros. A Corte é da opinião que algumas passagens do livro continham fortes críticas à religião em um contexto sociopolítico, mas que essas passagens não tinham um tom insultuoso ou ataque abusivo contra muçulmanos ou aos símbolos sagrados da religião muçulmana.

A Corte compreendeu que os muçulmanos poderiam ter se ofendido com o comentário sobre a religião, mas esta, por si só, não é uma razão suficiente para justificar a condenação penal do autor do livro. A Corte também levou em consideração o fato de o livro ter tido sua primeira edição publicada em 1992 e nenhum processo ter ocorrido até 1996, quando a quinta edição do livro já havia sido publicada.

No que diz respeito à punição imposta a Tatlav, entendeu-se que uma condenação penal envolvendo o risco de uma pena de prisão poderia ter o efeito de

desencorajar autores e editores a publicarem opiniões sobre religião, ocasionando o *chilling effect*.

Considerando as questões do caso, a Corte julgou que as interferências realizadas pelo Tribunal Turco seriam desproporcionais ao objetivo perseguido. A Corte considerou, por unanimidade, que houve violação ao art. 10 da Convenção e, em razão de problemas processuais ocorridos na justiça nacional, concedeu a Tatlav uma compensação no valor de três mil euros.

Diante da análise dos casos apresentados sobre blasfêmia, restam algumas questões que não podem seguir sendo ignoradas: Por que, a despeito da opinião da Comissão de Veneza, a Corte ainda entende pela conformidade das leis de blasfêmia com a Convenção Europeia? Além de admitir a manutenção de leis flagrantemente ultrapassadas, por que a Corte também admite a proteção seletiva de religiões, através destas leis? – Considerando, nesta última questão, que muitas vezes as religiões protegidas sequer pertencem a uma minoria estereotipada pela sociedade, de modo a justificar o tratamento especial, como era o caso da lei de blasfêmia inglesa que protegia o cristianismo. Com tais questionamentos, urge a necessidade de maiores reflexões a respeito da competência da Corte sobre as decisões dos Estados nacionais signatários.

3.2.1.2.2

Insulto religioso

A jurisprudência sobre difamação e insulto religioso está em verdadeiro contraste com a de blasfêmia, uma vez que a Corte faz uma leitura mais estreita da possibilidade de restrição dos discursos difamatórios.

O caso *Giniewski Vs. France*, julgado em 2006 pela CEDH, é um desses casos. Giniewski escreveu um artigo intitulado “A obscuridade do erro sobre as encíclicas papais: O esplendor da verdade” [“*The obscurity of error concerning the papal encyclical: The Splendour of Truth*”], que foi publicado no jornal “*Le Quotidien de Paris*” no final de 1993. O recorrente declarou que sua intenção com o trabalho era promover uma aproximação entre judeus e cristãos.

Em março de 1994, por conta do artigo, a Associação Geral da Aliança contra o Racismo e pelo Respeito à Identidade Francesa e Cristã [*Alliance Générale*

Ccontre le Racisme et pour le Respect de l'Identité Française et Chrétienne (AGRIF)] ajuizou uma ação no Tribunal Criminal de Paris contra o jornal “*Le Quotidien*” e Giniewski, seu diretor geral. Alegou-se que o artigo continha passagens difamatórias contra a comunidade cristã, um crime punível sob a seção 32, parágrafo 2º da Lei de Liberdade de Imprensa de 1881 da França. As referidas passagens contestadas eram as seguintes:

A Igreja Católica define-se como a única detentora da verdade divina (...). Proclama fortemente o cumprimento da Antiga Aliança na Nova, e a superioridade desta última.

(...) Muitos cristãos reconheceram que escrituras anti-judaicas e a doutrina do “cumprimento” [*accomplissement*] da Antiga Aliança na Nova levou ao antissemitismo e preparou o terreno na qual a ideia e implementação de Auschwitz foi semeada (tradução livre).⁵²

Em decisão proferida em 8 de Março de 1995, o Tribunal Penal identificou o cometimento do delito de difamação realizado publicamente a um grupo de pessoas de uma religião, neste caso, a comunidade cristã. O diretor das publicações e o recorrente foram ambos condenados a pagar uma multa de 6.000 francos franceses.

O Tribunal Penal considerou admissível a aplicação de pena civil requerida pelo *AGRIF*, ordenando ao diretor das publicações e ao jornal, solidariamente, o pagamento à associação uma indenização no valor um franco por danos e 7.000 francos pela aplicação do artigo 475-1 do Código de Processo Penal Francês. Além disso, o tribunal ordenou que a decisão fosse publicada em um jornal nacional à custa dos réus.

O tribunal fundamentou a condenação dizendo que, de acordo com o autor do texto, não só a ideia, mas até a realização dos massacres e horrores cometidos em Auschwitz – símbolo dos campos de extermínio nazistas – era uma extensão direta de uma das doutrinas centrais da fé católica, ou seja, a doutrina do

⁵² Citação original:

“The Catholic Church sets itself up as the sole keeper of divine truth (...). It strongly proclaims the fulfilment of the Old Covenant in the New, and the superiority of the latter (...).

(...)Many Christians have acknowledged that scriptural anti-Judaism and the doctrine of the 'fulfilment' [*accomplissement*] of the Old Covenant in the New led to anti-Semitism and prepared the ground in which the idea and implementation [*accomplissement*] of Auschwitz took seed.” (*Giniewski Vs. France*, 2006, 3).

cumprimento da Antiga Aliança na Nova, e, portanto, envolve diretamente a responsabilidade dos católicos e, mais genericamente, dos cristãos.

Giniewski recorreu da decisão e o Tribunal de Recurso de Paris absolveu o recorrente penalmente e descartou os pedidos cíveis contra ele. O tribunal reconheceu que as afirmações de Giniewski no sentido de que certos princípios da religião têm conteúdo antissemita e contribuíram para o holocausto podem evocar reações fortemente contrárias em uma comunidade católica. Contudo, em suas críticas à encíclica “o Esplendor da Verdade”, Giniewski abre uma discussão de conteúdo teológico e histórico sobre o âmbito de certos princípios religiosos e sobre as origens do Holocausto. Em razão da preocupação teológica e doutrinária, o argumento do autor não poderia, por si só, incorrer em difamação religiosa.

O *AGRIF* apelou às questões de direito. O Tribunal de Cassação anulou o acórdão do Tribunal de Recurso de Paris, mas apenas no que dizia respeito à ação civil. O tribunal de Cassação remeteu o processo ao Tribunal Orléans de Recurso que confirmou as condenações cíveis realizada em primeira instância e fixou um novo valor indenizatório em 10.000 Francos Franceses ao *AGRIF* com base no artigo 475-1 do Código de Processo Penal. O tribunal também ordenou que a decisão fosse publicada, em jornal da escolha dos réus.

Giniewski recorreu à CEDH, alegando violação do art. 10. O recorrente considerou que a sua condenação pela publicação do artigo impugnado equivalia a uma interferência ilegal no seu direito à liberdade de expressão. Ele discordou da interpretação dada ao seu artigo nas decisões dos tribunais nacionais. Em sua opinião, o texto critica a atitude da Igreja Católica como o “único detentor autoproclamado verdade divina”.

O recorrente alegou que o artigo impugnado não afirmou que a doutrina da Igreja Católica era intrinsecamente antissemita, mas que as “Escrituras antijudaicas” contribuíram para a ocorrência do antissemitismo. Não seria o mesmo, contudo, de se imputar a responsabilidade à Igreja Católica pelos crimes cometidos em Auschwitz.

O Governo não negou que a condenação do recorrente seja uma "interferência" no exercício do seu direito de liberdade de expressão, mas ressalta que essa interferência é "prescrita em lei", ou seja, nas seções 29 e 32 da Liberdade da Lei de Imprensa de 29 de julho de 1881. O Governo, então, considerou que a queixa da interferência através do artigo 10 da Convenção era infundada. Em

primeiro lugar, a interferência em questão perseguiu um dos objetivos legítimos previstos no parágrafo 2 do artigo 10 da Convenção, ou seja, a proteção da honra ou dos direitos de outros, no caso, a condenação do requerente se destinava a proteger os cristãos de difamação. Além disso, segundo o governo, a condenação do recorrente preenchia os critérios de necessidade e de proporcionalidade utilizados pela Corte em sua jurisprudência.

A CEDH entendeu que houve interferência no direito à livre expressão, mas concorda com o Estado no sentido de que se trata de uma interferência possível, já que prevista na Lei de Liberdade de Imprensa de 1881. A Corte salientou que o objetivo desta interferência foi para proteger um grupo de pessoas de difamação pelo fato de pertencerem a uma religião específica, no caso, a comunidade cristã. Este objetivo corresponde ao da proteção da “honra ou dos direitos de outrem” mencionado no artigo 10(2) da Convenção. Isso também está em plena consonância com o objetivo da proteção proporcionada pelo artigo 9, que diz respeito à liberdade religiosa, tal qual no caso *Wingrove*.

Entretanto, a fim de averiguar se houve ou não uma necessidade real de atuação para a proteção do cristão na comunidade, como afirmado pelos tribunais nacionais e pelo Governo, ou se, como o recorrente alega, o artigo impugnado por si só limita-se a críticas da Igreja Católica e da encíclica papal "O Esplendor da Verdade" [*The Splendour of Truth*], a Corte entendeu que cabia analisar especificamente os argumentos levantados pelas autoridades nacionais. Assim também seria possível verificar se a atuação das autoridades correspondia a um objetivo legítimo à luz do artigo 10(2) da Convenção.

Mais uma vez, ressaltou-se a importância da liberdade de expressão em uma sociedade democrática e como condição básica para a autossatisfação do indivíduo. A Corte novamente citou o caso *Handyside* para dizer que, sem prejuízo do artigo 10(2) da Convenção, a proteção da liberdade de expressão é aplicável não só às informações ou ideias que são acolhidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também às que ofendem, chocam ou perturbam.

Apesar de caber certa discricionariedade às autoridades nacionais a fim de verificar a necessidade de atuação, os argumentos usados pelos tribunais não foram suficientes, de acordo com a Corte. Observou-se, em primeiro lugar, que a ação por difamação movida contra o recorrente foi apresentada por uma associação: a Aliança Geral contra Racismo e pelo Respeito à Identidade Francesa e Cristã. Mas

não caberia à Corte comentar se esse grupo é representativo, nem sobre a sua tarefa de defender a Igreja Católica ou o cristianismo em geral. Também não é o papel do tribunal avaliar se o artigo em questão afeta diretamente os interesses que a associação pretende defender. A Corte observou ainda que, embora o artigo do recorrente criticasse a encíclica papal e, portanto, a posição do Papa, a interpretação não poderia ser estendida ao cristianismo como um todo, uma vez que, como assinalado pelo recorrente, o cristianismo é composto de várias vertentes, algumas das quais, inclusive, rejeitam a autoridade papal.

Ao considerar os efeitos prejudiciais da doutrina particular que segue as encíclicas, fundamentou-se no sentido que o artigo em questão contribuiu para uma discussão sobre as várias razões possíveis atrás do extermínio dos judeus da Europa, uma questão de indiscutível interesse público numa sociedade democrática. Em tais assuntos, restrições sobre a liberdade de expressão devem ser empregadas de maneira restritiva. Embora a questão levantada no caso diga respeito a uma doutrina defendida pela Igreja Católica, e, portanto, uma questão religiosa, a análise do artigo mostrou, de acordo com a Corte, que não havia ataques contra crenças religiosas, mas sobre um ponto de vista que o recorrente queria expressar como jornalista e historiador. A este respeito, a Corte considerou que é essencial, em uma sociedade democrática, que um debate sobre as causas de crimes contra a humanidade seja feito livremente.

Apesar de o texto publicado conter conclusões e frases que possam ofender, chocar ou inquietar algumas pessoas, a Corte considerou que essas opiniões, em si mesmas, não obstam o gozo da liberdade de expressão. Além disso, a Corte entendeu que o artigo não trazia “ofensas gratuitas” – conceito trazido pelo caso *Otto-Preminger-Institut* – e não incitou o desrespeito ou ódio. O artigo tampouco lançou dúvida sobre fatos históricos incontroversos. Por isso, a Corte entendeu que as razões apresentadas pelos tribunais franceses em apoio à condenação do recorrente não podem ser consideradas suficientes para a limitação da livre expressão.

A Corte também entendeu que se deve levar em consideração sempre a extensão da penalidade. No caso, o recorrente foi absolvido no âmbito penal. Na ação civil, ele foi condenado a pagar uma quantia por danos à associação autora da denúncia, bem como a publicação de um aviso comunicando a condenação. Embora a publicação de tal notificação não parece, a princípio, ser uma excessiva restrição

à liberdade de expressão, o fato de mencionar o crime de difamação, sem dúvida tem um efeito dissuasor e, por isso, a sanção imposta acaba sendo desproporcional, levando-se sempre em conta a existência do debate que o recorrente teve a intenção de participar. Consequentemente, a Corte entendeu que houve violação à liberdade de expressão.

Apesar de decidir em sentido contrário da tendência usual, ou seja, a favor do discurso, a Corte seguiu a mesma linha argumentativa, evidenciando que a citação do caso *Handyside* não oferece parâmetro como precedente judicial. Além disso, a Corte continuou não traçando os elementos que fazem de uma declaração uma ofensa gratuita, ainda que tenha indicado que debates devam oferecer um conteúdo histórico, político, ou teleológico, por exemplo. A partir desta indicação podemos entender que a crítica religiosa que tenha fim em si mesma não tende a ser bem recebida pela Corte, que frequentemente desassocia tal tipo de discurso como conteúdo protegido pelo direito à liberdade de expressão.

O caso *Klein Vs Slovakia*, sobre difamação religiosa, também foi julgado em 2006 pela Corte. O filme de Milos Forman “O Povo Contra Larry Flynt” [*“The People Vs. Larry Flynt”*] foi promovido na Eslováquia por meio de cartazes retratando o personagem principal vestindo apenas a bandeira dos Estados Unidos amarrada em torno de seus quadris e crucificado no corpo de uma mulher de biquíni.

Em fevereiro de 1997, um dia depois do lançamento, foi publicada a “Declaração Comum do Conselho Ecumênico das Igrejas e da Conferência Episcopal da República Eslovaca” [*“Common Declaration of Ecumenical Council of Churches and of the Slovak Bishops' Conference”*]. A declaração se manifestou contra a exibição de cartazes que apresentam uma profanação de Deus. Em março de 1997, o Arcebispo Ján Sokol apareceu na Televisão Eslovaca reiterando protestos da Igreja contra o cartaz. Ele disse que o pôster simbolizava “a humilhação do crucifixo”, e o descreveu como “uma difamação do símbolo da religião cristã”.

Em 28 de março de 1997, o semanal “Domino Efekt” publicou um artigo escrito por um jornalista e crítico de cinema, Sr. Martin Klein. O semanal tinha, na época, uma circulação de 8.000 cópias. O artigo em questão foi intitulado “O falcão está sentando na árvore de bordo; Larry Flynt e sete tapas para o hipócrita” [*“The falcon is sitting in the maple tree; Larry Flynt and seven slaps to the hypocrite”*] (*Klein Vs. Slovakia*, 2006, p. 2). Nele, o jornalista criticou Dom Ján Sokol. Ele não

mencionou que tinha sido escrito em reação à declaração do Arcebispo transmissão televisiva.

Posteriormente, duas associações se queixaram de que os sentimentos religiosos de seus membros tinham sido ofendidos pelo artigo. Processos criminais foram instaurados contra o jornalista. Em Junho de 2000, o *District Court Košice* condenou o jornalista por infração, nos termos do artigo 198 (1) (b) do Código Penal e ele foi sentenciado a uma multa de 15000 Coroas Eslovacas.

Em recurso interposto, o jornalista explicou que seu artigo tinha sido uma reação às declarações do arcebispo J. Sokol, transmitidas no principal noticiário da noite da Televisão Eslovaca em Março de 1997. O recorrente disse que a proposta do Arcebispo de proibir a distribuição dos cartazes dos filmes era contrária a princípios de uma sociedade democrática e, em particular, à liberdade de expressão. O requerente considerou adequado expressar seu ponto de vista abertamente como feito na transmissão de TV pelo arcebispo, momento em que não havia sido dada a oportunidade de se expressar uma opinião diferente daquela do Arcebispo. O recorrente ressaltou que ele não tinha a intenção de ofender os sentimentos dos membros da Igreja Católica com o artigo, mas apenas mostrar uma posição contrária à levantada pelo arcebispo. Os representantes das associações, por sua vez, também recorreram, reclamando que a sentença imposta ao jornalista era muito branda. Entretanto o tribunal de recurso confirmou a sentença de primeira instância, julgando improcedente ambos os recursos.

O jornalista ingressou com recurso perante à CEDH por violação ao art. 10 da Convenção. A CEDH decidiu em favor do recorrente, reconhecendo que tinha havido uma interferência inadequada ao direito à liberdade de expressão, como resultado da condenação do jornalista. A Corte considerou que a interferência tinha uma base jurídica no código criminal, e perseguiu o objetivo legítimo de proteção dos direitos e liberdades de outrem, protegendo o Arcebispo Ján Sokol e outras pessoas da fé católica; porém, a Corte, ao se perguntar se a interferência era “necessária em uma sociedade democrática”, acabou entendendo que não.

O Governo alegou que a interferência era necessária para proteger os sentimentos religiosos dos católicos da Eslováquia. A Corte discordou e considerou que as palavras pejorativas proferidas pelo jornalista referiam-se exclusivamente à pessoa que é um alto representante da Igreja Católica na Eslováquia, mas não restringiu o livre exercício da fé dos eslovacos católicos, nem denegriu o conteúdo

da sua fé. Por conseguinte, a interferência não respondeu a nenhuma necessidade social premente.

Além disso, ao considerar os comentários do artigo no contexto da sua colocação, verificou-se que estava cheio de alusões ao filme “O Povo contra Larry Flynt” e foi destinado para o público intelectual conhecedor do filme e leitores de uma revista literária com circulação limitada e não a um público geral.

Pelas questões expostas, a Corte considerou que não havia razões suficientes para a interferência de autoridades no caso. Por conseguinte, a restrição falhou em responder a qualquer necessidade social imperiosa e não poderia ser considerada necessária em uma sociedade democrática e, portanto, violou o artigo 10 da Convenção.

A Corte esclareceu, nessa decisão, que críticas que ofendam a honra de alguém não são vistas como abuso da liberdade de expressão, não incitam violência e tampouco discriminam todo o grupo do qual a pessoa ofendida é membro. Por isso, tais críticas também não podem ser vistas como discursos de ódio. Outra questão interessante analisada pela Corte é a consideração do alcance do discurso. Quanto maior o alcance do discurso, maior o impacto para aquela sociedade. Quanto menor o alcance do discurso, menor a chance de afetar o grupo alvo perante a sociedade. Contudo, a Corte não realizou uma análise precisa do art. 10(2), sobre os limites à liberdade de expressão. Percebe-se também que, por vezes, a Corte considera o *chilling effect* da condenação, outras vezes não analisa a possibilidade da sua ocorrência. Há de se ressaltar que o *chilling effect* acontece não só por conta das condenações, mas também porque simplesmente as pessoas não conseguem dizer qual discurso é contido ou não na lei, que tem que ser capaz de proteger as pessoas ao invés do silêncio.

O critério da “ofensa gratuita” mencionado nos casos de blasfêmia é também considerado nos casos de difamação religiosa. Entretanto, a dificuldade está precisamente em identificar se um ato corresponde a uma ofensa meramente gratuita, questão essa que não é consenso na doutrina ou na jurisprudência. Se considerarmos o caso das caricaturas do *Charlie Hebdo*, por exemplo, para protestantes muçulmanos, as charges tinham o caráter de agressão gratuita. Por outro lado, para os cartunistas e seus editores os desenhos eram uma rejeição de auto-censura, uma afirmação estudada que eles não se permitem ser intimidados a

tratar o islã com maior reserva do que outro sistema de crença.⁵³ Além de ser uma nomenclatura vaga, imprevisível em sua aplicação – pode ser estendida ao mero abuso, mas também a expressões de ódio, com incitação a violência –, anula de antemão a possibilidade de desferir uma crítica contra uma religião apenas com a intenção de manifestar um pensamento, uma vez que até mesmo a condenação da blasfêmia recebe o amparo da Corte.

A partir do conceito de ofensa gratuita a Corte também acaba julgando algumas pessoas pela impressão que os outros têm dela. Ou seja, algumas vezes a Corte não foca na intenção do orador em ofender, mas na reação ou percepção subjetiva de quem recebe a ofensa. Essa tendência é perigosa porque a doutrina religiosa é naturalmente conservadora e não interessada no progresso social.

Ao condenar “ofensas gratuitas” a Corte diz, por exemplo, que ofensas jornalísticas estariam amparadas pela liberdade de expressão, uma vez que seriam importantes para o debate democrático e, logo, preencheriam o requisito do interesse público. Todavia, observando-se a tendência da Corte de reprimir discursos em razão do seu conteúdo, em lugar da sua forma, é de se pensar que dificilmente a Corte admitiria que qualquer tipo de ofensa jornalística seria livre de repressão. Ademais, a ideia mais odiosa poderia ser amplamente propagada pelo simples fato de ter o caráter jornalístico e, como visto em casos analisados pela Corte, quanto maior o alcance do discurso ofensivo, maior seu potencial destrutivo para a sociedade.

Curioso analisar também que, enquanto a crítica jornalística estaria acobertada pelo direito à livre expressão, os livros, por exemplo, – sejam eles de conteúdo teológico, histórico, novelas ou opinativos – não recebem o mesmo amparo por parte da Corte e sequer há explicação ou análise sobre tal diferença. Como elemento diferenciador, a Corte apenas diz que o comentário jornalístico tem caráter de interesse público por ter uma característica informativa, diferentemente do discurso satírico ou puramente religioso. Entretanto, tal variação não é aceitável,

⁵³ E se pensarmos no caso de um monoteísta que se sente ofendido cada vez que um politeísta menciona múltiplos deuses e vice-versa? Tanto os grupos religiosos, como os não religiosos têm uma diversidade de ideias que consideram importantes. Seria absurdo tentar proteger todas essas ideias de serem mencionadas de modo blasfemo, além de ser algo impossível de alcançar. Muçulmanos ofenderão cristãos e cristãos ofenderão muçulmanos. Se regularmos a ofensa de cada um, nos encontraremos vetar o cristianismo por causa dos muçulmanos e islã por causa de cristãos. O efeito de regular cada ofensa será exatamente o mesmo que a imposição de crenças (Jones, 2011 p. 78)

uma vez que o discurso religioso é, por vezes, político, pois a participação democrática inclui formas de expressão religiosas. Acaba sendo uma distinção arbitrária e sem parâmetros estabelecer o que é político ou não em um debate religioso. No Brasil, por exemplo, a politização da religião ocorre de maneira marcante e frequente.

Em um esforço interpretativo é possível entender a “ofensa gratuita” como o discurso que não contribui de forma alguma para o debate público, sendo um discurso incapaz de fomentar progresso nas relações humanas. Tal interpretação a respeito do que se indica ser a “ofensa gratuita”, contudo, pressupõe de antemão que, para ser válido, o discurso precisa ser útil. No entanto, não há razões lógicas que sustentem tal vertente, uma vez que a própria descoberta da “verdade absoluta” necessita perpassar por debates infundados e precipitados.

3.2.1.2.3

Discurso de ódio contrarreligioso

No caso de *Müslüm Gündüz Vs. Turkey*, julgado em 2003, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos avaliou justamente a necessidade de se condenar criminalmente alguém por incitar as pessoas ao ódio e hostilidade. O caso trata da análise de um discurso de ódio proferido com base em dogmas religiosos, mas que também é um discurso contrarreligioso por tentar impor uma crença aos demais religiosos. Casos assim também são importantes de ser analisados a fim de verificar se a Corte assume uma postura diferente para a fundamentação do julgamento.

Gündüz era líder de uma seita islâmica que, durante um debate na televisão, transmitido pelo canal HBB, demonstrou uma profunda insatisfação com instituições democráticas e seculares contemporâneos na Turquia, descrevendo-os como "ímpios". Durante o programa também chamou abertamente para a o seguimento da *Sharia*.

Em outubro de 1995, uma acusação foi emitida contra Gündüz por violação ao art. 312, §§ 2º e 3º do Código Penal Turco. O promotor público instruiu um processo penal contra o líder religioso e os motivos para o processo penal foram baseados no fato de que o discurso do candidato durante o programa de televisão tinha incitado as pessoas ao ódio e hostilidade.

Devido a suas declarações, Müslüm Gündüz foi considerado culpado pelo tribunal por incitamento ao ódio e hostilidade contra segurança do Estado, com base em discriminação baseada na religião. Ele foi condenado a dois anos de prisão.

Em abril de 1996, o Tribunal de Segurança Nacional, depois de requisitar opiniões de especialistas, também entendeu que o Gündüz era culpado das acusações, aplicando-se a condenação de dois anos de prisão e uma multa de 600.000 liras turcas. Em maio de 1996, Gündüz interpôs recurso sobre questões de direito ao Tribunal de Cassação. Em seu pedido de recurso, invocou o artigo 9º da Convenção e os artigos 24, sobre liberdade religiosa, e 25 da Constituição turca, sobre liberdade de expressão. Em Setembro de 1996, porém, o Tribunal de Cassação confirmou a sentença em primeira instância.

Gündüz alegou que a condenação com base no art. 312, §§ 2º e 3º, do Código Penal turco violava o seu direito à livre expressão, de acordo com o art. 10 da Convenção e, por isso, interpôs recurso à CEDH. O Governo alegou, em primeiro lugar, que a liberdade de expressão não implica em liberdade para proferir insultos. O recorrente não poderia reivindicar a proteção da liberdade de expressão ao usar palavras insultuosas. As observações do requerente não tinham sido apenas ofensivas ou chocantes, mas também tinham sido suscetíveis de causar sérios danos à moral e a ordem pública. O Governo alegou ainda que o recorrente não tinha sido condenado por conta de sua religião, mas por espalhar ódio com base na intolerância religiosa.

A Corte novamente citou a famosa frase do caso *Handyside* a respeito da liberdade de expressão e ressaltou que, conforme o art. 10(2) da Convenção, quem exercer os direitos e as liberdades consagradas no primeiro parágrafo, deve comprometer-se com responsabilidades. Entre elas, pode ser incluída a obrigação de evitar, tanto quanto possível, expressões que são gratuitamente ofensivas para os outros e, portanto, representem violação dos seus direitos, não contribuindo para o debate público.

No exercício da sua função de supervisão, a Corte esclareceu que não deve tomar o lugar das autoridades nacionais, mas deve avaliar, nos termos do art. 10, à luz do caso como um todo, as decisões que as autoridades tenham tomado em conformidade com o seu poder de apreciação.

O presente processo caracteriza-se, em particular, pelo fato de o recorrente ter sido punido por declarações classificadas pelos tribunais nacionais como

"discurso de ódio". Tendo em conta que dentre os instrumentos internacionais relevantes está sua própria jurisprudência, a Corte enfatizou que a tolerância e o respeito pela igual dignidade de todos os seres humanos constituem os alicerces de uma sociedade democrática e plural. Assim sendo, como uma questão de princípio, a Corte entende necessário em certas sociedades democráticas sancionar ou mesmo impedir todas formas de expressão que incitam, promovem ou justificam o ódio com base na intolerância – incluindo a intolerância religiosa –, desde que quaisquer formalidades, condições, restrições ou sanções impostas sejam proporcionais ao objetivo legítimo prosseguido em relação ao discurso de ódio e a glorificação da violência.

A Corte ressaltou que o discurso do ódio e expressões concretas que podem ser insultuosas a indivíduos ou grupos particulares, não são protegidos pelo artigo 10 da Convenção. A questão principal para a Corte seria, portanto, verificar se o discurso do recorrente corresponderia precisamente a um discurso de ódio. Os tribunais nacionais se preocuparam com o fato de o recorrente ter descrito instituições seculares como ímpias, ter criticado conceitos como secularismo e democracia, assim como ter feito campanha aberta para a *Sharia*, classificando a fala como discurso de ódio, destacando, principalmente, três passagens:

- 1- ...qualquer um que chama a si mesmo de democrata [ou] secularista... não tem religião... A democracia na Turquia é despótica, implacável e impiedosa... Este sistema secular é hipócrita... ele trata algumas pessoas de uma maneira e outros de outra maneira... Eu estou fazendo estes comentários estando plenamente consciente de que constitui um crime contra as leis da tirania. Por que eu iria parar de falar? Existe alguma maneira além da morte? (tradução livre)⁵⁴

Na opinião da Corte, tais comentários correspondem a uma atitude intransigente, que demonstram profunda insatisfação com instituições contemporâneas da Turquia, como a laicidade e democracia. Entretanto, no entender da Corte, tal passagem não pode ser interpretada como um discurso de ódio, uma vez que não incita à violência.

⁵⁴ Citação original:

"... anyone calling himself a democrat [or] secularist... has no religion... Democracy in Turkey is despotic, merciless and impious [dinsiz]... This secular... system is hypocritical [ikiyüzlü ve münafık]... it treats some people in one way and others in another way... I am making these comments while fully aware that they represent a crime against the laws of tyranny. Why would I stop speaking? Is there any other way than death?" (*Gündüz Vs. Turkey*, 2003, p. 4).

- 2- ...se [a] pessoa tem sua noite de núpcias depois de ser declarado casado por um funcionário do Conselho autorizado pela República da Turquia, a criança que nasce da união será um “piç”... (tradução livre)⁵⁵

Em turco, “*piç*” é um termo pejorativo referente aos filhos nascidos fora do casamento e/ou nascidos de adultério e é usado em linguagem cotidiana para causar ofensa – se assemelha ao termo “bastardo”. A Corte entendeu que o termo poderia ofender o povo turco, que é profundamente ligado a uma forma secular de vida, em que o casamento civil faz parte. A Corte ressaltou, no entanto, que as declarações do recorrente foram feitas oralmente durante uma transmissão ao vivo de televisão, de forma que ele não tinha a possibilidade de reformulação ou retirar o que foi dito por edição. A Corte observou que os tribunais turcos estariam em melhor posição que um tribunal internacional para avaliar o impacto de tais observações, mas não atribuem especial importância a esse fator.

- 3- Sr. Bedri Baykam disse ao Sr. Gündüz que o objetivo dos apoiadores era 'destruir a democracia e estabelecer um regime baseado na *Sharia*', e o réu respondeu: 'É claro que isso vai acontecer, isso vai acontecer.' [Além disso,] o réu no Tribunal de Justiça reconheceu que ele tinha feito essas observações, e afirmou que o regime baseado na *Sharia* não seria estabelecido por coação, força ou armas, mas através do convencimento e persuasão das pessoas (tradução livre).⁵⁶

Sobre esse aspecto, a Corte considerou que dificilmente alguém que apoia a *Sharia* iria se manifestar a favor da democracia e dos Direitos Humanos. Entretanto, para a Corte, a declaração não oferece risco real de modificar o sistema democrático. Na opinião da Corte, por fim, os comentários e as declarações de Müslüm Gündüz expressas durante um debate na televisão não poderiam ser considerados como incitação à violência ou como “discurso de ódio” baseado na intolerância religiosa.

A Corte salientou que apenas defender a *Sharia*, sem exigir o uso da violência para estabelecê-la, não pode ser considerado como discurso de ódio. Não

⁵⁵ Citação original:

“... if [a] person has his wedding night after being married by a council official authorised by the Republic of Turkey, the child born of the union will be a piç...” (*Gündüz Vs. Turkey*, 2006, p. 14).

⁵⁶ Citação original:

“Mr Bedri Baykam told Mr Gündüz that the aim of the latter's supporters was to 'destroy democracy and set up a regime based on sharia', and the defendant replied: 'Of course, that will happen, that will happen.' [Furthermore,] the defendant acknowledged before this Court that he had made those comments, and stated that the regime based on sharia would be established not by duress, force or weapons but by convincing and persuading the people.” (*Gündüz Vs. Turkey*, 2006, p. 15).

obstante a margem de apreciação reconhecida às autoridades nacionais, a Corte foi da opinião de que, para os efeitos do artigo 10, não havia argumentos suficientes para justificar a interferência no direito do recorrente à liberdade de expressão. Por 6 votos a 1, o tribunal chegou à conclusão que houve uma violação do artigo 10. O juiz turco M. Turmen elaborou voto dissidente. Ele era da opinião de que as declarações de Müslüm Gündüz corresponderiam a um discurso de ódio e foram ofensivas para a maioria do povo turco que optaram por viver em uma sociedade secular.

A partir desse caso, verifica-se que a Corte continua usando o critério de “ofensa gratuita” – tal qual nos casos de blasfêmia e difamação religiosa – em casos em que se discute um possível discurso de ódio. Apesar de ter entendido, neste caso, que não se trata de discurso de ódio por não haver incitação direta à violência, a Corte poderia seguir a mesma linha de raciocínio adotada em outros casos e entender como legítima a proibição do discurso por parte da autoridade nacional, apenas com base no argumento da ofensa gratuita. A opção por não adotar essa linha de pensamento especificamente nesse caso, pode indicar uma tendência da Corte em favorecer a liberdade de expressão quando pautada em questões religiosas – ou liberdade religiosa. Contudo, há poucas decisões da Corte sobre casos em que se questiona a extensão da liberdade religiosa, o que impede que se chegue a uma conclusão definitiva sobre a questão.

Mais uma vez, a decisão da Corte carece de preenchimento dos requisitos de um discurso que incita violência, pois a Corte não oferece mínima explicação sobre a extensão do seu entendimento ou exemplos para orientar futuros casos. Outra questão que se repete é a citação do precedente *Handyside* em diversos sentidos; trata-se de uma questão problemática, uma vez que esvazia o conteúdo do *leading case*, através da sua banalização e falta de rigor temático.

Outro caso sobre discurso de ódio que se destaca na jurisprudência da CEDH é o caso *Norwood Vs. UK*, julgado em 2004. Trata-se de um membro de um partido político (o Partido Nacional Britânico) de extrema direita que exibiu um pôster na janela do seu apartamento no primeiro andar que continha a fotografia de Torres Gêmeas em chamas com as palavras: “Islã fora da Grã-Bretanha – Protejam os britânicos” [*“Islam out of Britain Protect the British People”*], ao lado do símbolo do Islã – lua crescente e uma estrela – com o sinal de proibição. O cartaz foi removido pela polícia na sequência de uma queixa de um transeunte.

Norwood foi acusado pelo crime de ofensa grave com base na seção 5 do *Public Order Act* 1986, por exibir com hostilidade qualquer escrito, sinal ou outra representação visível, que é ameaçador, abusivo ou ofensivo, contra qualquer grupo racial ou religioso. O ofensor se declarou inocente e alegou, em sua defesa, que o cartaz se referia a uma crítica ao extremismo islâmico e não foi abusivo ou insultuoso, e que condená-lo violaria seu direito à liberdade de expressão nos termos do artigo 10 da Convenção. Em dezembro de 2002, foi condenado e multado em 300 libras esterlinas. Norwood interpôs recurso para o Supremo Tribunal Inglês, que negou provimento ao recurso em julho de 2003, por entender que o cartaz era uma expressão pública de ataque a todos os muçulmanos do país.

Norwood recorreu à CEDH, alegando ter sofrido violação do artigo 10 da Convenção. A Corte, como de praxe, ressaltou a importância da liberdade de expressão, dizendo que o direito não deve ser protegido apenas quando palavras inofensivas são emitidas, mas também para palavras que chocam e ofendem, em referência ao caso *Handyside*. Contudo, a Corte ressaltou que a liberdade de expressão foi abusiva, violando o art. 17 da Convenção, sobre proibição de abuso de direito, por atacar todos os muçulmanos do Reino Unido. Assim, por unanimidade, a Corte entendeu que não houve violação ao art. 10 da Convenção.

Neste caso, a Corte invocou o artigo 17 para negar a admissibilidade do pedido, mas, ao fazê-lo, ignorou o artigo 10(2) sem necessidade de justificação sobre os limites do direito e o que configura infração à liberdade de expressão. Assim, as ações do Estado restaram sem análise e uma vaga categoria de discursos não protegidos é estabelecida, com a Corte oferecendo pouca diretriz sobre qual discurso irá ou não cair neste *standard* ambíguo classificado como “abuso de direito”.⁵⁷

O último caso sobre discurso de ódio e religião – *Refah Vs. Turkey*, 2003 – é interessante, pois envolve diretamente o exercício democrático, mostrando o perigoso paradoxo que ocorre quando o exercício da democracia afeta o princípio democrático. Nesse sentido, Maleiha Malik (2011, p. 28) diz que as formas mais

⁵⁷ Em casos que não tratam de ofensa, mas do exercício da liberdade religiosa através de símbolos e vestimentas, como *Leyla Sahin Vs. Turkey* (2005) e *SAS Vs. France* (2014), a Corte decidiu em sentido oposto, favorecendo a democracia e secularidade em detrimento da liberdade religiosa. No primeiro caso, a CEDH entendeu legítima a proibição do uso de véu islâmico em escolas e universidades públicas; no segundo caso, a CEDH entendeu não haver limitação do exercício da liberdade religiosa por proibição do uso da burca em locais públicos.

extremas de discurso não são muito suscetíveis de influência, mas as formas “normalizadoras” de discursos de ódio, como o reforço de estereótipos por parte da mídia, ou, acrescento, como ocorre neste caso, a formação de partido político com discurso extremista, são espécies de discursos capazes de gerar um efeito pernicioso na sociedade.

Refah Partisi [Partido do Bem-Estar] era um partido político vinculado ao islã, fundado em 19 de Julho de 1983 na Turquia. Em maio de 1997, *Refah* sofreu uma ação perante o Tribunal Constitucional Turco visando à dissolução do partido, acusado de ter se tornado "um centro de atividades contra o princípio da laicidade" (*Refah Vs. Turkey*, 2003, p. 1). Alguns dos objetivos descritos do partido eram a introdução da *Sharia* e de um regime teocrático, que seriam incompatíveis com as exigências de uma sociedade democrática.

Os representantes do partido argumentaram que a acusação se baseou em meros excertos dos discursos em questão, distorcendo o seu significado tomando-os fora do contexto. Eles também sustentaram que *Refah*, na época, estava no poder por um ano, como parte de um governo de coalizão e durante esse tempo havia observado de forma consistente o princípio do secularismo e respeitado todas as crenças religiosas e, conseqüentemente, não era para ser confundido com partidos políticos que procuraram o estabelecimento de um regime totalitário.

Em acórdão de 16 de Janeiro de 1998, o Tribunal Constitucional ordenou a dissolução de *Refah*, na justificativa de que teria se tornado um “centro de atividades contra o princípio da laicidade” e que os ativos de *Refah* seriam transferidos para o Tesouro Nacional da Turquia. O Tribunal Constitucional ainda considerou que pelas declarações públicas de líderes do *Refah*, em particular Necmettin Erbakan, Sevkettin Kalkan e Ahmet Tekdal – todos membros do Parlamento à época dos fatos e os dois últimos eram vice-presidentes do partido – haviam se envolvido diretamente nas ações do partido. Por conseguinte, o tribunal proibiu-os de se sentar no Parlamento ou de assumir certos cargos políticos por cinco anos.

Em recurso à CEDH, considerou-se que as queixas relativas à suposta violação do direito à liberdade de associação e o direito à liberdade de expressão levantou questões semelhantes que foram consideradas em conjunto. Decidiu-se que a interferência aos direitos dos recorrentes persegue um objetivo legítimo. A questão era saber se a interferência estava em conformidade com a lei e se ela poderia ser considerada “necessária numa sociedade democrática”. A Corte reiterou

que é preciso que a interferência seja prevista em lei, não havendo espaço para discricionariedade nesse caso. A lei mais relevante para saber se a interferência estava “prevista na lei” seria a Constituição turca.

A CEDH considerou que os recorrentes constituíam um grande partido político que tinha advogados familiarizados com o direito constitucional e as normas que regem os partidos políticos. Eles tinham tomado parte nas discussões e procedimentos relativos a emendas à Constituição, assim os recorrentes poderiam ter previsto razoavelmente que corriam o risco de sofrerem processos para dissolver o partido se os seus líderes e membros se envolvessem em atividades antisseculares.

Considerando que o papel dos partidos políticos também é essencial para a democracia, a CEDH entendeu que os Estados somente poderiam tomar medidas para restringir as atividades dos partidos políticos em circunstâncias verdadeiramente excepcionais. Podem ser tomadas medidas principalmente quando um partido político propõe ação fundamentalmente antidemocrática.

Também foi considerado que a decisão do Tribunal Constitucional que realizou a interferência era necessária, uma vez que a dissolução do *Refah* seria uma medida adequada para a proteção da democracia diante das propostas apresentadas. Assim, a Corte não encontrou nenhuma violação do direito à liberdade de associação, protegidos no artigo 11 da Convenção. No que diz respeito às alegações de violações dos direitos à liberdade de expressão, de religião e de não discriminação, decidiu-se que não era necessário examiná-las separadamente, uma vez que continham os mesmos fatos examinados nos termos do artigo 11.

3.2.1.3

Entendimentos firmados no sistema europeu

Diante da análise dos casos, é possível perceber que a jurisprudência da CEDH não assume uma posição precisa a respeito das proibições de ofensas contra religiões. Ao citar a famosa frase do caso *Handyside* quanto à tolerância das ofensas, a Corte parece adotar o ponto de vista absolutista em sua definição positiva. No mesmo sentido, o instrumento legislativo principal da CEDH, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu art. 10(2), parece assumir o ponto de vista absolutista em sua definição negativa, ou seja, estabelece apenas limites formais à

liberdade de expressão. Ainda assim, quando da análise da fundamentação das decisões, percebe-se que a CEDH confere certa proteção especial às religiões e, especificamente nos casos de blasfêmia, terminando por proteger os grupos religiosos majoritários e muitas vezes tomando tal posição em situações em que a democracia não sofre real ameaça.

O problema principal da jurisprudência da CEDH parece estar na falta de clareza para determinar quando a legislação interna de um país afronta a Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo que, paradoxalmente, a verificação dessa afronta deveria ser a principal tarefa da CEDH. É essencial que a Corte passe a analisar, assim, os efeitos das suas decisões. O *chilling effect*, por exemplo, começou a ser levado em consideração nos casos *Giniewski Vs. France* e *Tatlav Vs. Turkey*; isso pode indicar uma mudança na postura da CEDH, mas não é uma garantia de que a Corte continuará agindo dessa forma, uma vez que falhou em aplicar qualquer dessas considerações em casos de blasfêmia e em *Norwood Vs. UK*.

Falta à Corte também um maior rigor na análise dos artigos mais utilizados em casos de ofensa à religião. Uma análise mais detida no artigo 9(1) da Convenção Europeia de Direito Humanos permite verificar, na primeira parte, que há provisões que protegem o direito à livre consciência, pensamento e religião, conferindo proteção especial ao pensamento e consciência. A segunda parte do artigo 9(1) garante o direito de agir de acordo com as crenças internas.

Apesar de a primeira parte do artigo 9º não ter referência direta à crença, é provável que a crença esteja incluída no termo “direito a liberdade de pensamento e consciência”. O aspecto interno, às vezes conhecido como “foro íntimo” da liberdade religiosa do art. 9(1), não é qualificado ou restringido no art. 9(2); apesar de a visão da religião no art. 9º estar na dicotomia entre crença e conduta, somente à crença é conferida proteção incondicional. Esse aspecto da liberdade de religião, voltado para o foro íntimo, centra-se na prevenção da coerção de crença, especialmente o castigo de heresia e conversão forçada. Portanto, de acordo com o art. 9º, há uma diferença entre liberdade de ter uma crença e a liberdade de manifestar a crença. O primeiro direito é inviolável para a Convenção, e o último é condicionado (Malik, 2011, p. 23 e 24).

Desta forma, é útil distinguir mais cuidadosamente as situações em que a conduta ofensiva ocorre contra a religião e aquelas em que o comportamento é

dirigido contra um grupo religioso. A primeira categoria abrange claramente o discurso contra dogmas religiosos, mas não necessariamente envolve questões de liberdade religiosa. A liberdade religiosa é, no entanto, mais claramente envolvida na promulgação de crimes que visam proteger um grupo religioso (Leigh, 2011, p. 67 e 68).

O art. 10(2) da Convenção Europeia estabelece critérios formais limitadores da liberdade de expressão, desde que sejam prescritos por lei, estejam direcionados a atingir um objetivo social específico e proporcional à necessidade social. A aplicação destes testes, no entanto, fez os limites menos previsíveis, devido à controversa margem de apreciação, uma vez que os critérios variam porque a Corte permite que os sistemas nacionais estabeleçam suas próprias necessidades de restrições legais, com base no local, e as diferenças culturais.

Além de permitir a tendência de proteger especificamente religiões, a jurisprudência da CEDH estabelece uma hierarquia de diferentes formas de discurso: discursos políticos, artísticos e comerciais. Dentro dessa gradação de formas de expressão, o discurso político recebe maior valor e o discurso comercial recebe menor valor. Isto significa que a margem de apreciação se restringe quando se lida com limitações no discurso político e ganha amplitude quando se trata de expressão comercial. Tal margem de apreciação, contudo, varia não apenas conforme o tipo de discurso, mas também de acordo com os interesses que o Estado invoca para a limitação. Limitações no campo da segurança nacional ou na proteção da saúde e da moral são exemplos de questões que são tratadas de forma diferenciada pela Corte, estabelecendo um misto de hierarquias que se confundem (Leigh, 2011, p. 57).

Quando a CEDH confere um valor relativamente baixo à expressão artística, acaba concedendo deferência às autoridades nacionais relativas a gosto, decência e ofensividade, refletindo a relutância em encontrar uma violação do artigo 10 em ocasiões de interferência de autoridades nacionais. Também pela opinião da CEDH, ataques a religiões feitos por jornalistas têm recebido maior proteção, pois se ressalta a importância do debate público nesses casos. Comparando os casos *Otto-Preminger, I.A.*, *Klein* e *Giniewski*, percebe-se que, diante do julgamento da CEDH, um Estado pode ser impedido de censurar um jornal satírico por publicações dirigidas a figuras religiosas, entendendo ser uma violação ao art. 10, ao mesmo

tempo em que se autoriza um Estado a punir a arte que critica ou satiriza crenças religiosas (Leigh, 2011, p. 70).

O corolário da justificativa pelo menor reconhecimento conferido à expressão artística de cunho religioso, de acordo com a Corte, é que algumas formas de discurso não são considerados dignas de proteção, em primeiro lugar porque elas não têm utilidade social ou são positivamente prejudiciais. Ironicamente esta conclusão contradiz um dos pilares do artigo 10, que é traduzido no caso *Handyside* como a proteção não apenas a discursos que agradam, mas também a discursos ofensivos e que chocam, considerando novamente que a frase é citada em praticamente todos os casos polêmicos sobre liberdade de expressão.

A respeito das categorias de ofensas à religião, como mencionado, a Comissão de Veneza incentiva os países signatários a revogarem a proibição legal da blasfêmia. Uma vez que a essência da blasfêmia é desprezar ou insultar Deus ou qualquer coisa considerada sagrada, não há grupo religioso diretamente afetado. Há de se considerar que as religiões não têm direitos, justamente porque as ideias não têm direitos. Os grupos de crentes religiosos, por outro lado, têm direitos; são esses que devem ser protegidos de forma a garantir o exercício de sua liberdade religiosa.

O insulto ou difamação religiosa, como se destina a insultos direcionados aos dogmas e crenças religiosos, trata-se de uma ofensa intermediária, entre a blasfêmia e o discurso de ódio, e deverá ser analisada de acordo com seu potencial ofensivo para a sociedade, considerando principalmente se a liberdade religiosa do grupo em questão é afetada por conta das críticas realizadas. O ódio contrarreligioso, por sua vez, é uma questão mais sensível, pois se trata de uma forma mais forte de conduta que pode ou não vir acompanhada de intenção de promover a discriminação ou violência contra membros de uma religião, sua regulação depende da construção jurisprudencial realizada em torno do tema.

Observa-se que os membros do Conselho da Europa tem aumentado o uso de leis criminais para regular o discurso de ódio (Malik, 2011 p. 21) e a Comissão de Veneza argumentou que tais legislações são preferíveis às leis de blasfêmia ou de difamação religiosa e protegem mais claramente os “direitos de outros”. O problema continua sendo a ausência de definição geral sobre o que é “incitação ao ódio” ou discurso de ódio. Dentro do Conselho da Europa, o Comitê de Ministros tem defendido uma abordagem mais ampla, o que sugere que o discurso do ódio abrange todas as formas de expressão que espalham, incitam, promovem ou

justificam o ódio racial, de xenofobia, antissemita e outras formas de ódio baseados em intolerância, incluindo intolerância expressa pelo nacionalismo agressivo e etnocentrismo, a discriminação e hostilidade contra as minorias, migrantes e pessoas de origem imigrante.

A Comissão também observou que praticamente todos os países membros do Conselho da Europa (com exceção de San Marino) contém previsão na legislação para incitação ao ódio. Em alguns desses países – como Áustria, Chipre, Grécia, Itália e Portugal – a lei pune incitação a atos aptos a criar discriminação ou violência e não o mero ódio. Em outros países, como a Lituânia, a lei penaliza ambos, sendo que a incitação à violência carrega penas mais severas. A Comissão ressalta, contudo, que existem várias formas de punição por uso abusivo da liberdade de expressão, desde sanção administrativa, civil, restrições às publicações e sanções criminais, estas últimas devem ser deixadas para última hipótese. De acordo com a Comissão, somente discursos de ódio justificam sanções criminais (European Commission for Democracy Through Law, 2008, p. 12).

A Comissão ainda ressalta que há diferença entre um discurso de ódio baseado na raça e um discurso baseado na religião. Enquanto a raça é herdada e imutável, a religião não; ao invés disso, a religião tem crenças e valores nos quais o crente irá sustentar como se fora a única verdade. Ideias como superioridade da raça não são aceitáveis, mas ideias que pregam a superioridade de uma religião podem ser (European Commission for Democracy Through Law, 2008).

A Comissão, por fim, ressalta a importância de certos elementos na consideração do discurso de ódio: o contexto em que é proferido; o público a que é destinado; se o discurso foi proferido por pessoa detentora de suas plenas capacidades, especialmente se a pessoa detém cargo particular, visto que algumas imunidades devem ser consideradas em cargos públicos. Sobre o contexto, é importante averiguar se o discurso foi proferido em ambiente restrito ou acessível ao público em geral, bem como se o conteúdo foi publicado na internet.

Uma preocupação legítima que se coloca a esse respeito é que apenas às crenças religiosas ou convicções de alguns seria conferida proteção. Talvez isso ocorra em razão da sua pertença à maioria religiosa ou a uma minoria religiosa poderosa e, assim, são reconhecidos como membros um grupo religioso. A proteção especial pode ocorrer também por conta das reações dos religiosos aos insultos; um medo razoável de reações incontroláveis poderia levar a cautela específica no que

diz respeito aos muçulmanos, por exemplo (European Commission for Democracy Through Law, 2008, p. 17). As autoridades nacionais podem levar estas questões em consideração no momento de proibir um discurso, visando à preservação da ordem pública e a paz social. Entretanto, todos esses elementos carecem de análise por parte da CEDH.

3.2.2

Inglaterra

As normas reguladoras do discurso de ódio da Inglaterra são encontradas em diversos estatutos. Não necessariamente tais normas são aplicadas somente na Inglaterra, sendo, às vezes, aplicáveis em todo o Reino Unido e, outras vezes, em alguns dos países que o compõe, em razão das diferenças entre os sistemas legais entre esses países. O critério de escolha da Inglaterra para a pesquisa se deve às discussões interessantes presentes na jurisprudência inglesa. Entretanto, como será feita uma análise das normas principais que fundamentam as decisões tratadas, é preciso alertar que alguns posicionamentos não se restringem à região inglesa, a depender da abrangência da norma referida.

A blasfêmia e difamação blasfema eram originalmente infrações nos termos do *Common Law* da Inglaterra, reguladas pelo *Criminal Libel Act 1819*. Na verdade, em sua origem, a lei em questão restringia-se a proteger o cristianismo, mais especificamente a Igreja estabelecida, qual seja, a Anglicana. A falta de simetria que conferia liberdade de expressão e religiosa para que um anglicano blasfemasse contra a crença muçulmana, por exemplo, mas não o contrário, levou a argumentos pela maior restrição legal em favor de outras religiões, a fim de manter a coerência (Warburton, 2015, p. 56).

Entretanto, a dificuldade em alargar uma lei historicamente específica, que só protege uma Igreja cristã desse gênero de ofensa – sendo assim, essencialmente discriminatória – é que se fosse alargada para proteger todas as outras religiões, seria de todo inaplicável. Warburton (2015, p. 58) corretamente diz que o âmbito de tópicos sacrossantos e figuras do cristianismo é vasto, mas não tão vasto como o âmbito do cristianismo mais o islão, mais o judaísmo, mais o hinduísmo. Muitas

outras religiões teriam também de ser incluídas nessa lista infinita, dificultando sua aplicabilidade. Mesmo assim, com o tempo, a regulação da blasfêmia serviu como inspiração para outros países britânicos, alguns dos quais regulam a ofensa até hoje.

Sobre o tema do discurso de ódio, na Inglaterra e País de Gales incide o *Public Order Act 1986*. O estatuto foi especialmente elaborado para combater manifestações fascistas antissemitas (Lasson, 1987, p. 165). A Parte 3 proíbe expressões de ódio racial, definido como o ódio contra um grupo de pessoas em razão de cor, raça, nacionalidade (incluindo cidadania), ou origem étnica ou nacional. A Seção 18 [*Section 18*] da norma estabelece:

Uma pessoa que usa palavras ameaçadoras, ou comportamento abusivo ou insultuoso, ou apresenta qualquer material escrito que é ameaçador, abusivo ou insultuoso, é culpado por uma ofensa se:

- (A) pretende, com sua atitude, atizar o ódio racial, ou
- (B) considerando todas as circunstâncias, o ódio racial é suscetível de ser fomentado (tradução livre).⁵⁸

Para as infrações que incidem na Parte 3 do *Public Order Act 1986* é prevista uma pena máxima de sete anos de prisão, multa, ou ambas.

O *Racial and Religious Hatred Act 2006* – norma voltada para a regulação da incitação ao ódio contrarreligioso – alterou o *Public Order Act 1986*, adicionando a Parte 3A. Essa parte diz que “uma pessoa que usa palavras ou comportamento ameaçador ou exibe qualquer material escrito que é ameaçador, é culpado de uma ofensa, se ela pretende, com isso, atizar o **ódio com base na religião**.”⁵⁹ (tradução livre. Grifou-se).

Tony Blair e seus ministros viam o discurso do ódio dirigido aos muçulmanos como um problema grave. Isso porque se acreditava que racistas, usando a religião como uma base sobre a qual a atacar minorias, poderiam contornar a incitação ao crime ódio racial. Ao criminalizar o incitamento ao ódio contrarreligioso, o governo também pretendia demonstrar que iria equilibrar a sua

⁵⁸ Citação original:

“Use of words or behaviour or display of written material

(1) A person who uses threatening, abusive or insulting words or behaviour, or displays any written material which is threatening, abusive or insulting, is guilty of an offence if—

(a) he intends thereby to stir up racial hatred, or

(b) having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby.”

⁵⁹ Citação original:

“A person who uses threatening words or behaviour, or displays any written material which is threatening, is guilty of an offence if he intends thereby to stir up religious hatred.”

legislação anti-terrorismo com uma disposição que serviria aos interesses dos muçulmanos. Isso sugere um compromisso, por parte do governo Blair, ao ideal de justiça distributiva. Esse ideal especifica que as instituições públicas (como a lei) devem acomodar os interesses de todos os membros da sociedade (Thiel, 2016, p. 343).

A regulação complementa que, para que um ato seja considerado uma ofensa, pode tanto ser cometido em um espaço público ou privado. Além disso, a parte que protege a liberdade de expressão, na Seção 29J, faz a seguinte ressalva, conferindo proteção especial à liberdade religiosa:

Nada no presente capítulo deverá ser lido ou conferido efeito de forma que proíba ou restrinja a discussão, crítica ou expressões de antipatia, desagrado, ridicularização, insulto ou abuso de religiões particulares ou as crenças ou práticas dos seus adeptos, ou de qualquer outro sistema de crença ou as crenças ou práticas dos seus adeptos, ou de proselitismo ou incitando adeptos de um sistema de religião ou crença diferente para cessar a prática de seu sistema de religião ou crença (tradução livre).⁶⁰

Posteriormente, o *Criminal Justice and Immigration Act 2008* também trouxe algumas alterações importantes ao *Public Order Act 1986*. Acrescenta à Parte 3A o delito de incitação ao ódio em razão da orientação sexual, regulamentando, ainda, que toda a Parte 3 do *Public Order Act 2006* está atrelada aos seguintes atos: uso de palavras, comportamento ou exibição de material escrito (Seção 29B); publicação ou distribuição de material escrito (Seção 29C); execução pública de uma peça de teatro (Seção 29D); distribuir, mostrar ou reproduzir uma gravação (Seção 29E); radiodifusão (Seção 29F); e posse de material inflamatório (seção 29G). Nas circunstâncias do ódio com base na crença religiosa ou na orientação sexual, determina-se que o ato relevante – ou seja, palavras, comportamento, material escrito, ou gravações, ou programa – deve ser ameaçador e não apenas abusivo ou insultuoso.

A mudança mais importante trazida pelo *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, porém, foi quanto à norma regulamentadora da blasfêmia. Com o *Public Order Act* – fruto de demandas advindas de diversas lideranças religiosas no sentido

⁶⁰ Citação original:

“Nothing in this Part shall be read or given effect in a way which prohibits or restricts discussion, criticism or expressions of antipathy, dislike, ridicule, insult or abuse of particular religions or the beliefs or practices of their adherents, or of any other belief system or the beliefs or practices of its adherents, or proselytising or urging adherents of a different religion or belief system to cease practising their religion or belief system.”

de ampliar a proteção discriminatória da blasfêmia para todas as religiões –, a lei da blasfêmia tornou-se obsoleta e optou-se pela manutenção de uma única legislação que protegesse todas as religiões contra ofensas e incitações de ódio. Assim, a Seção 79 do *Criminal Justice and Immigration Act 2008* aboliu os crimes de Common Law de blasfêmia e difamação blasfema na Inglaterra e no País de Gales. Essa seção entrou em vigor em Julho de 2008.⁶¹

A partir de 2012, iniciou-se uma discussão reformativa em torno do *Public Order Act 2006*. O dispositivo questionado é a Seção 5 [Section 5] da Parte 1, que estabelece a proibição de “usar palavras ou comportamento ameaçadores, abusivos ou **ofensivos** ou um comportamento que cause desordem,” (grifou-se) ou expor “qualquer texto, símbolo ou outra representação visual que seja ameaçadora, abusiva ou **ofensiva**” (grifou-se). Determina também que o ato passível de condenação deve estar dentro do campo de “audição ou visão da pessoa que possa ser suscetível a ser vítima do assédio, perturbação ou sofrimento.” (tradução livre).⁶²

São considerados motivos para afastar a aplicação da Seção 5 quando a pessoa acusada de cometer a violação provar que (i) não tinha motivo para acreditar que alguma pessoa que estivesse vendo ou ouvindo se sentiria ofendida, (ii) que o texto, palavra, comportamento, símbolos ou qualquer representação visual foi disponibilizada em de algum tipo de habitação e aquele que proferiu o discurso tinha motivos para acreditar que ninguém de fora teria acesso àquele conteúdo, e (iii) a sua conduta foi razoável.⁶³

⁶¹ Mesmo após a revogação da lei de blasfêmia britânica, o sentimento de combater ofensas religiosas continuou na Inglaterra. A lei de blasfêmia era utilizada para proteger a fé cristã, pois, por definição jurisprudencial, era aplicada para reprimir ofensas relacionada a Deus, Jesus Cristo e a Bíblia; e tentativas ocasionais de proteger fé islâmica e judaica fracassaram. Quando da promulgação do Racial and Religious Hatred Act de 2006 e a consequente abolição da lei da blasfêmia, as pessoas não encararam a mudança como rejeição de leis proibidoras da ofensa do sentimento religioso em favor de leis que proíbem somente o discurso de ódio. A mudança foi interpretada, tão somente, como uma forma de garantir a isonomia entre as religiões, protegendo todas contra o discurso ofensivo, da mesma forma que a lei da blasfêmia protegia o cristianismo antes.

⁶² Citação original:

“Harassment, alarm or distress.

(1) A person is guilty of an offence if he—

(a) uses threatening [abusive or insulting] words or behaviour, or disorderly behaviour, or

(b) displays any writing, sign or other visible representation which is threatening [abusive or insulting], within the hearing or sight of a person likely to be caused harassment, alarm or distress thereby.”

⁶³ Citação original:

“(3) It is a defence for the accused to prove—

(a) that he had no reason to believe that there was any person within hearing or sight who was likely to be caused harassment, alarm or distress, or

A condenação de acordo com a Seção 5 ocorreria apenas se houvesse a intenção ou conhecimento, por parte de quem proferiu o discurso, de que as palavras ou comportamento seriam ameaçadores, ofensivos ou abusivos. Cabe, ainda, ressaltar que, de acordo com a Seção 5, a polícia pode prender sem mandado aquele que, após ter recebido o aviso para interromper com a violação, continuar a fazê-lo ou aplicar-lhe uma multa de, no máximo, mil libras.

Dessa forma, a aplicação da Seção 5, segundo o Manual de Orientação para Manutenção da Paz de 2010 [*Manual of Guidance on Keeping the Peace 2010*], destinava-se àquele indivíduo que estivesse agindo de forma “gratuitamente ofensiva” – nesse sentido, é o mesmo entendimento da CEDH – e que tinha intenção ou conhecimento de que seu comportamento ou palavras estavam sendo ofensivos a alguém. Além disso, o Manual ainda estipulava que “é a conduta gratuita e calculada para insultar que deve ser objeto da infração, e não a expressão pública de uma mensagem ofensiva ou opinião.”⁶⁴

Em 2009, o *Join Committee on Human Rights* declarou em seu relatório [*Demonstrating respect for rights? A human rights approach to policing protest*] que uma emenda à Seção 5 do *Public Order Act 1986* deveria ser feita com o intuito de evitar usos inapropriados em prejuízo da liberdade de expressão. A emenda proposta seria no sentido de suprimir a palavra “ofensivo” [*insulting*] da Seção 5, diminuindo a discricionariedade das autoridades de polícia e de julgamento. O Comitê diz, ainda, que algo visto como mero insulto não deveria ser criminalizado. Com a supressão, a norma seria menos abstrata, ao mesmo tempo em que continuaria a proteger as pessoas de discursos ameaçadores e abusivos, conferindo uma margem mais ampla à liberdade de expressão.

Em 16 de março de 2012, iniciou-se oficialmente a campanha de Reforma da Seção 5 [*“Reform Section Five”*] na Casa dos Comuns, com o *slogan* “sinta-se

(b) that he was inside a dwelling and had no reason to believe that the words or behavior used, or the writing, sign or other visible representation displayed, would be heard or seen by a person outside that or any other dwelling, or

(c) that his conduct was reasonable.”

⁶⁴ “If an individual’s conduct is gratuitously insulting and he or she intends it to be, or is aware that it might be, it will in most cases follow that the conduct is objectively unreasonable, especially where the conduct was motivated (wholly or partly) by hostility towards members of a racial or religious group based on their membership of that group (Norwood).”

“It is conduct or behavior which is gratuitous and calculated to insult that is the subject of the offence rather than the public expression of an offensive”.

Cf.: *Manual of Guidance on Keeping the Peace*, 2010, p. 31.

livre para me insultar” [*“feel free to insult me”*]. Isso porque o dispositivo começou a ser utilizado como fundamento para acusar pessoas em situações absurdas.

Dentre os casos citados pelo movimento estão: em 2008, um adolescente foi acusado de violar a Seção 5 em Londres por escrever em um cartaz que a Cientologia era um culto; em 2006, um estudante passou a noite na prisão por chamar o cavalo de um policial de *gay*; em 2012, John Richards, um pensionista ateu colocou uma pequena placa na janela de sua casa dizendo “as religiões são contos de fadas para adultos” [*“religions are fairy stories for adults”*], a polícia disse que ele poderia ser preso com base na Seção 5 caso ele não removesse o cartaz. Para se certificar, John Richards enviou um e-mail à polícia perguntando o que aconteceria se ele colocasse a frase em papel A4. A Polícia de Lincolnshire respondeu que se uma reclamação fosse feita, então ele poderia ser preso com base na seção 5 do *Public Order Act 2006* por causar alarme e estresse.⁶⁵

As principais críticas dos membros da campanha “*Reform Section Five*” eram relacionadas ao fato de o juiz ou a própria polícia decidir, com base em sua ampla discricionariedade, se houve insulto ou não. Faltava confiança na pessoa que julga e a falta de limites legais faz com que não exista margem de segurança ou qualquer previsibilidade de julgamento.

Segundo os participantes da campanha “*Reform Section Five*”, ser insultado seria apenas uma consequência de se viver em uma sociedade democrática que dá espaço para a liberdade de expressão e o livre debate. Argumentavam também que a Seção 5 estaria causando um *chilling effect* na Inglaterra e, portanto, ao invés de proteger apenas as pessoas que sofrem discriminação, violência ou ameaças, a norma inglesa, como aplicada, terminava protegendo seus cidadãos de se sentirem insultados, o que claramente não deveria ser uma questão criminal. Além disso, também em razão da sua ampla aplicação, a norma acabava conferindo ao julgador poderes para trazer o entendimento da blasfêmia de volta, causando um indubitável retrocesso.

Uma característica interessante desta campanha é que ela contou com apoiadores de diversas áreas, inclusive de ideologias divergentes, como o *Christian Institute*, órgão criado com o objetivo de divulgar a religião cristã ao redor do Reino Unido e a *National Secular Society*, entidade que trabalha para uma democracia

⁶⁵ Ver mais em: <http://reformsection5.org.uk/> (acesso em 21 out. 21016).

secular. A campanha também recebeu o apoio do ator Rowan Atkinson, conhecido por interpretar o papel do personagem “Mr. Bean”, em seriado cômico de mesmo nome. Em suas provocações, o ator questiona:

O que há de errado em encorajar uma intensa antipatia pela religião? Por que não haveríamos de o fazer, se as crenças dessa religião ou as atividades realizadas em seu nome merecem ser objeto de uma antipatia imensa? E se os ensinamentos ou crenças da religião forem tão obsoletos, hipócritas ou abusivos dos direitos humanos que seria perverso não dar voz a uma crítica dos mesmos? (Warburton, 2015, p. 61).

Após a amplitude da campanha, os apelos foram atendidos e a Seção 5 do *Public Order Act 2006* foi reformada pela Seção 57 do *The Crime and Courts Act 2013*, que assim passou a estabelecer a partir da sua vigência em 1º de Fevereiro de 2014: “O *Public Order Act 1986* é emendado como segue: Na Seção 5(1) substituir ‘abusiva ou ofensiva’ por ‘ou abusiva’” (tradução livre).⁶⁶

3.2.2.1

Jurisprudência inglesa no combate à ofensa religiosa com base na Seção 5 do *Public Order Act*

Apesar de a Seção 5 do *Public Order Act 2006* ter sido reformada apenas em 2013, a jurisprudência sobre o tema vem trazendo discórdia entre especialistas durante muito tempo. O caso *Jordan Vs. Burgoyne* é ilustrativo nesse sentido. Em julho de 1963, Colin Jordan, líder do Movimento Nacional Socialista neo-nazi, dirigiu uma reunião para milhares de pessoas na *Trafalgar Square*. Muitos na multidão se sentiram ofendidos com o que ele disse, especialmente depois de ter afirmado que “Hitler estava certo... Nossos inimigos reais, as pessoas contra quem deveríamos ter lutado, não eram Hitler e os nacional-socialistas da Alemanha, mas judeus do mudo e seus associados neste país” (tradução livre).⁶⁷

⁶⁶ Citação original:

“Public order offences

(1) The Public Order Act 1986 is amended as follows.

(2) In section 5(1) (harassment, alarm or distress) for “abusive or insulting” in the two places where it occurs substitute ‘or abusive’.

(3) In section 6(4) (mental element: miscellaneous) for ‘abusive or insulting’ in the two places where it occurs substitute ‘or abusive’”.

⁶⁷ Citação original:

No julgamento de Jordan, o tribunal considerou que o seu discurso não tinha o condão “de influenciar pessoas normais que ouviram isto a cometer o rompimento da paz” (tradução livre)⁶⁸, ou seja, o tribunal não entendeu ter havido incitação ao ódio ou à violência. O tribunal de recurso, no entanto, reformou a sentença. Nesse caso, a Seção 5 foi interpretada no sentido de que “o orador deve levar em consideração a audiência como ele a encontrou, e se suas palavras são suscetíveis de provocar uma ruptura da paz para esse público, ou parte desse público, o orador é culpado de uma ofensa.” (tradução livre)⁶⁹ Assim, o teste de interpretação não adentrou em análise específica do tipo da audiência, apenas confiou na subjetividade alegada pelos receptores do discurso.

Comentaristas criticaram a interpretação adotada no caso Jordan, vendo-a como uma “carta branca a oferecer a qualquer grupo que deseje quebrar qualquer reunião” (tradução livre),⁷⁰ e, por isso, apresenta um sério perigo para a liberdade de expressão. Tais críticos aparentemente adotam a visão tradicional libertária de que ninguém deveria, ou poderia ser concedido, o poder de decidir que discurso é ameaçador, abusivo ou insultuoso e qual discurso não é (Lasson, 1987, p. 165 - 166).

As condenações com base na *Section 5* continuaram a acontecer em casos mais recentes. Em outubro de 2001, Harry Hammond, um pregador cristão, andava pelas ruas de Bournemouth segurando um cartaz contendo os dizeres: “Parem com a imoralidade, parem com a homossexualidade, parem com o lesbianismo” (tradução livre).⁷¹ Várias pessoas se juntaram e tentaram destruir o cartaz, agindo com um comportamento agressivo, uma das pessoas jogou terra em Hammond.

Após pressão do público, os policiais Constables Gandy e Elliott, decidiram prender e multar Hammond por violação à *Section Five do Public Order Act*, especificamente nas seções 5(1) e 5(6), sob a justificativa de que ele estaria provocando violência e desordem.

"Hitler was right... Our real enemies, the people we should have fought, were not Hitler and the National Socialists of Germany but world Jewry and its associates in this country."

⁶⁸ Citação original:

"to lead ordinary reasonable people hearing it to commit breaching of the peace."

⁶⁹ Citação original:

"the [speaker] must take his audience as he finds them, and if those words to that audience, or part of that audience, are likely to provoke a breach of the peace, than the speaker is guilty of an offence."

⁷⁰ Citação original:

"*carte blanche* offer to any group who wished to break up any meeting."

⁷¹ Citação original: "Stop Immorality, Stop Homosexuality, Stop Lesbianism".

O tribunal ordenou a destruição dos cartazes e Hammond foi condenado a pagar multa de 300 libras por despesas e 395 libras por custas judiciais. Logo após a morte de Hammond, houve o julgamento da sua apelação na *High Court of London*, ocasião em que se decidiu pelo seu indeferimento. Segundo os juízes, as palavras no cartaz eram ofensivas e provocavam as pessoas que passavam por ali e, apesar da reação do público, Hammond permaneceu com o protesto. Os juízes ainda ressaltaram que o comportamento de Hammond foi além do protesto legítimo e que a sua liberdade de expressão protegida pelo artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos foi limitada pela necessidade de manter a ordem pública, pois as palavras ofendiam diretamente a comunidade homossexual ao afirmar que sua prática seria imoral.

A condenação diante da Seção 5 do *Public Order Act* foi justificada como uma resposta proporcional, considerando que o comportamento de Hammond teria sido além do protesto permitido, provocando violência e desordem, em situação de grande propagação do discurso. Nesses termos, a apelação foi desprovida.

Em junho de 2008, Anthony Rollins fazia suas pregações nas ruas de Birmingham citando passagens da Bíblia do Rei James (Coríntios 1), nas quais condenava os “afeminados”, referindo-se aos homossexuais. Após uma denúncia telefônica feita por um dos pedestres, Rollins foi preso por quatro horas e condenado ao pagamento de multa pela violação da Seção 5 do *Public Order Act*.

O juiz Lance Ashworth QC decidiu condenar a *West Midlands Police* ao pagamento de 4.250 libras de indenização a Rollins. O juiz entendeu que o policial agiu com abuso de autoridade e agressão ao prender Rollins sem necessidade.

Em março de 2015, Mike Overd foi condenado a pagar uma multa de 200 libras após ter sido denunciado por um pedestre homossexual, por ter citado a passagem bíblica Levítico 20:13 durante uma de suas pregações na cidade inglesa de Taunton, a fim de condenar práticas homossexuais: “O homem que se deitar com outro homem como se fosse uma mulher, ambos cometeram uma abominação, deverão morrer, e seu sangue cairá sobre eles.”

A pregação foi considerada uma ameaça à ordem pública e, por isso, Mike Overd foi condenado com base na Seção 5 do *Public Order Act 1986*. O juiz Shamim Ahmed Qureshi, responsável pela condenação, constatou durante o julgamento que Overd poderia ter usado outra citação bíblica do Levítico, como o Levítico 20:18 que, apesar de classificar a homossexualidade como uma

abominação, não determina morte como pena a quem a pratica. De acordo com o juiz, caso a citação de Levítico 20:13 não fosse considerada ameaçadora e abusiva, seria criado um precedente de autorização para que qualquer um se valha do trecho para proferir discursos homofóbicos sem ser condenado.

Overd apelou sob os argumentos de que não citou a parte da passagem em que é dito que homossexuais devem ser mortos e, por isso, a condenação do juiz teria sido uma censura a sua liberdade de expressão. Em 11 de dezembro de 2015 Mike Overd foi absolvido pelo juiz David Ticehurst, pois o tribunal entendeu não haver provas suficientes para justificar a condenação.

A condenação de Mike Overd ocorreu após a reforma da Seção 5 entrar em vigor – tendo sido absolvido apenas caráter de apelação – e, apenas com base nesse caso, não foram percebidas mudanças significativas na aplicação da norma. Será necessário acompanhar a jurisprudência inglesa sobre o tema nos próximos anos a fim de verificar se a modificação da norma teve impacto na interpretação e aplicação da mesma.

3.2.2.2

Jurisprudência inglesa

3.2.2.2.1

Blasfêmia

Apesar de a norma reguladora da blasfêmia ter sido abolida em 2008, o dispositivo já vinha caindo em desuso ao longo dos anos. A última condenação com base na norma foi o *Lemon Vs. Whitehouse*. Denis Lemon era editor da revista *Gay News*, voltada para o público homossexual, e em 1977, publicou um poema “o amor que ousa pronunciar o seu nome” [“*The love that dares to speak its name*”], da autoria de James Kirkup. Nesse poema, um centurião romano pratica felação no recentemente crucificado Jesus Cristo, ejacula nas suas feridas e depois é penetrado pelo Cristo ressuscitado. A personagem do centurião também sugere que Cristo teve relações sexuais com os 12 apóstolos.

Mary Whitehouse argumentou que representar Cristo desse modo era tão profundamente ofensivo para os cristãos que Lemon deveria ser condenado de acordo com a pena máxima da lei de blasfêmia. Os tribunais condenaram Lemon a nove meses de pena suspensa e uma multa de 500 libras esterlinas, veredito que foi mantido em recurso pela Câmara dos Lordes.

Em 2002, o polêmico poema foi lido publicamente em Londres por humanistas, entre eles, Peter Tatchell, que declarou que “a lei da blasfêmia dá à religião cristã proteção privilegiada contra a crítica e a dissidência. Nenhuma outra instituição goza de tais amplos poderes para suprimir a expressão de opiniões e ideias.”⁷²

Harry Taylor, 59 anos, de Salford, é um militante ateu que produziu imagens de caricaturas religiosas e as deixou em uma sala de oração do aeroporto John Lennon, em Liverpool no ano de 2008. Os jurados o consideraram culpado por assédio religioso, causando danos por ofensas religiosas intencionais. Taylor foi condenado a seis meses de prisão, suspenso por dois anos, condenado a executar 100 horas de trabalho não remunerado, pagar 250 libras por custas judiciais.

Apesar de não ter sido condenado com base na lei de blasfêmia, a sentença de Harry Taylor foi interpretada pela Sociedade Secular Nacional como apta a “criar uma nova lei de blasfêmia que abrirá o caminho para todos os extremistas religiosos perseguirem e processarem seus críticos” (tradução livre).⁷³

A última tentativa que se tem registro de processo com base na lei de blasfêmia foi em 2007 quando o grupo evangélico *Christian Voice* realizou uma acusação contra a BBC sobre a sua transmissão do show Jerry Springer, “The Opera”. A transmissão incluiu uma cena que descreve Jesus, vestido como um bebê, professando ser “um pouco gay”. As acusações foram rejeitadas pelo Tribunal de Magistrados *City of Westminster Magistrate’s Court*. O grupo *Christian Voice* recorreu para ter esta decisão anulada pelo Supremo Tribunal, mas o pedido foi

⁷² Citação original:

“The blasphemy law gives the Christian religion privileged protection against criticism and dissent. No other institution enjoys such sweeping powers to suppress the expression of opinions and ideas.”
Ver mais em:

<http://www.petertatchell.net/religion/blasphemy.htm>

⁷³ Citação original:

“creating a new blasphemy law that will open the way for every religious extremist to persecute and prosecute their critics.”

Ver em:

<http://www.secularism.org.uk/atheist-sentencing-creates-a-new1.html> (acesso em 02 nov.2016).

rejeitado. O tribunal considerou que as infrações à lei da blasfêmia não se aplicavam a encenar produções e transmissões.⁷⁴

3.2.2.2.2

Discurso de ódio contrarreligioso

Em 5 de Julho de 2013, a *Ofcom - Office of Communications* – , órgão regulador da Inglaterra – multou o canal de televisão *DM Digital* em mais de 85.000 libras, por veicular programa no qual um homem fazia um discurso dizendo que muçulmanos tinham o dever de matar qualquer pessoa que insultasse o profeta Maomé.

O órgão regulador entendeu que canal violou a regra 3.1 do *Broadcasting Code*, que determina que qualquer material passível de encorajar ou incitar violência, crime ou causar desordem não pode ser incluído em serviços de rádio ou Televisão.

Em 9 de Outubro o canal transmitiu o programa *Rehmatul Lil Alameen*, que consistia em uma aula ao vivo com um acadêmico islâmico que comentava a morte do governador de Punjab, Salman Taseer. O governador teria sido um grande crítico da lei de blasfêmia paquistanesa, que atribui pena de morte para aqueles que insultarem o profeta Maomé.

Durante o programa, o religioso elogia os idealizadores da lei e reafirma o dever de matar todos aqueles que insultarem o profeta Maomé. A *Ofcom* concluiu que se tratava de um incentivo para que muçulmanos atacassem ou matassem as pessoas que ofendessem Maomé e tal atitude incitava a violência. Desta vez, além do pagamento da multa, a *DM Digital* também foi condenada a transmitir uma declaração divulgando a condenação fixada pela *Ofcom* e o programa foi cancelado.

A *Ofcom* considerou ainda revogar a licença do canal *DM Digital* em razão da grave violação dos artigos 9º e 10 do *Human Rights Act 1998*, mas se entendeu que seria uma punição desproporcional. Dessa forma, devido a esse caso e

⁷⁴ Ver mais em:

<https://www.theguardian.com/media/2007/dec/05/independentproductioncompanies.bbc> (acesso em 02 nov. 2016).

acontecimento anteriores menos graves, o canal passou a estar sob observação da Agência Reguladora.

Em outro caso, a *Ofcom* rejeitou uma queixa da Polícia de *West Midlands* sobre o programa *Dispatches* transmitido pelo canal 4 [*Channel 4*] em 15 de janeiro de 2007, relatando as observações de um repórter secreto que visitou várias mesquitas e organizações islâmicas na Grã-Bretanha e descobriu exemplos de discursos extremistas. O programa afirmava que “uma ideologia de fanatismo e intolerância se espalha pela Grã-Bretanha com suas raízes na Arábia Saudita”. O programa incluía filmagens secretas e gravações de discursos, que a polícia dizia serem homofóbicos, antissemitas, sexistas e condenatórios de não-muçulmanos.

A *Ofcom* recebeu 364 queixas dos telespectadores e da Polícia de *West Midlands*, que iniciou uma investigação imediatamente após o canal ter transmitido um programa analisando se as infrações penais haviam sido cometidas por aqueles que pregavam nas mesquitas ou por outras pessoas que estavam ligadas a elas. Concluiu-se, porém, que não havia provas suficientes para apresentar acusações criminais contra qualquer pessoa no programa.

A polícia então reclamou à *Ofcom* que as imagens transmitidas tinham sido editadas de modo a serem “suficientes para minar a coesão da comunidade” e que o programa era “susceptível de minar os sentimentos de segurança pública e segurança das comunidades nos *West Midlands* pelas quais o Chefe de Polícia tem uma responsabilidade”. A polícia também alegou que houve uma série de distorções mais específicas devido à edição, que a narrativa forneceu ideias pré-concebidas do que um orador estava tentando transmitir, e que o programa pode não ter refletido com precisão a vida diária em uma das Mesquitas cobertas. A emissora respondeu com firmeza, afirmando que as alegações policiais eram “totalmente sem fundamento”, que mostraram “ingenuidade assombrosa” e equivaliam a um equívoco fundamental sobre o processo de edição pelo qual os programas de televisão são feitos.

A *Ofcom* rejeitou as queixas dos telespectadores e da polícia em todos os fundamentos. Observou que o jornalismo investigativo desempenha um papel essencial no serviço público de radiodifusão e é claramente de interesse público. Complementou dizendo que a grande maioria da audiência entende que os documentários são editados a partir de horas de filmagens e, desde que aqueles apresentados nos programas não sejam editados injustamente e que os

telespectadores não sejam materialmente enganados, esta é uma prática aceitável. O programa não disse que os pontos de vista extremos são mantidos por todos os muçulmanos, e foram incluídas contribuições de organizações muçulmanas mais comuns que condenaram as visões extremas. Os pontos de vista dos oradores relatados não foram mal interpretados na edição. A escolha do material a incluir era uma decisão editorial da emissora, a qual a *Ofcom* não deveria intervir, a não ser que houvesse uma violação do Código de Difusão.

A *Ofcom* justificou também que não havia nada no programa que desse a impressão de que ele se propôs a mostrar a vida diária na mesquita. Assim, o programa representava uma investigação legítima que revelava assuntos de interesse público importantes e não havia provas de que a emissora tivesse induzido o público a erro ou que o programa fosse suscetível de encorajar ou incitar atividades criminosas. Separadamente, o *Ofcom* também rejeitou queixas sobre programas análogos sobre o Reino da Arábia Saudita, o Centro de Cultura Islâmica e a Mesquita Central de Londres.

Ainda no tema do discurso de ódio contrarreligioso, julgamentos com base no ódio racial tratado na seção 18, parte II do *Public Order Act* de 1986, são frequentes, por conta da extensão legislativa conferida pelo *Racial and Religious Hatred Act 2006* para cobrir questões de ódio contrarreligioso.

Vale ressaltar que os tribunais do Reino Unido não consideram ainda a proibição do discurso de ódio sob a luz do direito à livre expressão, igualdade e dignidade. Essa proibição é normalmente enquadrada como uma questão de ordem pública e não um meio para proteger a dignidade ou igualdade dos grupos vulneráveis.

Com isso, a história das leis de discurso de ódio no Reino Unido acaba destacando o perigo da opressão e silenciamento de grupos marginalizados por leis contra discurso de ódio. A primeira pessoa a ser processada por discurso de ódio com base o *Race Relations Act* de 1965 – antecessor do *Public Order Act 1986* – foi um homem negro. Ao longo dos anos 60 e 70, membros do Movimento Negro [*“Black Liberation Movement”*] no Reino Unido foram processados com base na legislação de discurso de ódio por instigar ódio racial.

O Caso *R. Vs. Malik* é emblemático nesse sentido, uma vez que um réu negro foi condenado e sentenciado a pena de prisão de 1 ano por dizer que pessoas brancas eram pessoas cruéis e desagradáveis. Ele admitiu que o discurso foi ofensivo, mas

argumentou que foi uma resposta a uma intolerância discriminatória que sofreu por pessoas brancas e tal questão sequer foi considerada em sede de julgamento.

No mesmo sentido, há também muitos casos de alegados discursos de ódio proferidos por muçulmanos ao professarem sua fé – ignorando o âmbito da liberdade religiosa –, apesar de poucos terem resultado em condenações.⁷⁵ Os casos de muçulmanos podem ser, por vezes, mais delicados, em razão de envolverem discursos a favor do Estado Islâmico e, conseqüentemente, apoiarem o terrorismo.⁷⁶ Nesses casos, contudo, há uma incitação direta à violência, mas os tribunais do Reino Unido não tendem a trabalhar com tal distinção de discurso.

Diante da análise das normas e jurisprudência inglesa sobre o tema é possível perceber que a Inglaterra preserva concepções passadas, estabelecidas em época de pré-secularização, que prezavam pela manutenção do que se entendia como sagrado, como a ideia de heresia, por exemplo. Esse tipo de visão, entretanto, é capaz de gerar muitos casos absurdos, de flagrante violação do princípio da liberdade de expressão. Por outro lado, a Inglaterra não demonstra uma tendência de favorecer a religião no sentido de não condenar seus seguidores por discursos ofensivos proferidos. Nesse sentido, os tribunais procuram estabelecer certa simetria. Contudo, em alguns casos não são considerados *standards* internacionais importantes, como o histórico da religião e abrangência do discurso, a fim de proteger os grupos mais vulneráveis. Às vezes a proteção ocorre sobre o grupo majoritário e às vezes também prejudica desnecessariamente o exercício da liberdade religiosa.

3.2.3

França

A França é um país peculiar no que diz respeito ao combate do discurso de ódio e à relação entre o Estado e a Igreja. Ao mesmo tempo em que sofre influências

⁷⁵Ver mais em:

[http://www3.law.ox.ac.uk/denning-archive/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_\(2\).pdf](http://www3.law.ox.ac.uk/denning-archive/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_(2).pdf)

⁷⁶Anjem Choudary convicted of supporting Islamic State: <https://www.theguardian.com/uk-news/2016/aug/16/anjem-choudary-convicted-of-supporting-islamic-state> (acesso em 20 dez. 2016).

do sistema Europeu como um todo, diferencia-se dele. No Estado francês, a democracia e a laicidade [*laïcité*] podem ser considerados os princípios subjacentes a todas as leis que regulam a posição da religião na esfera pública, de modo que a própria esfera pública e a educação são neutras em relação à religião.

Por conta da neutralidade perante a religião e pela manutenção do princípio democrático forte, o Estado francês, às vezes, reprime de maneira intensa manifestações de liberdade religiosa, visando evitar conflitos e embates sociais.⁷⁷ Tais esforços, entretanto, enfrentam desafios atuais e específicos diante do multiculturalismo francês, o problema dos refugiados vivenciado pela Europa,⁷⁸ recentes episódios de atos terroristas e problemas com o fundamentalismo religioso.

Pode-se dizer que o Estado francês limita a liberdade religiosa de forma tendente ao laicismo, e à própria intolerância estatal. De qualquer forma, por outro lado, a noção de liberdade de expressão – apesar de muito defendida – é sempre relativista, visando estabelecer um equilíbrio entre liberdade de expressão e “ordem pública”. O constitucionalismo francês, assim, nunca deu lugar a um debate comparável ao debate norte-americano sobre a disposição da Primeira Emenda, em que o Congresso se compromete a não elaborar nenhuma lei de interferência à liberdade de expressão. De fato, a constância desse equilíbrio entre liberdade de expressão e “lei e ordem” nos revela uma forma de paternalismo, que é particularmente característico do Estado francês em suas relações com a sociedade (Mbongo, 2009, p. 221-222).

⁷⁷ “França fechou 20 mesquitas tidas como radicais desde dezembro”:

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/08/franca-fechou-20-mesquitas-tidas-como-radicaais-desde-dezembro.html>

“French Towns are Right to ban the Burkini – Extreme Veiling is Misogynist Hate Speech”:

<https://heatst.com/world/france-is-right-to-ban-the-burkini-extreme-veiling-is-misogynist-hate-speech/>

“French ban on Muslim headscarves is upheld by human rights court after woman sacked for refusing to remove hers loses appeal”:

<http://www.dailymail.co.uk/news/article-3335020/French-ban-Muslim-headscarves-upheld-human-rights-court-woman-sacked-refusing-remove-loses-appeal.html>

⁷⁸ “O número de muçulmanos na França chegou a 6,5 milhões de pessoas em 2015, ou seja, cerca de 10% de uma população de 66 milhões. Em termos reais, a França conta com a maior população muçulmana da União Europeia, seguida pela Alemanha.

Embora a lei francesa proíba a coleta de estatísticas oficiais sobre raça ou religião de seus cidadãos, a estimativa baseia-se em diversos estudos que tentam calcular o número de pessoas na França cujas origens sejam provenientes de países de maioria muçulmana.”

Cf.: A Islamização da França em 2015 "Estamos em guerra contra o terrorismo jihadista que ameaça o mundo inteiro". Disponível em:

<https://pt.gatestoneinstitute.org/7387/islamizacao-franca> (acesso em 25 out. 2016).

Conceitos como “discurso de ódio” e “discurso extremo” não são categorias jurídicas na França. São categorias analíticas que, quando empregadas por autoridades administrativas e juízes, interferem na liberdade de expressão. O paternalismo é muitas vezes justificado pelo pressuposto político de que a sociedade é incapaz de governar a si mesma. Nessa perspectiva, a liberdade de expressão não é definida exclusivamente em termos de busca da verdade ou de garantia concreta da democracia. É precisamente por esta razão que o direito à dignidade da pessoa humana é invocado, tanto na França, quanto, de um modo mais geral, na Europa, como a base dos mecanismos jurídicos utilizados na luta contra o discurso de ódio e a fala extrema – para o Direito francês –, ou da necessária “proteção dos direitos e liberdades dos outros” – nos termos da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Apenas para ter uma ideia do parâmetro de condenação francês a respeito do discurso de ódio, de acordo com estatísticas oficiais, em 2011 havia 359 condenações que envolviam discurso de ódio, com a grande maioria (293) envolvendo insulto público em relação a um indivíduo, como chamar alguém de “judeu sujo”. A maioria das penalidades envolvia multas ou sentenças suspensas, com 11 casos resultando em prisão. Já em 2014, a taxa de resposta penal foi de 83% em litígios sobre racismo e discriminação. Esta elevada percentagem é devida à divulgação de instruções gerais definindo as principais orientações de política criminal para litígios de conduta racista.⁷⁹

Apesar da alta taxa de condenações penais, uma pesquisa publicada por Erik Bleich revela que, entre todas as decisões proferidas pelo mais alto tribunal da França entre 1972 e 2012, 58% inclinaram-se para restrições de fala, enquanto 42% defenderam a liberdade de expressão. Portanto, os resultados têm sido mais equilibrados do que unilaterais.⁸⁰

⁷⁹ Ver mais em:

La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie - Année 2012: http://www.cncdh.fr/sites/default/files/cncdh_racisme_2012_basse_def.pdf (acesso em 20 dez. 2016).

La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie - Année 2015: http://www.cncdh.fr/sites/default/files/cncdh_rapport_lutte_contre_le_racisme_2015.pdf (acesso em 20 dez. 2016).

⁸⁰ Ver mais em:

BLEICH, Erik. *French hate speech laws are less simplistic than you think*, 2015. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2015/01/18/french-hate-speech-laws-are-less-simplistic-than-you-think/?tid=article_nextstory&utm_term=.1b8e8f50c5c3 (acesso em 15 dez 2016).

No que diz respeito à legislação francesa, a ideia da laicidade foi trazida através da Lei de 1905, que ainda é central na relação entre a Igreja e do Estado, apesar de não definir o conceito do princípio. O artigo 1º diz que a República assegura a liberdade de consciência e garante o livre exercício dos cultos. O art. 2º regula a relação entre Estado e Igreja, definindo que a República não reconhece, não financia ou subsidia qualquer religião.

O termo “*laïcité*” apareceu pela primeira vez na Constituição de 1946 e o atual artigo 1º da Constituição de 1958 reafirma que o Estado assegura igualdade de todos os cidadãos sem distinção de origem de raça, ou de religião, respeitando todas as crenças (Janssen, 2009, p. 5).

A liberdade de expressão, por sua vez, é protegida através do artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que tem *status* constitucional.

A regulação da liberdade de expressão ocorre no âmbito administrativo e penal na França. O Direito administrativo francês oferece ao governo ou órgãos reguladores certo número de prerrogativas que podem ser empregados para controlar o conteúdo de discursos. Essas prerrogativas são definidas de acordo com cada tipo de meio em que o discurso é transmitido. Contudo, uma diferença importante: no caso de publicações, vídeos, programas de computador, de rádio e televisão, estas prerrogativas ocorrem via supressão administrativa, enquanto que no caso do cinema há permissão para uma gestão administrativa mais preventiva.

O controle administrativo sobre o conteúdo de uma publicação escrita exercido *a posteriori* é regulado por uma Lei de 1949 [*Sur les Publications Destinées à la Jeunesse*]. O artigo 14 confere ao Ministro do Interior a autoridade de banir publicações – sejam elas de livros vendidos ou ainda na embalagem –, que representem um perigo para pessoas jovens. Apesar da recomendação legal, a lei é aplicável também a publicações direcionadas a adultos (Mbongo, 2009, p. 223). A lei é aplicável em publicações relacionadas à pornografia, mas também a publicações que incitam crime ou violência, que são xenófobas e que incentivem o tráfico de drogas, suicídio, ou ódio – seja o ódio racial, sexista, homofóbico, ou baseado na crença religiosa.

A Lei de 1986 sobre comunicação audiovisual define a autoridade sobre o controle de conteúdo nas transmissões de rádio e televisão: o Conselho Superior Audiovisual [*Conseil supérieur de l'audiovisuel*], que equivale ao Ofcom britânico.

Essa autoridade pode prescrever uma série de sanções – como suspender programas, retirar do ar, impor multas – a um operador de rádio ou de televisão que difunde um programa contendo material ilícito, tais como conteúdo pornográfico, proeminência de crime ou violência, incitamento à violência ou ao ódio (com base na raça, sexo, orientação sexual, crença religiosa, bem como para a força policial, etc.), discurso xenófobo e incitamento ao uso, posse ou tráfico de drogas.

O controle administrativo do conteúdo das obras cinematográficas é regulado pelo Código da Indústria Cinematográfica [*Code de l'industrie cinématographique*]. De acordo com o Código, um filme não pode ser exibido em francês, a menos que tenha recebido autorização do Ministro da Cultura na sequência de uma consulta a Comissão de Classificação de Filmes. O parecer da Comissão e a decisão do ministro devem levar em consideração a necessidade de “proteger crianças e adolescentes contra os efeitos indesejáveis que certas obras cinematográficas podem ter na sua personalidade e desenvolvimento”. O Comitê pode aconselhar o ministro a: conceder autorização para exames para todas as idades, impor uma idade limite do filme, impor um certificado X – destinado a filmes pornográficos ou que contenham incitamento à violência –; ou impor uma proibição total, no caso de obras que sejam “incompatíveis com o respeito pelos valores fundamentais, por exemplo, em filmes que prejudiquem a dignidade humana ou que incluam a incitação ao ódio ou à violência por razões de crença religiosa ou de raça”.

Ainda no controle administrativo, a Lei de 10 de Janeiro de 1936, relativa aos grupos de combatentes e à milícia privada, institui um procedimento de dissolução administrativa de determinados grupos. Essa dissolução pode ser decretada pelo Presidente da República durante reuniões de gabinete e pode ser alvo de grupos por uma das muitas razões estabelecidas pela lei, incluindo: incitar manifestações armadas na rua; organizar um “grupo de caças” ou milícia privada, visando minar pela força a “forma republicana de governo” ou a “integridade territorial”; promover ideias racistas ou xenófobas e praticar atos de terrorismo. A lei não se aplica apenas aos atos materiais de certos grupos radicais ou extremistas, mas também a certas opiniões expressas, por exemplo, opiniões racistas, antissemitas, xenófobas, etc. Além disso, é útil que cada decisão de dissolver uma associação que o Presidente da República faz com base nessa lei pode ser contestada perante o *Conseil d'Etat*.

No âmbito Penal, há a Lei de 29 de Julho de 1881 sobre liberdade de imprensa. Nessa lei, o legislador francês introduziu um código especial voltado para ofensas públicas. O discurso radical, discurso extremo ou discurso de ódio podem ser processados por meio de uma das categorias penais previstas na Lei de Liberdade da Imprensa de 1881, como a provocação ou incitação a cometer certos crimes ou delitos; a provocação de ódio, violência ou discriminação com base na adesão ou não adesão a um determinado grupo étnico, raça, religião, crença ou gênero, com base na orientação sexual ou deficiência; e abuso ou difamação de uma pessoa ou grupo com base na adesão ou não adesão a um determinado grupo étnico.

O âmbito dessas categorias é tão amplo que as sanções são aplicáveis a qualquer tipo de mídia. Em outras palavras, são aplicáveis à fala expressa através de um dos muitos tipos de mídia escrita, como livros, revistas, panfletos, desenhos, gravuras, cartazes, pinturas e emblemas; através dos meios audiovisuais existentes, como rádio, televisão, cassete, DVD, etc.; e através de meios de comunicação eletrônica. Além disso, o rigor do Direito Penal francês em relação a certos tipos de discurso é tal que a lei pune o ódio mesmo que não tenha sido pronunciado publicamente, como é o caso de abuso ou difamação como base na raça, crença religiosa, etnia, sexo, orientação sexual ou incapacidade (Mbongo, 2009, p. 228).

A Lei de Imprensa teve sua redação estendida pela lei antirrevisionista francesa de 13 de julho de 1990, conhecida como *Loi Gayssot*, *Loi Fabius-Gayssot*, *Loi Faurisson*, ou “artigo 24bis” da Lei 29 de julho de 1881 sobre liberdade de imprensa.⁸¹ A lei prevê uma pena de prisão de até um ano, bem como uma multa máxima de 45.000 € para qualquer pessoa que conteste publicamente a realidade de um ou mais “crimes contra a humanidade”, tal como definido e decidido, essencialmente, pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg em 1945-1946. Além da pena de prisão e multa pode haver ordem para pagar danos a judeus ou outras associações, bem como ordem para arcar com custos de ter a decisão publicada na mídia. Os tribunais também podem ordenar o confisco de qualquer material de trabalho, juntamente com livros e papéis, apreendidos pela polícia.

Diferentemente da Inglaterra, na França, o crime de blasfêmia foi abolido em 1791 e não foi reintroduzido desde então. Muitas vezes, os juízes franceses

⁸¹ *Loi Gayssont*:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000532990&dateTexte=&categorieLien=id> (acesso em 12 dez. 2016).

fazem referência a Lei de 1905, sobre laicidade, ao dizer que a França é um Estado Laico e uma ofensa de blasfêmia não existe (Janssen, 2009, pp. 6-7).

3.2.3.1

Jurisprudência francesa

É possível verificar que existem seis “identidades” que a lei francesa protege contra a linguagem negativa ou depreciativa: identidades raciais, religiosas, identidades étnicas, identidades de gênero – por exemplo, mulheres –, identidades físicas – por exemplo, pessoas com deficiências – e homossexualidade. Tais “identidades” são protegidas pelo Direito Administrativo, seja sob a categoria genérica de discurso que apresenta um “perigo para os jovens”, seja sob a categoria mais específica de discurso racista, sexista, homofóbico, que denigra crenças religiosas, e assim por diante.

No que tange ao Direito Penal, as “identidades” são protegidas contra determinados tipos de discurso, em função de três categorias de infrações: abuso em razão de raça, etnia, gênero, orientação sexual, crença religiosa ou deficiência; difamação por motivos de raça, etnia, gênero, orientação sexual, crença religiosa ou deficiência; e provocação de discriminação ou ódio por motivos de raça, etnia, gênero, orientação sexual, crença religiosa ou deficiência (Mbongo, 2009, p. 229).

Um caso sobre abuso religioso e difamação é o processo penal instaurado contra o escritor Michel Houellebecq em 2002. Em entrevista concedida a uma revista literária, o escritor declarou que “a religião mais idiota é o Islamismo. Quando lemos o Corão, ficamos chocados”.⁸² O Tribunal *Grande Instance* (TGI) de Paris entendeu, contudo, que a observação não podia ser considerada como um insulto racial aos muçulmanos, nem como um incitamento ao ódio religioso ou racial contra os muçulmanos, justamente porque a crítica é direcionada aos dogmas da religião, não havendo uma hostilização ao grupo religioso em si.

Em sentido contrário, no entanto, a Corte de Cassação condenou o humorista Dieudonné M’bala M’bala em 2007 por declarar à revista *Lyon Capitale* que os

⁸² Citação original:

“La religion la plus con, c'est quand même l'islam. Quand on lit le Coran, on est effondré.”

“judeus constituem uma seita, uma farsa. E uma das mais graves, porque é a primeira”.⁸³ A primeira instância absolveu o humorista dizendo a declaração não seria nada além de um debate teórico sobre a influência das religiões e não constitui um ataque à comunidade judaica como comunidade humana. E, mais uma vez discordando, o Tribunal de Cassação argumentou que a afirmação de que “judeus formam uma seita e são uma farsa” não está fundamentada na livre crítica de um fato religioso que contribui para um debate de interesse geral, mas constitui um abuso que atinge um grupo de pessoas com base na sua origem. O tribunal concluiu que a supressão desse abuso é, por conseguinte, uma limitação necessária da liberdade de expressão em uma sociedade democrática (Janssen, 2009, p.11).

O problema que pode ser percebido na análise de ambos os casos é que a diferença entre criticar um grupo e a crença em si é feita somente com base a quem o que é direcionada a crítica, não se analisando se o discurso incita violência. De fato, ofender o grupo é diferente de ofender uma religião, uma vez que a religião nada mais é do que uma gama de crenças, sobre o mundo, origens, e não há motivos para que tais valores sejam tratados de forma diferente de outras crenças, ou teorias, como por exemplo, ridicularizar o “Manifesto Comunista” ou a obra “O Inferno de Dante” (Malik [entrevista], 2012). No entanto, acontece que às vezes a diferença entre ofensa à crença e ofensa ao grupo religioso é muito difícil de ser fixada. Ao invés de dizer que os judeus formam uma seita, por exemplo, Dieudonné poderia dizer que o judaísmo é uma seita. Nesse caso, tudo indica que a decisão poderia ser diferente, ainda que as razões para tanto e as diferenças entre as duas situações não seja clara.

Em 2007, o atualmente conhecido jornal satírico *Charlie Hebdo* reimprimiu os famosos desenhos de Maomé, originalmente publicados na Dinamarca pelo jornal *Jyllands-Posten*. Organizações muçulmanas ajuizaram ação contra as publicações por abuso religioso. Após um longo debate, estas queixas foram rejeitadas pelo tribunal que considerou que *Charlie Hebdo*, na condição de jornal satírico, cujo conteúdo crítico é conhecido, não tem ampla circulação irrestrita, de modo que ninguém é obrigado a comprar ou consumir o tipo de conteúdo retratado. É diferente do que ocorre, por exemplo, na ocasião de exposição de cartazes em rodovias públicas. Além disso, deve-se considerar que uma caricatura é definida

⁸³ Citação original:

“Les juifs, c'est une secte, une escroquerie. C'est une des plus graves parce que c'est la première”

como um retrato que vai além de uma questão de bom gosto e cumpre uma função paródica. Embora deliberadamente provocadoras, as caricaturas contribuem para a liberdade de expressão e à comunicação de pensamentos e opiniões.

Trata-se de uma decisão interessante que observa tanto a forma do discurso, seu objetivo, bem como a amplitude do público que o recebe. Nesse caso, a decisão esclarece que a existência de alguma forma de alerta ou restrição do discurso, como sinopses ou classificações que informam sobre o conteúdo representam um caráter diferenciador na análise da necessidade de regular a publicação em questão. Por vezes, há de se ressaltar, quanto maior o número de ações contra determinada publicação, maior a sua visibilidade, em muitas situações, o boicote do público gera uma resposta mais eficaz (Rashad, 2015, p. 2).

Após a colocação desses interessantes critérios, os juízes realizaram então uma análise semiológica e iconográfica dos desenhos contestados e concluíram que apenas um deles – o desenho em que o profeta Maomé é representado vestindo um turbante em forma de uma bomba com um fusível aceso – sugere que a violência terrorista é inerente à religião muçulmana, o que justificaria uma condenação por abuso religioso.

No entanto, o tribunal observou que, embora o desenho seja chocante por conta de seu conteúdo próprio, o desenho em questão estava incluído em uma edição especial, na qual a capa continha uma apresentação editorial do conteúdo e servia como uma apresentação geral da posição de *Charlie Hebdo*. Em razão disso, o tribunal concluiu que, embora o caráter dessa caricatura possa ser chocante, até mesmo insultante, para as sensibilidades muçulmanas, o contexto e as circunstâncias de sua publicação no jornal satírico *Charlie Hebdo* surgiram independentemente de qualquer deliberada intenção de ofender direta e gratuitamente pessoas de fé muçulmana. Portanto, os limites aceitáveis de liberdade não teriam sido ultrapassados.

Mais uma vez o tribunal fez análises interessantes, pela consideração do editorial e das intenções do jornal. Na análise do contexto, observou-se que a intenção do jornal era criticar o fundamentalismo religioso, que culmina na prática de atos terroristas. A mensagem, portanto, está desassociada da ideia de hostilizar o grupo religioso islâmico. O direito francês retoma, nesse ponto, o conceito de “ofensa gratuita” incorporado pela CEDH.

Bleich ressalta que os cidadãos franceses são perfeitamente livres para desafiar ou blasfemar ideias religiosas, símbolos, práticas e até mesmo líderes. O discurso desagradável, insultante, altamente ofensivo é discurso protegido. *Charlie Hebdo* foi processado não apenas pelas suas representações de Maomé, mas também por caricaturas do papa. O curioso é que grupos católicos processam por discursos antirreligiosos o *Charlie Hebdo* com mais frequência do que os muçulmanos (Bleich, 2015).

Pascal Mbongo (2009, p.233) pondera que casos envolvendo abuso religioso e difamação exigem uma observação final. O Direito Penal francês teoricamente concede a todas as religiões a mesma proteção contra o abuso ou a difamação. Esta igualdade não é, no entanto, confirmada na realidade, pois a maioria dos julgamentos se refere à fala dirigida contra cristianismo – e quase exclusivamente ao catolicismo – e ao islamismo. Trata-se de uma proteção a grupos mais hostilizados no contexto francês e também uma tendência do Direito francês de excluir certo número de crenças consideradas mais ou menos perigosas das disposições que garantem a liberdade religiosa. Os atos de fundamentalismo religioso são evitados, portanto, por uma diminuição da liberdade religiosa nos espaços públicos e por meio da regulação do discurso contra religiões mais passíveis de gerarem reações violentas. Essa, contudo, não é a melhor opção, uma vez que a repressão do discurso, nesse caso, estaria punindo uma eventual vítima de futuras reações, sem que, contudo, se combata as causas das reações violentas, como o fundamentalismo religioso e o terrorismo (Rashad, 2015, pp. 2-4).

Há, ainda, outros dois casos envolvendo o humorista Dieudonné M'bala M'bala. O primeiro diz respeito a um polêmico espetáculo de comédia elaborado pelo ator, intitulado “O Muro” [*“Le Mur”*]. O espetáculo foi alvo de uma circular lançada pelo então Ministro Interior da França, que acusava Dieudonné de antissemitismo. O que gerou a interdição da peça foi um gesto feito frequentemente pelo humorista que foi apontado como uma alusão à saudação nazista. A circular de Manuel Valls havia provocado inúmeros cancelamentos dos shows de Dieudonné em diversas localidades do país, mas também vários protestos contra a decisão, que a encararam como uma forma de censura. O humorista, que já foi condenado diversas vezes por incitação ao ódio, interpôs um recurso, mas a Justiça manteve a opinião do governo.

O espetáculo foi exibido em algumas cidades e proibido em outras durante todo o ano de 2015. Em um dos casos, o Conselho de Estado Francês manteve a decisão de um juiz de *Clermont Ferrand* que suspendeu a ordem do prefeito da cidade de *Cournn d'Auvergne* proibindo a apresentação do espetáculo. O Conselho, assim, terminou por decidir a favor da liberdade de expressão. Foi destacado que a proibição não seria a única forma de salvaguardar a ordem pública,⁸⁴ porém, o caso não ensejou maiores discussões a respeito do alcance do público.

Outro caso polêmico envolvendo Dieudonné M'bala M'bala ocorreu logo após os ataques à sede do jornal Satírico *Charlie Hebdo*. Na ocasião, Dieudonné postou em uma rede social: “Eu me sinto como Charlie Coulibaly” [*“Je me sens Charlie Coulibaly”*]. O juiz disse que a observação de Dieudonné era um claro apoio a Amedy Coulibaly, o atirador que matou um policial e quatro pessoas em uma mercearia *kosher*. Jacques Verdier, advogado de Dieudonné, disse que a seu cliente é negada consistentemente a mesma liberdade de expressão que é concedida à revista *Charlie Hebdo*, alegando que Dieudonné é perseguido e assediado constantemente na França, razão pela qual ele disse que se sente como um terrorista.

Em primeira instância, Dieudonné foi condenado a dois meses de prisão por apoiar o terrorismo. Em Junho de 2016, o Tribunal de Recurso de Paris condenou Dieudonné a dois meses de prisão, cuja pena foi suspensa condicionalmente, acrescida de multa de 10.000 €. Dieudonné também foi obrigado a publicar a notícia sobre sua condenação em três jornais franceses de grande circulação.⁸⁵

Casos envolvendo possíveis incitações ao terrorismo são apreciados com cautela especial na França, por conta do atual momento vivenciado. Entretanto, não foi discutido no caso se a fala de Dieudonné seria, por si só, capaz de ensejar violência naquele contexto.

Sobre a aplicação da Lei *Gayssot*, a jurisprudência francesa mantém como referência um caso ocorrido em 1978, em que um dos principais expoentes do “revisionismo” na França, o professor Robert Faurisson,⁸⁶ sofreu processo

⁸⁴ Ver mais sobre o caso Dieudonné em:

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Spectacle-de-Dieudonne> (acesso em 15 nov. 2015)

⁸⁵ Ver mais em:

<http://www.europe1.fr/faits-divers/charlie-coulibaly-dieudonne-condamne-en-appel-2778658>
<http://www.npr.org/sections/parallels/2015/02/10/384959376/the-french-debate-free-speech-versus-hate-speech> (acesso em 20 dez 2016).

⁸⁶ *Robert Faurisson Vs. France*, Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996). Disponível em:

interposto pela Liga Internacional contra o Racismo e Antissemitismo [*Ligue Internationale contre le racisme et l'antisémitisme*] e outras associações, por conta do que publicou em dois jornais parisienses: *Le Matin* e *Le Monde* (neste último, usando seu direito de resposta).

Nas publicações em questão, Faurisson disse que o genocídio dos judeus e a existência das câmaras de gás eram “uma única e mesma mentira histórica, o que mobilizou uma enorme força política e financeira”. O Tribunal de Paris entendeu, com base na Lei *Gayssot*, que o Faurisson falhou a respeito das obrigações de prudência, objetividade, e neutralidade intelectual. Faurisson foi condenado a pagar uma indenização (Coliver, 1992, p. 153).

O caso foi posteriormente julgado pelo Comitê de Direitos Humanos, que concluiu que qualquer restrição ao direito à liberdade de expressão deve cumulativamente preencher as seguintes condições: (i) ser prevista por lei, (ii) respeitar um dos objetivos estabelecidos no parágrafo 3º do artigo 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, e (iii) ser necessária para alcançar um propósito legítimo.

Embora o recorrente tenha contestado a Lei *Gayssot*, considerou-se que a lei era suficiente. Portanto, a restrição à liberdade de expressão era prescrita em lei. No que diz respeito ao parágrafo 3º, “a” e “b” do Artigo 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos entendeu que as razões para limitar liberdade de expressão podem tanto estar relacionadas com os interesses de outras pessoas ou com os da comunidade como um todo. Uma vez que as declarações feitas pelo autor, lidas em seu contexto completo, tinham a natureza de suscitar ou fortalecer sentimentos antissemitas, a restrição serviu ao respeito da comunidade judaica para viver livre do medo de uma atmosfera de antissemitismo. O Comitê conclui, por conseguinte, que a restrição da liberdade de expressão do autor era permitida nos termos do parágrafo 3º, “a”, do artigo 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos.

O Comitê replicou o argumento do Estado francês segundo o qual a introdução da Lei *Gayssot* destinava-se a lutar contra o racismo e o antissemitismo. Assinalou igualmente a declaração de um membro do Governo francês, o então Ministro da Justiça, que caracterizava a negação da existência do Holocausto como principal veículo de antissemitismo. Na ausência de qualquer argumento suscetível

de prejudicar a validade da posição sustentada pelo Estado francês quanto à necessidade da restrição, o Comitê considerou que a restrição da liberdade de expressão era necessária na acepção do artigo 19, parágrafo 3º, do Pacto de Direitos Civis e Políticos.

No mesmo sentido, Bruno Gollnisch (2007) e Vincent Reynouard (2008) foram posteriormente condenados por negar o Holocausto publicamente, ainda que no caso Reynouard, a Corte de Cassação tenha absolvido o acusado em um dos recursos, sob a fundamentação de que, apesar de ter negado a existência da guerra, Reynouard não defendeu os motivos que a fizeram eclodir, tratando-se de uma teoria revisionista mais branda.⁸⁷

3.3

Standards internacionais

Além da observância legal e jurisprudencial dos países propostos, é importante observar os *standards* internacionais fixados por Organismos Internacionais que se propõem a enfrentar o assunto do discurso de ódio.

3.3.1

Entendimentos Consolidados da Comissão Europeia Contra Racismo e Intolerância

A Comissão Europeia Contra Racismo e Intolerância (ECRI) é o corpo do Conselho da Europa que luta contra o racismo, discriminação racial, xenofobia antissemitismo e intolerância. É composto por 47 membros experientes, um representante de cada país membro do Conselho da Europa. A investigação sobre religião está entre as maiores atividades, uma vez que compreende racismo como a crença de que a religião justifica desprezo por uma pessoa ou um grupo de pessoas.

A Comissão acompanha meticulosamente a situação nos 47 países que compõem o Conselho da Europa e emite relatórios onde analisa de que maneira o

⁸⁷ Ver mais em:

<http://balder.org/judea/Vincent-Reynouard-France-Persecuted-Revisionist-Historian.php> (acesso em 20 dez. 2016).

racismo e intolerância se manifestam em cada país e a forma de combate adotada pelo país em questão.

A Comissão observou que a lei criminal foi a principal resposta adotada pelos países na luta contra o discurso de ódio contrarreligioso. Há um reconhecimento geral da importância de usar lei criminal para enviar uma mensagem mais poderosa à sociedade sobre o discurso de ódio contrarreligioso ser inaceitável, mas essa alternativa não deve ser usada para punir indivíduos que pacificamente expressam suas visões minoritárias (Stavros, 2014, p.144). A lei administrativa, no entanto, assume um importante papel sobre o combate do discurso de ódio, devendo haver maior investimento em sua implementação. A maioria dos Estados, por exemplo, propõem a regra que proíbe os meios de radiodifusão de inspirarem o ódio ou discórdia religiosa.

ECRI considera que a lei nacional deve promover a possibilidade de dissolução de organizações que promovem o racismo, incluindo o baseado em religião. A lei nacional também deve promover a possibilidade de suprimir financiamento público de organizações que promovem formas de racismo. Leis administrativas também funcionam como boas alternativas para regular o discurso de ódio contrarreligioso na internet (Stavros, 2014, p. 146). É possível estabelecer sanções administrativas no sentido de obrigar a fornecer certas informações à população em sites que repetidamente incitam o ódio religioso, por exemplo.

ECRI destaca que autorregulação tem sido uma alternativa interessante no combate ao discurso de ódio. Empresas e plataformas podem criar estatutos internos próprios que guiam comportamentos éticos que têm inclusive suprido muitas lacunas legais (Stavros, 2014, p. 148).

A Comissão deixa claro, por fim, que antes de qualquer sanção, o ideal é pensar em campanhas de conscientização social. Além disso, o maior combate ao discurso de ódio é a reação da população. Deve-se combater o discurso de ódio com mais discurso.

3.3.2

Resoluções Emitidas pelo Conselho da Europa

O Conselho da Europa emite resoluções sobre o tema do combate ao discurso de ódio, delimitando algumas questões interessantes. A resolução 1928(2013)⁸⁸ sobre a salvaguarda dos Direitos Humanos relacionados à religião e à crença e a proteção das comunidades religiosas de violência determina:

O ponto 11.1 estabelece que devem ser perseguidos esforços para o combate e prevenção de casos de discurso de ódio, levando-se para a justiça os perpetradores. O ponto 11.3 relata que é preciso promover a educação correta e objetiva sobre crenças religiosas e não religiosas, incluindo apoio a iniciativas que promovam diálogos interculturais e inter-religiosos. Por fim, o ponto 14 prevê que a União Europeia deve estabelecer diálogo com países não membros para monitorar a situação das comunidades e indivíduos.

Por outro lado, a resolução 1743(2010)⁸⁹ sobre Islamismo e “Islamofobia” na Europa determina, em seu ponto 14, que as comunidades muçulmanas sediadas na Europa devem abandonar costumes e interpretações tradicionais que subjuguem mulheres, tanto no âmbito familiar, quanto no âmbito público, uma vez que tal comportamento está em desacordo com *standards* internacionais sobre igualdade de gênero. O ponto 15 estabelece que nenhuma mulher deve ser obrigada a vestir o véu ou burca.

A Resolução 1605(2008)⁹⁰ sobre as comunidades muçulmanas e extremismo, estabelece tanto o combate do terrorismo e extremismo, sabendo da sua influência sobre a comunidade muçulmana no ponto 11.1, como também encoraja a retratação da realidade muçulmana nos meios de comunicação, viabilizando o espaço para fala dessas minorias, é o que prevê o ponto 11.8.

A resolução 1510(2006)⁹¹, sobre a liberdade de expressão e respeito por crenças religiosas, prevê, no ponto 7, que a punição da blasfêmia e crítica às práticas religiosas representa um retrocesso para a ciência e para a sociedade.

⁸⁸ Cf.: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19695> (acesso em 10 out. 2016).

⁸⁹ Cf.: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17880&lang=en> (acesso em 10 out. 2016).

⁹⁰ Cf.: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17634&lang=en> (acesso em 10 out. 2016).

⁹¹ Cf.: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17457&lang=en> (acesso em 10 out. 2016).

3.3.3

Camden Principles Emitidos pela ONG Artigo 19

A ONG Artigo 19, criada em Londres e com escritórios em 9 outros países, entre eles o Brasil, tem como missão defender e promover o direito à liberdade de expressão. Em reuniões realizadas em 2008 e 2009, a ONG elaborou os *Camden Principles*, que representam a progressiva interpretação da lei internacional e *standards*. A intenção é justamente promover um consenso global sobre algumas questões de liberdade de expressão.

A carta de princípios declara o pressuposto de que discursos intencionais que incitam violência e ódio racial são graves e devem ser proibidos, sendo a lei estritamente direcionada a evitar abusos no discurso nesse sentido. A análise casuística do caso feita pelo Poder Judiciário deve ser no sentido de averiguar a vulnerabilidade da pessoa ou grupo que são vítimas e a proteção não deve ser invocada para crenças particulares, ideologias ou religiosas.

Os primeiros princípios previstos, de caráter mais geral, destacam a importância na ratificação dos Direitos Humanos pela legislação doméstica dos países; a previsão precisa de acesso a remédios judiciais e não judiciais contra violações à liberdade de expressão e igualdade; sugerem a formulação de políticas regulatórias da mídia, ressaltando que tal regulação deveria ser feita por organismos independentes do governo, que sejam publicamente responsáveis e que operem de forma transparente; indicam que sejam rejeitadas quaisquer restrições à manifestação da minoria, assegurando inclusive que grupos em desvantagens tenham acesso aos recursos midiáticos, incluindo oportunidades de treinamento; recomendam a garantia dos direitos à correção e resposta, visando a livre circulação de informações; propõem o maior acesso a educação de Direitos Humanos e a promoção do diálogo intercultural para combater a formação de estereótipos negativos; prevendo, inclusive, que a mídia deve evitar referências desnecessárias a raça, religião, gênero e outras características de grupo que promovam intolerância.

Os princípios 11 e 12 encontram-se em capítulo específico para o tratamento do discurso de ódio. O princípio 11, sobre as restrições à liberdade de expressão, define que as restrições devem ser estritamente elencadas e devem corresponder à necessidade social e tais restrições não podem ser exageradas, no sentido de que

não se devem restringir a fala de forma ampla ou não-direcionada, ou ir além do alcance da fala prejudicial.

O princípio 12 estabelece que os Estados devem adotar legislação proibindo a defesa ao ódio nacional, racial e religioso que constitui incitação à discriminação, hostilidade e violência – sendo esse o conceito de discurso de ódio adotado. O interessante desse princípio é o destrinchamento dos conceitos de cada termo utilizado:

O inciso “i” esclarece que o termo “ódio” e “hostilidade” referem-se “à intensa emoção irracional de opróbrio, inimizade e ódio contra um grupo alvo” (tradução livre).⁹² O inciso “ii” diz que o termo “defesa” deve ser entendido como o requisito de ter a intenção de promover o ódio contra um determinado grupo.⁹³

Sobre o termo “incitação”, o inciso “iii” diz que são “declarações sobre grupos nacionais, raciais ou religiosos que criam um risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência contra pessoas pertencentes a esses grupos” (tradução livre).⁹⁴

O inciso “iv”, por sua vez, dispõe sobre o que não é discurso de ódio. De acordo com o subprincípio, “a promoção, por diferentes comunidades, de um senso positivo de identidade de grupo não constitui discurso de ódio” (tradução livre).⁹⁵

Por fim, ainda no princípio 12, são elencadas regras mais específicas como o dever, por parte dos Estados, de proibir a negação de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra que constituem discurso de ódio; e o dever se não proibir críticas diretas a ideias, crenças, ideologias, religiões ou instituições religiosas; e assegurar que pessoas que sofram danos resultantes de discurso de ódio tenham acesso a reparações cíveis.

⁹² Citação original:

“The terms ‘hatred’ and ‘hostility’ refer to intense and irrational emotions of opprobrium, enmity and detestation towards the target group.”

⁹³ Citação original:

“The term ‘advocacy’ is to be understood as requiring an intention to promote hatred publicly towards the target group.”

⁹⁴ Citação original:

“The term ‘incitement’ refers to statements about national, racial or religious groups which create an imminent risk of discrimination, hostility or violence against persons belonging to those groups.”

⁹⁵ Citação Original:

“The promotion, by different communities, of a positive sense of group identity does not constitute hate speech.”

3.3.4

Rabat Plan of Action

O *Rabat Plan of Action* é um relatório de conclusões e recomendações a respeito do discurso de ódio, emitidas em *workshops* realizados pelo Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos [*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights - OHCHR*].

As recomendações do relatório são divididas em três áreas: legislativas, jurisprudenciais e políticas. No âmbito legislativo, o relatório estabelece que os países devem seguir os parâmetros estabelecidos nos arts. 18,⁹⁶ 19⁹⁷ e 20⁹⁸ do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto à definição e regulação do discurso de ódio, uma vez que se verificou, em relatório específico, que a conceituação de discurso de ódio pode variar de país para país, por vezes reconhecendo o discurso de ódio em outras searas. Além disso, observou-se que os países variam demasiadamente o tipo de sanção, estabelecendo provisões criminais, cíveis e administrativas no combate ao discurso de ódio.

⁹⁶ “**ARTIGO 18**

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

⁹⁷ “**ARTIGO 19**

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

⁹⁸ “**ARTIGO 20**

1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.

2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.”

A primeira recomendação legislativa é o estabelecimento da distinção precisa entre expressões que constituem ofensas criminais; expressões que não são criminalmente puníveis, mas que justificam uma sanção cível ou administrativa; e expressões que não ensejam sanções e nenhum tipo, mas que, ainda assim, despertam preocupações em termos de tolerância. Em seguida, estabelece a observância aos *Camden Principles* como guia para conceitos como “incitação” ou “ódio”.

Outra recomendação é no sentido de que os Estados devem aplicar punições de acordo com a legalidade, proporcionalidade e necessidade. Afirma-se também que as leis contra blasfêmia devem ser repelidas, pois geram um impacto desnecessário na liberdade de religião ou crença e até interfere no debate saudável sobre religião. Devem ser adotadas ações preventivas contra o discurso de ódio.

No âmbito jurisprudencial, algumas questões devem ser observadas. A primeira delas é o contexto em que o discurso é proferido: deve-se sempre observar o contexto social e político em que o discurso foi proferido, pois isso auxilia na investigação da motivação do discurso e na intenção do agente. O segundo elemento a ser observado é a posição ou *status* do agente prolator do discurso perante a sociedade, assim como também é importante verificar qual a influência que esse agente tem perante os ouvintes.

Em referência ao art. 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entende-se que a intenção do agente é um importante elemento a ser considerado, sendo esta a terceira recomendação listada. A constatação da negligência ou imprudência do agente não é suficiente para ensejar um processo, é preciso constatar a defesa ou incitação do ódio e não apenas a mera distribuição ou circulação das informações.

Ao contrário do entendimento dos Estados Unidos, onde há uma tendência de verificar apenas a forma do discurso, o quarto elemento citado é a verificação não só da forma, mas também do conteúdo do discurso. A análise do conteúdo implica na medição do grau de provocação do discurso, assim como a natureza dos argumentos. O quinto elemento é a verificação da extensão do discurso, que abrange tanto o alcance do discurso, a natureza do público atingido e o tamanho da audiência. O sexto e último elemento a ser verificado é a iminência do discurso, ou seja, o quão próximo tal discurso está das ações; deve-se demonstrar, portanto, uma

razoável probabilidade de o discurso concretizar-se em violência contra o público alvo.

Dentre as recomendações jurisprudenciais, o relatório ressalta a importância de verificar sempre os *standards* internacionais e a realização de análise de direito comparado. É preciso atenção redobrada aos grupos minoritários e vulneráveis, provendo assistência legal aos seus membros. As sanções criminais devem ser usadas como último recurso disponível, aplicadas somente em situações justificadas. Sanções administrativas também devem ser consideradas, contando com auxílio de profissionais de diversas áreas para sua implementação.

No âmbito das recomendações políticas, o relatório observa que iniciativas governamentais, no sentido de nutrir consciência social, tolerância e discussões públicas devem auxiliar as medidas jurisprudenciais e legais. Há o incentivo à cooperação internacional, através da troca de informações entre os mecanismos regionais de atuação na área, como o Conselho da Europa, Organização de Segurança e Cooperação na Europa, Organização dos Estados Americanos, União Africana, União Europeia, etc. O relatório também a atuação de organizações não-governamentais na promoção do diálogo intercultural e inter-religioso.

O combate ao discurso de ódio e perseguição religiosa no Direito brasileiro: as falhas da legislação e da jurisprudência na construção do Direito

A Constituição Federal de 1988 consagra a liberdade de expressão (art. 5º, IX e IV); garante a igualdade dos indivíduos perante a lei (*caput* do art. 5º); e protege contra a discriminação (art. 3º, IV). Além disso, foram ratificados diversos tratados no Brasil que tratam da liberdade de expressão e sua restrição em alguns casos.⁹⁹ Entretanto, não há no país nenhuma legislação específica em relação ao discurso de ódio. Há apenas uma regra expressa sobre o crime de racismo. Um ano após a promulgação da Constituição, foi sancionada a Lei nº 7.716/89,¹⁰⁰ que, em seu artigo 20, define como crime os atos resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, especificando o art. 5º, XLII da Constituição Federal – regra geral de proibição ao racismo. Apesar de o referido artigo mencionar “discriminação” e não conceituar discurso de ódio, há uma tendência de invocá-lo em casos envolvendo discursos de ódio, incluindo os contrarreligiosos, como será visto na análise jurisprudencial do tópico seguinte.

Além da implicação criminal de atos de discriminação prevista pela Lei penal esparsa nº 7.716/89, o Código Penal garante proteção específica ao sentimento religioso no art. 208, a partir de três atos de ofensa: (i) escárnio por motivo de religião; (ii) impedimento ou perturbação de cerimônia ou prática de culto e; (iii) vilipêndio público de ato ou objeto de culto. Atos esses que podem resultar em pena de detenção de um mês a um ano, ou multa.

A Lei nº 13.260/2016¹⁰¹ sobre antiterrorismo, ainda que não seja direcionada para discursos, apresenta preocupações específicas com relação aos

⁹⁹ A Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos são tratados em que o Brasil é signatário.

¹⁰⁰ Cf.: Lei nº 7716/89. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm (acesso em 06 fev. 2017).

¹⁰¹ Cf.: Lei nº 13.260/16. Disponível em:

crimes de ódio – atos que decorrem, direta ou indiretamente, de incitações ao ódio. O art. 2º da lei conceitua atos de terrorismo como a prática de certos atos elencados na lei, “por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado”, excluindo-se da aplicação da lei os atos de “manifestações públicas, movimentos sociais, (...) religiosos, (...) direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais”.

Sobre ofensas veiculadas na internet, o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014¹⁰² – trata de algumas questões. Os arts. 2º e 3º, I exaltam a liberdade de expressão, e o art. 19, apesar de não ter tratado da responsabilidade dos provedores de aplicação no caso de divulgação, por terceiros, de mensagens preconceituosas e discriminatórias, fixa que as restrições à liberdade de expressão e a responsabilização dos provedores de aplicação serão determinadas por decisão judicial, indicando que foi dada à liberdade de expressão uma preferência em relação a outros direitos que costumeiramente com ela colidem – como questões ligadas a honra, reputação, e direitos da personalidade em geral. A lei não prevê mecanismos de combate ao discurso de ódio na internet.

A Lei nº 13.188/2015¹⁰³ regula o direito de resposta como forma de compensação por ofensa “em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social”, no art. 2º. Apesar de a lei não prever o direito de resposta para casos de discurso de ódio, é possível aplicá-lo em publicações, até mesmo jornalísticas, de ofensas a religiões, como no caso *Giniewski Vs. France*, em que foram feitas críticas ofensivas sobre as encíclicas papais.

4.1

Jurisprudência brasileira

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm (acesso em 06 fev. 2017).

¹⁰² Cf.: Lei nº 12.965/2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm (acesso em 06 fev. 2017).

¹⁰³ Cf.: Lei nº 13.188/2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm (acesso em 06 fev. 2017).

4.1.1

O Caso Ellwanger – *Habeas Corpus* 82424-2

Em 2003, o STF julgou um caso de discurso de ódio que foi amplamente divulgado pela mídia nacional como um dos casos mais emblemáticos do Brasil, apontado como um *leading case*. Muitas referências são feitas sobre o caso, mas com poucas análises críticas e, apesar de ser tratado como um caso de racismo, o caso envolve ofensas e discussões sobre discurso de ódio contrarreligioso. Aqui apresentaremos algumas questões que repercutem no tema.

No caso ora analisado, conhecido como “caso Ellwanger”, o STF manteve a condenação do editor da empresa “Revisão Editora Ltda.”, Siegfried Ellwanger, por racismo contra judeus em decorrência de editar, distribuir e vender livros nacionais – alguns de autoria própria – e estrangeiros de conteúdo antissemita e de negação do Holocausto.

Ellwanger foi denunciado em novembro de 1991 pelo crime de racismo, tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/89 com redação da Lei nº 8.081/90.¹⁰⁴ Em primeira instância o acusado foi absolvido, sob a fundamentação de que teria atuado dentro dos limites do exercício da liberdade de expressão e que apenas havia reportado sua opinião sobre fatos históricos, sob uma perspectiva diferente daquela reproduzida majoritariamente.

Em segunda instância, Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). Em 2000, os advogados de Ellwanger impetraram *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que confirmou a condenação do acusado. Por fim, em dezembro de 2002, o caso chegou ao STF através do HC 82.424-2 e o julgamento foi finalizado no dia 17 de setembro de 2003. Por maioria de oito a três, o Plenário negou o pedido de *Habeas Corpus*.

Pelo resultado do *Habeas Corpus*, é possível separar os votos em três tipos:

¹⁰⁴ “Art. 20. 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.”

Posteriormente, a lei nº 9.459/97 alterou o caput do artigo para a seguinte redação:

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

o primeiro, composto pelos votos dos ministros que entenderam pelo seu indeferimento – Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Maurício Correa, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence; o segundo, composto pelos votos dos Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves, ambos concedendo o *Habeas Corpus*; e, por fim, o voto isolado do Ministro Carlos Ayres de Britto, que absolveu Siegfried Ellwanger por atipicidade de conduta, ou seja, entendeu que a conduta do paciente não teria sido criminosa.

A primeira crítica ao acórdão é a falha na apreciação da matéria suscitada pela defesa que, embora reconhecesse o caráter discriminatório das publicações de Ellwanger, foi baseada no argumento de que os judeus constituem um povo, e não uma raça, motivo pelo qual o paciente não teria incidido em crime de racismo – inafiançável e imprescritível, de acordo com o inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal – ao propagar teses antissemitas. Caso o argumento fosse acolhido, a pretensão executória da pena estaria prescrita.¹⁰⁵

Entretanto, constata-se que a decisão não apresentou nenhum consenso entre os votos dos ministros. Apesar de o resultado ser facilmente separado em categorias, as fundamentações dos ministros não apresentam tamanha coesão. Cada qual deu prevalência aos direitos da personalidade por motivos inteiramente diferentes entre si e, a respeito do argumento levantado pela defesa, sequer foram todos os ministros que analisaram se a discriminação religiosa descrita no art. 20 da Lei nº 7.716/89 estaria abarcada ou não pelo crime de racismo disposto no inciso XLII do art. 5º da Constituição. Foram poucos argumentos jurídicos e mais argumentos históricos contidos em quase 500 páginas de acórdão. Uma situação que confere pouca relevância ao contraditório.

Dentre os argumentos principais dos ministros que votaram pelo deferimento do *Habeas Corpus* está a afirmação de que discriminação é gênero, sendo o racismo uma espécie agravada de discriminação – todas as espécies estariam elencadas no art. 20 da Lei nº 7.716/89. Contudo, o Ministro Relator

¹⁰⁵ A defesa argumentou:

“A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei nº 7716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória” (Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 11).

Moreira Alves – acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio – adentrou no argumento da defesa, afirmando que o conceito de racismo deve ser entendido restritivamente, não se aplicando as características da imprescritibilidade e da inafiançabilidade a outros tipos de discriminação.

Apesar de também ter votado a favor do réu, o Ministro Carlos Ayres Britto defendeu seu voto apenas argumentando que as condutas descritas na denúncia são anteriores à Lei nº 7.716/89 e, por isso, seriam atípicas. O ministro não adentrou no debate da abrangência de atos discriminatórios presentes no conceito de racismo.

Ambos os pareceristas – o Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles e o *amicus curiae* Celso Lafer – enfrentaram a questão posta pela defesa, argumentando que antes o racismo apenas contemplava raça de acordo com a cor, conforme o art. 20 da Lei nº 7.716/89, mas, com a nova redação pela Lei nº 8.081/90, a discriminação religiosa também passaria a ser racismo e, por esse motivo, todas as condutas do art. 20 da lei de racismo seriam imprescritíveis. Entretanto, nenhum dos pareceristas se manifestou quanto ao fato de os atos do paciente terem sido praticados antes da modificação da lei.

Quanto aos ministros que votaram pela negação do *Habeas Corpus*, nenhum explorou diretamente a questão legal levantada pela defesa. Tais ministros trataram do racismo apenas sob o viés histórico, resumidamente argumentando que, embora não existam subdivisões da raça humana, biologicamente falando, o racismo existe por uma questão social, decorrente de uma discriminação histórica. O judaísmo estaria enquadrado no conceito histórico de raça, por ser um grupo social homogêneo identificável e isso bastaria para entender o antissemitismo como sinônimo de crime racial. Não foi rebatida, portanto, a questão jurídica quanto à amplitude interpretativa da lei.

Como pôde ser percebido, os ministros não foram claros em seus votos se entendem que a discriminação religiosa é inafiançável e imprescritível, por ser uma forma de racismo – em uma interpretação mais abrangente do art. 5º, XLII da Constituição Federal –, ou, sendo a discriminação religiosa diferente de racismo, não se preocuparam em esclarecer quais tipos de ofensa compreendem cada um. Os ministros apenas remetem à explicação histórica para determinar se judaísmo seria uma raça ou não. Entretanto, não restou claro, para futuros casos, se atos de discriminação contra outras religiões seriam encarados como racismo e, portanto, também imprescritíveis e inafiançáveis. Tampouco restou claro qual seria a forma

de discurso que se enquadraria nessa situação, considerando que há diferença entre ofensa e discurso de ódio.

Não sabemos, pela leitura do acórdão, se a condenação ocorreu desta forma exclusivamente em razão da negativa do Holocausto e, por isso, devemos interpretar que esse tipo de manifestação é terminantemente proibido no Brasil.¹⁰⁶ Tampouco se sabe se a condenação por racismo ocorreu em razão da forma do discurso, ou seja, se o discurso de ódio ocorre com a publicação de um livro, com sua edição, ou pelo fato de o dono de uma editora realizar esse tipo de publicação. Devemos nos atentar, quanto à última questão, que pela descrição dos autos, havia outros autores dos livros objeto de prova e, a despeito disso, somente o dono da editora (Ellwanger) foi processado e respondeu pelo crime de racismo.

Restaria a dúvida, ainda, caso houvesse um ato discriminatório contra religiões de matriz africana, por exemplo, se tal fato corresponderia a um crime inafiançável e imprescritível, em razão de discriminações religiosas estarem compreendidas pelo art. 5º, XLII, CF, em sua interpretação mais abrangente; ou se poderíamos dizer que religiões de origem africana preenchem o requisito de raça, em razão de ser passível a identificação do grupo por origem, tipo de manifestação religiosa ou etnia. Não está claro, portanto, se o gênero “raça” abrange qualquer grupo social passível de ser identificado e subjugado por razões históricas e sociais ou se tal entendimento estaria restrito ao judaísmo por algum motivo específico.

No mesmo sentido, tampouco restou claro se uma discriminação contra ateus teria o condão de encadear o mesmo tipo de condenação. Diante de tal questionamento, Nucci se manifestou no seguinte sentido (2008, pp. 272 - 273):

Ora, se o STF considerou racismo, para efeito de se considerar imprescritível, mesmo se considerando que o judeu é adepto da religião denominada judaísmo, podendo ser qualquer pessoa, inclusive o que nasceu e se formou católico, mas posteriormente converteu-se. Dessa forma, parece-nos possível, igualmente, considerar racismo a busca da exclusão de outros grupos sociais homogêneos, exteriormente identificados por qualquer razão. E mais, podemos incluir nessa possibilidade a discriminação do ateu – aquele que não acredita em Deus em nenhuma força sobrenatural, regente do Universo ou das relações humanas.

¹⁰⁶ Devemos considerar que a maioria dos países que criminalizam o Holocausto – dentre eles, Alemanha, Áustria, França, Bélgica, República Tcheca, Lituânia, Países Baixos, Polônia, Romênia, Espanha, Suíça – possui um grau de condenação diferenciado de negação do Holocausto. Normalmente o grau de condenação está diretamente relacionado com o grau de envolvimento do país com o Holocausto e consideram o grau de revisionismo sustentado pela pessoa que profere o discurso (Ribeiro, 2012, p. 22). Entretanto, apesar da oportunidade, o STF sequer discutiu a questão.

Não acredito, contudo, que a real intenção do STF seja a de considerar qualquer grupo social homogêneo como raça, mas, é de se considerar que a explicação puramente histórica ou social de identificação dos grupos, sem explorar a argumentação a respeito da abrangência da lei, não é suficiente para que a fundamentação desse caso seja aproveitada de maneira satisfatória para direcionar a decisão de outros casos análogos.

Interessante pensar também como seria a decisão do STF caso o ato discriminatório fosse proferido por um religioso – invocando o argumento da liberdade religiosa – contra homossexuais, por exemplo. A referência a homossexuais poderia se enquadrar no requisito de grupo homogêneo de fácil identificação sustentado no acórdão do HC 82424-2. Dessa forma, sem a necessidade de explorar a discriminação religiosa, seria possível aplicar o conceito de racismo ao caso hipotético. Nesse aspecto, é preciso considerar o Projeto de Lei nº 122/06 – atualmente arquivado em razão do encerramento da legislatura –, cuja proposta era justamente ampliar o conteúdo da lei da lei que regula o racismo, que passaria a prever a homofobia. Se o projeto vier a ser aprovado, em caso de nova proposta, uma situação análoga ao HC 82.424-2, porém, voltada para ofensa contra homossexuais, poderia ser levada a juízo.

Assim, embora a abrangência da concepção de racismo fosse a matéria suscitada pela defesa, a análise realizada pelos ministros não foi satisfatória e o julgamento se enveredou por outro caminho. Após os debates sobre racismo, o Ministro Sepúlveda Pertence indagou acerca da possibilidade de “colisão” entre os “direitos” de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. A partir daí, praticamente todos os ministros trataram diretamente do tema.

Os ministros que votaram pelo deferimento do *Habeas Corpus* formaram certo consenso no sentido de que, para ter liberdade de expressão, há o pressuposto de existência de tolerância, pois a defesa da liberdade de expressão engloba o direito de afronta ao pensamento majoritário. O Ministro Relator Marco Aurélio – acompanhado, nesse âmbito, pelo Ministro Carlos Ayres Britto – afirmou que a única restrição possível à liberdade de expressão de modo justificado é quanto à forma do discurso, ou seja, a maneira como esse pensamento é difundido. Nesse caso, estaria configurado crime de racismo se, ao invés de publicar um livro no qual foram expostas suas ideias acerca da relação entre judeus e alemães na Segunda Guerra Mundial, o paciente tivesse distribuído panfletos nas ruas com dizeres do

tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do país”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”.

Esse tipo de pensamento revela um raciocínio próximo ao dominante nos Estados Unidos, que utiliza o critério de real incitação à violência como elemento diferenciador de um discurso de ódio e um discurso ofensivo ou de discriminação. Entretanto, o ministro chama aquilo que é visto como “discurso de ódio” nos Estados Unidos de racismo, terminando por se contradizer na afirmação que fez no sentido de que o racismo somente poderia ocorrer contra negro, uma vez que “discurso de ódio” seria mais abrangente. Sendo assim, é possível perceber uma confusão entre o conceito de racismo e discurso de ódio.

Ainda dentre os ministros que deferiram o *Habeas Corpus*, somente o Ministro Moreira Alves não comentou especificamente sobre o princípio da liberdade de expressão em seu voto, por entender que o conflito entre princípios não seria objeto do HC, sendo a decisão passível de ser realizada apenas pela análise do racismo. Apesar disso, o ministro trouxe à tona decisões proferidas pela Corte norte-americana nas quais foi levantada a análise sobre discurso de ódio e acabou prevalecendo a liberdade de expressão por não haver incitação à violência explícita.

A maioria dos ministros que votou pelo indeferimento do HC, utilizou o argumento clássico de que a liberdade de expressão não é incondicionada e, por isso, deveria ser exercida de forma harmônica com os limites traçados na própria Constituição Federal, pela aplicação do método da ponderação.¹⁰⁷ Afirmam genericamente que o princípio da liberdade de expressão deve ser o mais abrangente possível, mas que não há direitos ou garantias absolutos. A liberdade de expressão não pode incorporar declarações de conteúdo discriminatórios, racistas, ou preconceituosos, incitações ao ódio público, publicações que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa ou opinião histórica. Por isso, não estão abrangidos pela proteção da liberdade de expressão insultos, ofensas, estímulos à intolerância racial ou tratamento hostil. Não houve, por parte dos ministros, o

¹⁰⁷ A Ministra Ellen Gracie e o Ministro Sepúlveda da Pertence são os únicos ministros dessa categoria que não mencionam o conflito entre tais princípios explicitamente, resolvendo o caso apenas através do conceito de racismo. O Ministro Celso de Mello, apesar de não reconhecer o conflito entre princípios, deixa claro que nenhum direito ou garantia é absoluto e diz que deve ser usado o método da ponderação de bens e valores, conceituando a dignidade como limite à liberdade de expressão. Com isso, termina resolvendo o conflito que nega existir.

compromisso de explorar as ofensas proferidas no caso, apontando os trechos problemáticos.

Imediatamente após a ratificação de que a liberdade de expressão não é absoluta, os mesmo ministros enfatizam o valor do princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando-o como postulado universal. Além disso, argumentam que se deve extrair a máxima eficácia desse princípio, que deverá ser usado como limite externo a outros direitos fundamentais. A dignidade, portanto, seria o limite da liberdade de expressão, não se admitindo qualquer discriminação por motivos de nascimento, raça ou crença.

A Ministra Ellen Gracie e o Ministro Sepúlveda Pertence são os únicos ministros dessa categoria que não mencionam o conflito entre tais princípios explicitamente, resolvendo o caso apenas através do conceito de racismo. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso, apesar de não reconhecerem o conflito entre princípios inicialmente, deixam claro que nenhum direito ou garantia é absoluto e dizem que deve ser usado o método da ponderação de bens e valores, conceituando a dignidade como limite à liberdade de expressão. Com isso, terminaram resolvendo o conflito que negaram existir.

O Ministro Cezar Peluso ainda proferiu um argumento diferente, levando em conta o comportamento sistemático do agente e não a conduta em si. Segundo o ministro, caso as publicações ocorressem de forma casual, não haveria crime. Além de nenhum outro ministro ter acompanhado tal entendimento, esse tipo de raciocínio desconsidera a premissa de que não se deve coibir previamente futuras condutas. Não é – ou ao menos não deveria ser – a habitualidade da manifestação do agente que constitui crime, mas o eventual excesso que venha a cometer em sua manifestação. O agente deve responder posteriormente somente pelo abuso que cometeu na forma ou conteúdo do discurso e não em razão exclusiva de sua manifestação reiterada.

A maioria dos ministros – seja os que votaram contra ou favor do HC – cita a liberdade negativa, no sentido de que o mercado de ideias deverá receber as manifestações de liberdade e se autoajustar, eliminando as manifestações prejudiciais, de modo que a interferência do Estado ocorra em *ultima ratio*, somente quando extremamente necessário. Esse é o pensamento difundido pela Suprema

Corte Americana, mas que no caso, não é aplicado da mesma forma.^{108 109} A diferença no raciocínio entre os dois grupos de ministros com votos opostos está no fato de que os ministros que negaram o *Habeas Corpus* se atêm à questão de “ódios históricos” e utilizam o antissemitismo como exemplo para restrição do princípio. O argumento, tal como utilizado na fundamentação do caso, termina por ser genérico, podendo ser aplicado a qualquer contexto, mas que, por não ter força argumentativa, pode ser abandonado na “primeira esquina”. É claro que os ministros poderiam ter aproveitado a situação para discutir o grau e tipo de negação do Holocausto para averiguar se qualquer tipo de negação é proibida;¹¹⁰ mas, isso não foi feito.

Ressalta-se que o problema não está no resultado objetivo do acórdão – pela restrição do discurso –, mas na carência de fundamentação adequada. Há, de certo, uma manipulação de um argumento de liberdade negativa, utilizado nos Estados Unidos, para indicar uma decisão totalmente oposta, mais próxima ao modelo germânico, em que se sustenta a liberdade positiva e a intangibilidade da dignidade humana (Luna; Santos, 2014, p. 238).

No caso, a mistura de métodos de decisão usados pelos ministros acaba sendo uma forma de encaminhar o resultado no sentido da maior conveniência pessoal, segundo a ideologia de cada um. Não se pode negar que o dispositivo constitucional que criminaliza o racismo comporta mais de uma interpretação. Quando invocam o princípio da ponderação como método de resolução do conflito, acaba prevalecendo um desacordo de preferências, onde vence o resultado mais votado, sem que as fundamentações precisem estar alinhadas. Os mecanismos que estabelecem preferências, como o princípio da proporcionalidade, não são ideais para definir ou tipificar crimes, sem que haja um alinhamento ou uma discussão mais profunda para assumir o método e o princípio de maior valor para a Corte.

¹⁰⁸ Dentre os principais defensores do livre mercado de ideias está Stuart Mill, na doutrina e o Juiz Oliver Wendell homes, na jurisprudência norte-americana (1974, p. 32).

¹⁰⁹ Casos em que a Suprema Corte Americana decidiu pela liberdade de expressão, em desfavor dos judeus, usando o método de diferenciar ofensa e discurso de ódio: Caso *Brandenburg* (1969), caso *Skokie* (1977), caso *R.A.V. Vs. City of St. Paul* (1992).

¹¹⁰ Sobre a discussão do grau de revisionismo das teorias ver: <http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/RaissaDuarteSilvaRibeiro.pdf> (acesso em 29 dez. 2015).

4.1.2

O *Habeas Corpus* 82.424-2 como precedente

Como o caso passou a ser visto como *leading case*, interessante analisar de que forma a decisão do HC 82.424-2 tem servido como guia no Brasil, pois talvez o caso indique fixação de precedentes importantes.

Em 2007 foi proposto o Projeto de Lei nº 987 – ainda em tramitação –, que pretende uma nova modificação na redação do art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a inserção do § 2º nos seguintes termos:

“§ 2º. Incorre na mesma pena do § 1º deste artigo, **quem negar ocorrência do Holocausto** ou de outros crimes contra a humanidade, com a finalidade de incentivar ou induzir à prática de atos discriminatórios ou segregação racial” (grifou-se).

A proposta, caso aprovada, tornará crime o discurso de ódio no tocante à teoria revisionista. Certamente a motivação para apresentação desse projeto tem como inspiração o julgamento do HC 82.424-2 (Meyer-Pflug, 2009, p. 217).

Entretanto, apesar de o HC 82.424-2 ter servido de inspiração para o Projeto de Lei, de modo a incorporar na legislação o entendimento do STF, e este ter sido visto como um *leading case* nacionalmente, é preciso destacar algumas questões quanto ao uso de precedentes pelo Judiciário brasileiro. Adriana Vojvodic (2012, p. 206) destaca que há uma tendência do Judiciário de citar como precedentes casos cujos resultados – aquilo que foi apresentado como decisão final no dispositivo – estão de acordo com o sentido que se pretende votar, sem que seja considerada a fundamentação do precedente. Trata-se de uma postura menos interpretativa dos precedentes nos casos difíceis.

A autora ainda observa que ao longo do *Habeas Corpus* foram trazidas pelos ministros decisões internacionais como precedentes, a fim de fundamentar seus votos. Um caso particular – conhecido como *Lebach*¹¹¹ –, decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1973, foi citado no voto do Ministro Gilmar Mendes

¹¹¹ Nesse caso, se discutiu se uma rede de televisão poderia ser proibida de incluir em sua programação um documentário sobre a história de um criminoso que estava prestes a ter liberdade. O Tribunal acabou entendendo pela restrição da liberdade de expressão, uma vez que essa já havia sido garantida quando da realização do documentário, mas sua exibição, nesse contexto, prejudicaria a reinserção social do sujeito.

para justificar a restrição à liberdade de expressão. Tempos mais tarde, quando do julgamento da lei da imprensa pelo STF, através da ADPF 130, o caso *Lebach* foi novamente citado como precedente para argumentar pela restrição da liberdade de expressão, mas, em momento algum o HC 82.424-2 foi citado, apesar de haver apreciação de questões diretamente relacionadas ao caso. Joaquim Barbosa, inclusive, traz à baila a questão se a Constituição protege o discurso que vise a fazer apologia de preconceitos de raça ou classe. O ministro decide pelo não afastamento das regras que proíbem a divulgação de material que contenham preconceitos de raça ou de classe, mas sem fazer qualquer menção ao caso Ellwanger (Vojvodic, 2012, pp. 212-213).

Não parece adequado que um caso tido como *leading case* e que ainda trate de questões extremamente parecidas com aquelas levantadas ao longo da ADPF 130 não seja citado. Passamos a compreender o motivo, no entanto, quando verificamos que, para decidir pela não recepção da lei de imprensa, os ministros sustentaram uma liberdade quase que absoluta, que não converge com o explorado no HC, em que a liberdade de expressão estaria restrita ao princípio da dignidade humana. O STF, tribunal que jugou ambos os casos, não determina a relação entre os casos, restando em aberto a definição dos “limites aos limites” à liberdade de expressão.

Outro caso emblemático que ocorreu após o julgamento do *Habeas Corpus* 82424-2 foi o da escola de samba Unidos do Viradouro – Processo 2008.001.024498-5. Os fatos ocorreram em 2008, quando a escola adotou o samba enredo “É de arrepiar”, fazendo referência a situações que causam arrepio. Um dos carros alegóricos a ser apresentado tinha como tema o Holocausto, com esculturas de cadáveres nus empilhados e uma pessoa caracterizada de Hitler sobre os corpos.

Ao tomar ciência da situação, o presidente da Federação Israelita do Rio de Janeiro (FIERL) ajuizou um pedido liminar que foi concedido pela Justiça do Rio de Janeiro, determinando uma multa de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), caso a escola desfilasse com o carro alegórico em questão, e mais R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), caso alguém estivesse caracterizado de Hitler durante o desfile.

A concessão da liminar nesses termos potencialmente indica que os parâmetros de decisão do caso Ellwanger geraram interpretações erradas a respeito daquilo que é considerado discurso de ódio. Além de se tratar de uma apresentação

de caráter artístico,¹¹² a apresentação havia sido pensada em tom de crítica e não de incitação ao ódio e à violência, tanto é assim, que o tema do samba enredo remete a situações classificadas como ruins. Apesar disso, o HC 82424-2 foi citado categoricamente como precedente, sem que tivessem sido realizadas comparações a respeito das peculiaridades de ambos os casos.

4.1.3

Outros casos a serem considerados

Para além do HC 82424-2, há outros casos recentes envolvendo livros que contêm ofensas religiosas no Brasil. Um caso de muita repercussão envolveu o Bispo evangélico Edir Macedo. Em 2005, o Ministério Público Federal ajuizou ação contra Edir Macedo em nome dos adeptos de religiões de matriz africana por conta de livro publicado pelo fundador da Igreja Universal do Reino de Deus, intitulado “Orixás, Caboclos e Guias, deuses ou demônios?”, onde o autor denuncia supostas manobras satânicas que ocorreriam através do Espiritismo, Umbanda, Candomblé, Quimbanda e outras religiões espiritualistas, principalmente as de matriz africana.

Na obra, essas religiões são apontadas como as responsáveis pelas origens das doenças, desavenças, e outros males do mundo a que os humanos estão sujeitos, referindo-se a tais religiões como “seitas demoníacas”, “modo pelo qual o demônio age na face da Terra”, “canais de atuação dos demônios”, “feitiçaria, bruxaria e magia”, dizendo que a “bíblia condena todas as práticas da Umbanda, do Candomblé e do Espiritismo de um modo geral (...) mostrando a desaprovação de Deus a essas práticas enganosas e diabólicas”, e que os santos seriam “espíritos malignos sem corpo”, demonstrando uma visão depreciativa de tais religiões.

A publicação foi questionada na Justiça a fim de suspender sua tiragem, venda, revenda e entrega gratuita, sob o fundamento do art. 20, da Lei nº 7.716/89. Em decisão liminar, a juíza Nair Cristina de Castro, da 4ª Vara da Justiça Federal da Bahia, determinou a suspensão da venda do livro, fixando 30 dias para a retirada da obra de mercado, sob pena de uma multa diária de R\$ 50 mil. O fundamento foi que a obra

¹¹² Dimitri Dimoulis (2009) trata do tema da liberdade de expressão artística defendendo que a arte tem formas e justificativas diferentes das demais manifestações de pensamento e, por isso, reivindica-se uma liberdade quase absoluta.

extrapola os limites da liberdade religiosa(...), na medida em que não se restringe à explanação e divulgação das ideias próprias à religião que é adotada por quem o escreveu, mas sim se predispõe a tratar pejorativamente outra religião e seus adeptos, incitando à discriminação.

Um ano depois da prolação da liminar, entretanto, em sede de agravo de instrumento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região retirou a suspensão de vendas, até que a decisão definitiva em primeira instância fosse proferida. A justificativa para a retirada da suspensão foi que a proibição contrariava o princípio da liberdade de expressão. Ademais, a obra estaria restrita a um grupo de interessados, ligados àquela profecia de fé. A decisão também se reportou ao fato de a obra já circular desde a década de 80, o que afastaria, na hipótese, o perigo na demora de se decidir, podendo aguardar a sentença de 1º grau.

Interessante observar que “Orixás, Caboclos e Guias”, desde seu lançamento em 1987, permanece como um dos mais vendidos da editora, sendo mais de 4 milhões de exemplares vendidos, estando em sua 15ª edição. De certo, a abrangência do público é gigantesca, porém, se restringe à comunidade evangélica – representada por 22,2% da população brasileira.¹¹³ Macedo, inclusive, procura legitimar sua fala a partir da posição que ocupa na igreja, como bispo, e se apresenta como especialista em “demonologia”.

Indubitavelmente o autor se dirige a praticamente todas as religiões de matriz africana e, além delas, o kardecismo e o catolicismo de forma ofensiva. Para ele, todas elas são usadas pelo “demônio” para enganar o povo. No entanto, o autor não diz manifestar ódio por pessoas dessas religiões, ao contrário, considera-as enganadas e considera-se fazendo um favor, já que sua igreja é capaz de proporcionar a libertação dessas pessoas. Inclusive, o autor diz-se receptivo a ex-pais de santo ou ex-mães de santo que desejem integrar sua igreja, para que sejam transformados, utilizando, assim, a liberdade religiosa como fundamento principal do seu discurso. Apesar da intenção declarada do bispo, as palavras de sua obra assumem sentidos antagônicos, numa relação de amor e ódio. É possível, a partir desse caso, como o discurso religioso pode ser um discurso de intolerância e demonização. Não há neutralidade no livro de Macedo como não há neutralidade

¹¹³ Dados levantados pelo último CENSO, realizado em 2010.

Cf.: IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. CENSO 2010. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2170&busca=1&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espiritas-sem-religiao> (acesso em 20 fev. 2017).

em nenhum discurso proferido por particulares – diferentemente no âmbito do Estado, em que é exigida a neutralidade (Dias; Campos, p. 360).

Trata-se um discurso que se aproxima muito ao utilizado pelos evangélicos, em geral, com relação aos homossexuais, no sentido de condenar a sua conduta, mas “acolhe-os” para que modifiquem seu modo de vida. Ambos os discursos são potencialmente ofensivos – ainda que não se declare a intenção de ofender –, direcionados a grande parte da população brasileira e frequentemente proferidos sob o fundamento da liberdade religiosa. Por isso, deveriam ser tratados da mesma forma? Não há precedentes no Brasil que afirmem uma tendência segura.

De acordo com André Ramos Tavares, sobre as religiões eminentemente universalistas, como o cristianismo, de pretensões evangelizadoras, a liberdade religiosa protege o seu discurso excludente em relação às religiões concorrentes, uma vez que é da natureza de tais religiões pregarem sua doutrina moral. Nesse sentido, o Estado não pode impor aos seus fiéis um dever de tolerância com relação às demais religiões, sob pena de estar suprimindo a própria liberdade religiosa, para a garantia das demais, não podendo, por isso, confundir proselitismo com discriminação religiosa – tratada no art. 208, CP.¹¹⁴

O discurso de Macedo pode ser considerado enraizado no Brasil. No país de solo cristão-católico, desde a chegada dos africanos como escravos, suas religiões foram identificadas como pertencendo ao demônio. Portanto, o discurso de Edir Macedo contra religiões de origem africana tem sido uma constante na história brasileira. Em nenhum momento Edir Macedo incita diretamente os seus leitores a agredirem fisicamente os umbandistas, mas é possível que alguns leitores sintam-se sugestionados a fazerem isso por conta do ódio implementado e violência implícita contida no texto. No entanto, não há um indicativo jurisprudencial a respeito da consideração do potencial de violência, assim como não houve consenso sobre a questão entre os ministros do STF quando do julgamento do HC 82424-2.

Outro caso parecido com o acima citado e que também envolve ofensas contra as religiões de matriz africana, mas, desta vez, proferidas por um Padre da Igreja Católica, chegou ao STF em 2016. O Padre Jonas Abib publicou um livro

¹¹⁴ Ver mais em: Tavares, André Ramos. *O Direito fundamental ao Discurso Religioso*: Divulgação da fé, proselitismo e Evangelização. Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa. Disponível em: http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html (acesso em 12 fev. 2017).

sobre Umbanda e Candomblé intitulado “Sim, Sim, Não, Não: Reflexões de Cura e Libertação”. Em algumas passagens polêmicas da obra, Abib diz que, se no passado o demônio “se escondia por trás dos ídolos, hoje se esconde nos rituais e nas práticas do espiritismo, da umbanda, do candomblé e de outras formas de espiritismo”. Além disso, diz que pais e mães de santo são “vítimas” e “instrumentalizados por Satanás”. O padre ainda afirma que “A doutrina espírita é maligna, vem do maligno”. Em outra passagem, Abib diz que “O espiritismo é como uma epidemia e como tal deve ser combatido: é um foco de morte. O espiritismo precisa ser desterrado da nossa vida. Não é preciso ser cristão e ser espírita. [...]. Limpe-se totalmente!”. O padre ainda recomenda aos católicos queimar e se desfazer de livros espíritas, bem como imagens de Iemanjá, apresentados como “maldição” para a pessoa e sua família.

Diante da publicação, o Ministério Público moveu uma ação contra o Padre Jonas Abib por suposto crime de discriminação religiosa, sob o fundamento do art. 20, parágrafos 2º e 3º da Lei nº 7.716/89. O caso chegou ao Supremo Tribunal através do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) 134682 e, por 4 votos a 1, a Primeira Turma entendeu que a obra estaria protegida pela liberdade religiosa e de expressão, apesar das declarações ofensivas, e determinou o trancamento da ação penal em curso no Tribunal de Justiça da Bahia (TJ/BA), na qual Jonas Abib era acusado de incitação à discriminação religiosa. Prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Edson Fachin que, apesar de considerar o texto “intolerante, pedante e prepotente”, não identificou a tipicidade da conduta criminal, aceitando o argumento da defesa de que o autor se volta para a comunidade católica e que não “ataca pessoas, mas ideias”. O STF, assim, reconhece a ofensividade das declarações e, ainda assim, entende que estão cobertas pela liberdade de expressão e religiosa.¹¹⁵

Fachin explicou que “Ainda que, eventualmente, os dizeres possam sinalizar certa animosidade, não se explicita a mínima intenção de que os fiéis católicos procedam à escravização, exploração ou eliminação das pessoas adeptas ao espiritismo”. Acompanharam Fachin os ministros Luís Roberto Barroso, Marco

¹¹⁵ Ver mais em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=134682&classe=RHC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> (acesso 12 jan 2017).

Aurélio Mello e Rosa Weber. O único a divergir no julgamento foi Luiz Fux, que chamou a atenção para a necessidade de tolerância entre as religiões.

Esse julgamento demonstra uma tendência completamente diferente da adotada pela juíza de 1ª instância do caso do bispo Edir Macedo, anteriormente citado. Quanto à própria jurisprudência do STF, não há referências ao caso do HC 82424-2, talvez por se entender que o caso Ellwanger tratava de racismo, ao passo que neste caso, o entendimento foi que se tratava puramente de intolerância religiosa. Entretanto, novamente está ausente um esforço em construir um entendimento consolidado que revisita casos anteriormente decididos, onde se reflete sobre futuros casos que podem surgir sobre a questão.

E se, no caso em questão, ao invés de dizer que a doutrina espírita é maligna, o Padre dissesse que os espíritas são malignos? Ou se ou invés de dizer que o espiritismo é uma epidemia, ele dissesse que os espíritas são portadores de epidemias? Seria a questão enfrentada de maneira diferente, por se tratar de crítica a pessoas e não a ideias (tal como sugerido por Waldron)? Seguindo o mesmo raciocínio, e se Ellwanger tivesse atacado ideias e não pessoas, seu discurso teria sido enquadrado como antissemitismo? E mais, até que uma norma ou precedente expresse determinasse o contrário – como a regra contida no princípio 12 dos *Camden Principles* –, certo grau de revisionismo não poderia ser encarado como ataque a ideias e não a pessoas? Nenhuma dessas questões sensíveis – mas necessárias – foi enfrentada pelos tribunais nesses casos.

Além dos casos citados, envolvendo publicações com ofensas diretas a religiões, há casos interessantes envolvendo símbolos religiosos, que merecem análise mais atenta. Como anteriormente visto no primeiro tópico deste capítulo, a princípio não há crime de blasfêmia no Brasil. No entanto, um caso recentemente julgado demonstra que a discussão a respeito da necessidade de proteger o sentimento religioso está longe de terminar.

Em 2016, a artista Ana Paula Dornelas ficou conhecida por sua arte através da marca “Santa Blasfêmia”. A artista usava base de gesso de santos da Igreja Católica para confeccionar estátuas de personagens e personalidades conhecidas, como Batman, Frida Kahlo, Mulher Maravilha, Malévola. A artista foi processada pela Arquidiocese de Goiânia em ação de obrigação de não fazer por utilizar material que seria próprio da Igreja Católica; o pedido era no sentido de que Ana

Paula fosse impedida de vender sua arte, uma vez que ofensiva aos sentimentos religiosos.

Em sede de liminar, o magistrado entendeu ser preciso ponderar a liberdade de expressão – no caso, a manifestação artística e intelectual da parte ré – com o livre direito de religião, bem como a proteção dos locais de culto e das suas liturgias, todos previstos na Constituição Federal. Nas palavras do magistrado:

Muito embora os direitos e garantias fundamentais estejam na mesma ordem, sem hierarquia ou primazia de um direito sobre o outro, quando houver conflito entre eles, deve prevalecer o direito à dignidade pessoal, à honra, e à vida privada, que no caso a Igreja Católica, a Santa Sé, é pessoa jurídica de direito público (...). A requerida, ao confeccionar imagens satirizadas dos santos representantes da Igreja Católica, está deliberadamente extrapolando ao seu direito Constitucional e obstando o direito de imagem da requerente.¹¹⁶

Sob tal justificativa, em março de 2016, o Juiz Abílio Wolney Aires Neto, da 9ª Vara Cível de Goiânia, determinou multa de R\$ 50 mil para a artista, caso ela continuasse confeccionando esculturas de santos da Igreja Católica inspirados na cultura pop. A decisão, portanto, proibiu a artista Ana Smile – como é conhecida – de fabricar, comercializar e divulgar as estátuas de sua autoria, utilizando imagens de santos estilizadas.

A decisão abrange a exclusão dos perfis de divulgação do trabalho nas redes sociais e a retirada dos produtos de uma loja em Brasília (DF), com a marca “Santa Blasfêmia”. O processo ainda tramita em Goiânia, pendente de sentença.

O problema do alto grau de particularismo repete-se quando o magistrado cita apenas os direitos fundamentais da liberdade de expressão e liberdade religiosa e de consciência, presentes na Constituição, para determinar que, ainda que a expressão tenha sido artística, a ponderação prevalece em favor da liberdade religiosa, uma vez que o critério de “desempate” seria a consideração da dignidade da pessoa humana. O magistrado não demonstra esforço no raciocínio lógico para a ponderação e não considera a construção de um entendimento firmado. Não há reflexão sobre quais seriam os limites de utilização de símbolos religiosos e até mesmo o que se entende por símbolos religiosos, ou seja, quais são os objetos e em quais circunstâncias a Igreja teria domínio total sobre os mesmos, de modo que não seja permitido nenhum outro ato que não seja referente ao culto.

¹¹⁶ Conj. Decisão liminar Caso Santa Blasfêmia. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-condena-artista-responsavel.pdf> (acesso em 20 jan 2017).

Um segundo caso envolvendo o uso de símbolos religiosos ocorreu na Parada LGBT de 2015. Viviany Beleboni, 27 anos, atriz e transexual, realizou uma polêmica performance na 19ª Parada Gay de São Paulo em 2015, ao desfilar em trio elétrico, semidesnuda e crucificada, fazendo alusão a Jesus Cristo, em manifesto contra a homofobia praticada por fiéis de igrejas cristãs.

O ato de protesto realizado por Viviany motivou reações por parte de líderes religiosos e fiéis, principalmente evangélicos, inconformados com o que descreviam ser uma afronta e flagrante falta de respeito à cruz, que é um símbolo religioso, e sua utilização em manifestações dessa forma corresponde a um desrespeito ao sentimento religioso.

Uma representação foi movida junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), pela Associação das Igrejas Evangélicas de São Paulo, enquadrando Viviany como violadora do art. 208 do Código Penal, sendo acusada de ultraje, impedimento ou perturbação de culto religioso. Todavia, ainda não há decisões sobre o caso.

Viviany passou a ser hostilizada nas redes sociais após a encenação, afirmando, inclusive, ter sido agredida por um homem que se dizia religioso. Devido aos novos fatos, a transexual ajuizou vários processos. Contra o *Facebook*, por exemplo, Viviany pedia à rede social para identificar usuários que, após o desfile, publicaram montagens de fotos suas em meio a outras imagens de sexo explícito. Viviany também ajuizou outras sete ações – uma delas contra Marco Feliciano e outra contra o senador Felipe Malta – nas quais reivindica indenização por danos morais no valor aproximado de R\$ 800 mil. Alguns dos processos correm em segredo de justiça.¹¹⁷

Em uma das ações indenizatórias movidas por Viviany contra Magno Pereira Malta, por publicações em redes sociais, a transexual teve seu pedido indenizatório negado em primeira instância. Em sede de apelação, a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso interposto pela autora, sob o seguinte fundamento redigido pelo Desembargador Relator João Francisco Moreira Viegas:

¹¹⁷ Portal G1. Justiça nega indenização de R\$ 700 mil a transexual crucificada na Paulista. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/justica-nega-indenizacao-de-r-700-mil-transexual-crucificada-na-paulista.html> (acesso em 05 jan. 2017).

Na hipótese dos autos, denota-se que o réu não teceu qualquer comentário dirigido diretamente à autora que pudesse ensejar ofensa à sua honra. Evidente que ela tinha direito de protestar contra a homofobia, da maneira que melhor lhe aprouvesse, defendendo os direitos LGBT. Entretanto, ao se colocar nessa situação de enorme visibilidade, era de se esperar que nem todas as manifestações fossem de apoio, pois os grupos religiosos também tinham todo o direito de se mostrarem ofendidos, contanto que não houvesse ataques pessoais ou excessos caracterizadores de ato ilícito.¹¹⁸

Apesar de o fundamento citado não corresponder à ação em que Viviany responde por sua encenação polêmica, o relator do processo movido pela transexual observa que a atitude de Viviany, apesar de ofensiva, estaria acobertada pelo direito ao protesto, que decorre do direito à livre expressão. Tal observação indica uma opinião no sentido de que a intenção do agente no momento da expressão – simbólica, falada ou escrita – deve ser considerada, de forma que protestos teriam o condão de minimizar ou anular o grau de ofensividade da encenação. Também é possível que a observação indique que o fato de Viviany pertencer a um grupo estigmatizado, que enfrenta ofensas em decorrência da liberdade religiosa praticada por cristãos, a coloca em uma posição na qual sua liberdade de expressão deve ser mais protegida. Entretanto, se o caso ocorresse de maneira reversa, em que cristãos realizassem protestos de oposição a alguma prática homossexual, deveria a questão ser reinterpretada, de forma mais restritiva?

Outro caso de crucificação simbólica também causou polêmica em 2012, mas, diferentemente do caso da Parada LGBT 2015, neste caso, a polêmica não ensejou processos. O jogador de futebol Neymar foi capa da revista esportiva “Placar” do mês de Outubro daquele ano, sob a manchete “A crucificação de Neymar”. A página principal exibia uma montagem do jogador crucificado, em alusão a Jesus Cristo, para dizer que a atuação do jogador em campo estaria sendo injustamente criticada, tornando-o um “bode expiatório” do esporte.

Como é possível imaginar, a publicação ensejou críticas. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) publicou uma nota de repúdio à revista, afirmando que a montagem era uma “provocação” e exprime “indignação”. A

¹¹⁸ Cf.: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1061405-89.2015.8.26.0100. Apelante: Viviany Belebani. Apelado: Magno Pereira Malta. Relator: Moreira Viegas. São Paulo, 28 de Setembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9857282&cdForo=0&v1Captcha=vrkhhb> (acesso em 3 dez, 2016)

revista também foi alvo de críticas por outros setores da mídia nacional e internacional.¹¹⁹

Entretanto, cabe uma interessante reflexão sobre as razões que ensejaram processos no primeiro caso, mas não no segundo. No primeiro caso, como mencionado, é importante considerar que se trata de um protesto, cujo objetivo é uma crítica à opressão social sofrida, além de ser possível interpretá-lo como uma manifestação artística. Apesar disso, a cena ocorreu em uma cidade com imensa população conservadora, que elegeu Marco Feliciano com maioria de votos, em um momento de acirramento da disputa ideológica contra grupos religiosos fundamentalistas. No segundo caso, apesar de a publicação do jogador Neymar ter ocorrido no mesmo contexto político, com grande influência da bancada religiosa, não se apresenta uma disputa de grupos que, em abstrato, buscam direitos antagônicos: de um lado, cristãos e, de outro, os homossexuais. Resta claro que o real problema em questão não é de fato a proteção do sentimento religioso, mas o enfrentamento de dois grupos em disputa. Comparando os casos diretamente e considerando as semelhanças entre ambos, seria possível que a questão decisiva foi o fato de a ofensa ter sido realizada por uma transexual?

Um terceiro caso envolvendo uso de símbolos religiosos ocorreu em 2008, em que a editora Abril foi condenada por vilipêndio de símbolo religioso após publicar fotos da atriz Carol Castro nua, portando crucifixo, na Revista *Playboy*. Foi deferida, parcialmente, tutela antecipada para impedir a distribuição de novas revistas com a imagem contestada, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais); mantidas, nas bancas e em outros pontos de comércio, aquelas já postas em venda. No mérito, o Juízo deu provimento parcial ao pedido nos termos assentados quando do pronunciamento liminar.¹²⁰

Apesar de recorrente, essa associação de preservação do sentimento religioso com a proibição do uso de crucifixo ou imagens religiosas em situações polêmicas não parece ser a mais adequada. Para além do argumento da liberdade de expressão, há entendimentos no sentido de que o “objeto de culto religioso” mencionado no artigo 208, CP deve ser interpretado como aqueles que servem para

¹¹⁹ Portal Terra. Polêmica religiosa por "Neymar crucificado" vira destaque no mundo. Disponível em: <https://esportes.terra.com.br/futebol/internacional/polemica-religiosa-por-neymar-crucificado-vira-destaque-no-mundo.3da889534e0aa310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>

¹²⁰ Cf.: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2008.001.251383-5> (acesso em 2 fev. 2017).

a celebração de cultos religiosos e, sendo indispensável que esses objetos estejam propriamente destinados ao culto, pois se se encontrarem expostos à venda, não tipificará crime. Desta forma, apenas se enquadram no art. 208, CP os casos em que se utiliza objetos consagrados ou expostos na Igreja Bitencourt, p. 790; Jesus, 2005, p. 71; Mirabete, 2011, p. 372).

O artigo 208, CP seria corretamente aplicado, por exemplo, se ocorresse no Brasil situação análoga à ocorrida na Espanha, em que um artista furtou hóstias consagradas da Igreja para formar com elas a palavra “Pederastia”, a fim de protestar contra casos de pedofilia praticada por padres.¹²¹ Dessa forma, a partir da análise dos casos mencionados, percebe-se que a jurisprudência brasileira ainda tem preocupação especial com a proteção do sentimento religioso, ainda que a tendência nos países investigados seja de abolição de tais leis, como visto no capítulo anterior.

Quando se trata de restrição à liberdade religiosa, sobre discursos de ódio com base em dogmas religiosos, também faltam parâmetros decisórios convincentes. Em 2011, às vésperas da Parada LGBT, em São Paulo, a igreja evangélica “Casa de Oração” expôs em *outdoors* de Ribeirão Preto uma mensagem bíblica do livro Levítico, considerada, por muitos, uma passagem homofóbica. A mensagem transcrevia o trecho da Bíblia que diz ser “abominável” o ato de um homem se deitar com outro homem. A “Casa de Oração”, igreja responsável pela mensagem, alegou que o objetivo da divulgação da mensagem era expressar o que Deus diz a respeito da homossexualidade.

Ainda em 2011, após revolta por parte da população e setores LGBT da sociedade e mediante ação interposta pela Defensoria Pública, uma liminar determinou que as mensagens fossem retiradas dos *outdoors*. Após recurso interposto pela Igreja, alegando liberdade de expressão e liberdade de crença, a proibição foi reforçada por acórdão emitido pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), que também manteve a multa diária estabelecida em 1ª instância no valor de 10 mil reais em caso de descumprimento. De acordo com o acórdão, o *outdoor* transmitiu uma mensagem intolerante, degradante e discriminatória, além de realmente fomentar o ódio e a violência contra homossexuais, desrespeitando a dignidade da pessoa humana. Além disso, a decisão também menciona que não cabe ao Estado ou à igreja se manifestar

¹²¹ Cf.: <https://padrepauloricardo.org/blog/mais-de-200-hostias-roubadas-para-exposicao-sacrilega-na-espanha> (acesso em 2 fev. 2017).

publicamente contra o direito de uma pessoa optar ou praticar sua sexualidade da maneira que lhe aprouver.¹²²

Na decisão, não houve menção a dispositivos legais. Assim como costumam ser as decisões sobre ofensas e discursos de ódio contrarreligiosos, a decisão sobre restrição da liberdade religiosa também foi reduzida a um conflito de princípios. O problema é que a decisão é puramente realizada na ponderação do caso a caso e os magistrados não pensam em casos futuros. Facilmente poder-se-ia dizer, por exemplo, que a liberdade religiosa permite manifestação pública da crença para decidir em sentido contrário. Além disso, a decisão não considerou, por exemplo, que há outras passagens bíblicas contra homossexuais, mas que são menos ofensivas e não se sabe se o problema é a forma do discurso, devendo haver proibição tácita de discursos contra homossexuais, ou se o problema é quanto ao conteúdo do discurso, sendo proibidas publicações de passagens do levítico. Interessante refletir, ainda, que a Bíblia, mesmo contendo passagens odiosas no Velho Testamento, tem circulação livre. Até que ponto uma publicação religiosa deve ser permitida somente pela justificativa se ser religiosa?

4.2

Críticas ao método de decisão do Direito brasileiro

Percebe-se que no Brasil há uma tendência de reduzir a análise das questões, sejam referentes a uma conduta criminosa ou não, a um conflito entre liberdade de expressão e dignidade, fazendo referência explícita ao método da “ponderação” e “proporcionalidade” para sua resolução, tal qual sustentado pela corrente do Direito Civil Constitucional, em que os julgadores decidem à luz do caso concreto o conflito entre os princípios constitucionais conflitantes.

Tal situação gera um problema metodológico no sentido de que o conteúdo da Constituição passa a ser definido casuisticamente, depositando-se muita confiança nos magistrados que, como demonstrado no caso do HC 82.424-2, podem ter referências de direitos prevalecentes totalmente diferentes. Dada a grande abstração e generalidade dos valores que estão em colisão, o Judiciário tende a

¹²² Cf.: <http://s.conjur.com.br/dl/entidade-religiosa-proibida-tj-sp.pdf> (acesso em 13 jan. 2017).

preocupar-se com a justiça do caso concreto. Pensa-se que a restrição dos discursos ofensivos em casos particulares não arruinará a livre expressão de ideias no direito brasileiro em geral, mas, quando essa tendência torna-se a regra, os efeitos à liberdade de expressão, em larga escala, são visíveis, uma vez que os Tribunais não tendem a pensar na vinculação a casos posteriores.

Trata-se do “particularismo decisório”, ressaltado como problemático por Schauer (2009, chapter 10). O ceticismo perante as regras faz com que a previsibilidade e a segurança jurídica sejam reduzidas de forma considerável (2009, p. 195). Nesse caso, caberá ao magistrado, a quem teria sido atribuída a tarefa de proferir a palavra final, decidir qual seria a resposta correta ou mais correta para o caso concreto. A discricionariedade conferida ao juiz é tanta que o juiz acaba atuando como legislador positivo.

Ainda conforme Schauer, a tendência, nesses casos, é que o juiz procure primeiramente a resposta que entenda ser a mais justa e adequada, para depois buscar a justificativa legal que se enquadra na resposta subjacente. Trata-se de um modelo pouco eficiente, já que há muitas questões a sopesar, o que certamente demandaria mais tempo de análise e transformaria todos os casos em *hard cases* [casos difíceis], ainda que situação análoga correspondente já tenha sido decidida anteriormente.

Cass Sunstein afirma que as decisões particularistas, ou minimalistas são “superficiais e não profundas” e “estreitas e não amplas” (2007, p.2). Por superficiais, entende-se que as decisões limitam-se a decidir aquele caso, sem tecer maiores considerações sobre possíveis variáveis. Por estreitas, entende-se que não há criação de entendimentos que orientem casos futuros.

Apesar de o formalismo forte também apresentar muitos problemas, como o fato de termos que lidar com a sobre ou subinclusividade das regras,¹²³ de certa forma pode ser mais vantajoso do que o sistema particularista, exatamente pela segurança jurídica conferida. Ademais, tal como Danilo Marcondes e Noel Struchiner explicam em seus comentários à obra de Schauer, se uma das principais razões para a criação de regras é justamente o ceticismo geral em relação à capacidade de decisão de outras pessoas, de que maneira se justificaria tamanha

¹²³ A respeito do tema sobre e subinclusividade das regras, ver em: SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Chapter one. London: Harvard University Press, 2009.

discrecionariedade conferida aos juízes de forma a garantir que seu entendimento pessoal seja melhor que a resposta conferida pela justificação formal dada pelas regras? (Marcondes; Struchiner, 2015, p. 169).

Não há nenhuma comprovação de que os magistrados sejam dotados de algum privilégio cognitivo para que se argumente no sentido de sua ampla discrecionariedade, ainda que se sustente que o Judiciário é o detentor exclusivo da última palavra. Há estudos que indicam que o ato decisório do magistrado é uma declaração política. Através do resultado da decisão seria possível verificar a posição ideológica do juiz (Epstein, 2013).

Além dos problemas do particularismo, em alguns momentos do acórdão do HC 82.424-2, após suscitado o conflito entre princípios, os ministros deixam transparecer certo receio em decidir a favor da liberdade de expressão, já que tal decisão poderia significar para a população um favorecimento do discurso de ódio contra a dignidade da pessoa. Em algumas passagens foram destacadas as preocupações com o clamor público e opinião política. A influência e pressão social pode ser um fator de risco para a tomada de decisões que não se atenham à questão jurídica e à guarda da Constituição. Entretanto, essa é uma constatação apenas supositiva.

O risco do uso indiscriminado e, muitas vezes, inadequado dos princípios, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, é levar a uma grande generalização, e até uma banalização do princípio. A dignidade da pessoa humana passa a ser a justificativa principal para aplicação de uma regra do ordenamento ou entendimento. Com isso, o grau de abstração do princípio – já elevado por natureza – torna-se tão extenso, que sua instrumentalidade fica reduzida. Basicamente, quanto mais recorrente e versátil é a invocação do princípio, menor o seu apelo argumentativo.

Com a falta de estabelecimento de critérios sólidos de decisão, tampouco há parâmetros para que os Tribunais construam um entendimento coerente de acordo com assuntos postos em pauta, podendo haver decisões em inúmeros sentidos. Esse fato tem o efeito de encorajar cada vez mais pessoas a ajuizar ações, uma vez que sempre será possível argumentar a favor de sua pretensão, por mais absurda que ela possa parecer.

Algumas sub-regras, com entendimento fixos e mais restrito, podem ser admitidas para evitar o particularismo. Ainda que não tenham o condão de resolver

100% dos casos, resolveriam grande parte dos problemas e não atribuiria tal responsabilidade apenas para o juiz decidir. O estabelecimento de tais sub-regras urge principalmente nas questões sobre discurso de ódio, já que há uma tendência no Brasil de criminalizar tais discursos e a extensão da criminalização deve ser bem estabelecida e o mais restrita possível. A necessidade de aplicar sub-regras mais definidas decorre justamente da ampla discricionariedade conferida ao juiz, em um sistema regido, em grande parte por princípios e que o estabelecimento de critérios prévios, mas ainda abstratos, não se demonstram suficientes para orientar o processo judicial no momento da ponderação. No mesmo sentido, o sistema de precedentes é essencial, forçando o juiz a pensar não abstratamente, mas em casos individuais futuros, como variáveis a serem consideradas.

A distinção entre regras [*rules*] e os critérios de decisão [*standards*], advinda da doutrina estadunidense, está no fato de que regras objetivas são fixadas a partir de um entendimento tido como precedente para definir casos futuros análogos. Já os *standards* são construções de conceitos mais fluidos, como a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou de testes específicos, funcionando como um lembrete para o que o intérprete deve considerar (Sullivan, 1991).

A racionalização dos processos judiciais é essencial. Por racionalização não se entende que decisões baseadas em outros métodos, até o casuístico, sejam desprovidas de racionalidade, pois, a princípio, se presume que toda atividade judicial seja racional e fundamentada na lei ou na Constituição. Por racionalização, entende-se que casos envolvendo conflitos entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais – regras de textura aberta – e que conferem ampla discricionariedade ao intérprete, sejam estabelecidas formas de estreitar tal discricionariedade, a partir de orientações fixas (Barcellos, 2005, 39). Ana Paula Barcellos (2005, p.132) observa que “a solução a que chega o intérprete deve ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis, e, para isso, deve ser submetida ao teste da universalização: é possível e adequado aplicar a decisão a que se chegou a todos os casos similares?”.

A proposta é que a jurisprudência fixe algumas sub-regras, quando possível, eliminando alguns casos tidos como “fáceis”, associando parâmetros de decisão. Entretanto, o exercício deve ser sempre pensando em casos análogos futuros com

algumas variáveis, a fim de refletindo sobre casos individuais em coletividade.¹²⁴ O modelo, nem flexível demais, nem rígido demais confere a previsibilidade e segurança jurídica necessárias em casos de liberdade expressão, principalmente no que tange ao discurso de ódio.

4.2.1

Pensando soluções ao particularismo decisório a partir de experimentos

Diante de todo o exposto, demonstra-se o quão problemático é confiar demasiadamente na discricionariedade do magistrado. As decisões em geral concentram-se apenas na resolução do caso concreto, sob justificativas semelhantes que basicamente reconhecem que nenhum direito é absoluto. As decisões não geram precedentes, nem formam jurisprudência, pois os órgãos judiciais decidem os casos, mas nunca a questão, não se assumindo a responsabilidade de tomar uma posição a partir de um caso concreto (Leite, 2017, *no prelo*, p. 2), como “no Brasil, discriminações religiosas receberão tratamento de racismo”, ou “teorias revisionistas de quaisquer tipos são proibidas”.

Quando raramente invocados, os critérios de decisão são vagos, e nada decidem, apenas indicam lembretes ao juiz, como “a composição do auditório das mensagens de *hate speech* constitui um critério importante”,¹²⁵ não definindo o peso que tal consideração deve ter no momento da decisão ou o tipo de auditório relevante para determinado caso.

A reflexão sobre a importância e aplicação de certos *standards* já existentes é necessária para que possam ser desenvolvidos entendimentos mais fixos. Por isso, na intenção de testar a aplicabilidade de alguns parâmetros, desenvolvi, no âmbito

¹²⁴ A este tipo de raciocínio Fábio Carvalho Leite denomina de perspectiva generalista, ou, “generalismo”. Ao invés de se pensar abstratamente, como normalmente se propaga, estimula-se pensar coletivamente, ou seja, pensar em vários casos individuais, como pequenas variantes, a fim de delimitar a extensão dos precedentes (Leite, 2015, p. 10-11).

¹²⁵ Este e outros *standards* do tipo são encontrados em: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 261.

da Pleb,¹²⁶ dois experimentos com questionários disponibilizados ao público para subsequente análise de dados.

O primeiro experimento, elaborado em parceria com meu orientador, destinado à comunidade jurídica em geral – advogados, estudantes, juízes, promotores, etc. – tinha como pretensão principal testar o conceito de discurso de ódio e sua possível variação, a depender da crença do “julgador” voluntário. Como discorrido anteriormente, os problemas relativos aos limites à liberdade de expressão se agravam quando o discurso envolve religião, pois se trata de um tema sensível que pode afetar o julgador por diversas razões: sua religião, ou a falta de uma (ateu, agnóstico), a religião do ofensor, a religião do ofendido, somente pelo fato de se tratar de religião – independentemente da denominação –, etc.

O experimento foi realizado em dois grupos de participantes que analisaram um caso fictício, com uma sutil diferença para cada grupo. No Primeiro grupo (G1), o caso foi descrito – seguido de citação ao *caput* do princípio 12 dos *Camden Principles*, da ONG art. 19 – da seguinte forma:

Durante a exibição do programa “Verdade Divina”, veiculado em televisão aberta, um famoso pastor Evangélico fez críticas sobre as homenagens prestadas por fiéis católicos a Nossa Senhora Aparecida, no dia da Padroeira (12 de outubro). Nas palavras do pastor:

“Esse tipo de celebração é ridículo! Onde já se viu? Um monte de gente cantando feito doida e levando flores para um boneco feio e desgraçado desse...”

Considere o texto abaixo:

Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio).

O segundo grupo (G2) analisou o caso da mesma ofensa realizada também por pastor evangélico, mas, desta vez, contra crenças de umbanda – em referência a Oxum, no dia do Orixá (8 de dezembro). Para este grupo, o princípio 12 dos *Camden Principles* foi acompanhado dos seus incisos definidores. O experimento, então, contou com duas variáveis (diferença entre as religiões e os princípios elencados):

¹²⁶ Pleb: grupo de Pesquisa sobre Liberdade de Expressão no Brasil, formado na PUC-Rio, sob coordenação do Professor Fábio Carvalho Leite.

12.1. Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio).

Conceitos:

- i. Os termos ‘ódio’ e ‘hostilidade’ se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado.
- ii. O termo ‘promoção’ deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado.
- iii. O termo ‘incitação’ se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos.
- iv. A promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentido positivo de identidade de grupo não constitui discurso do ódio.

Critérios:

- i. severidade: a ofensa deve ser “a mais severa e profunda forma de opróbrio”
- ii. intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio
- iii. conteúdo ou forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados.
- iv. extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou à um número de indivíduos em um espaço público.
- v. probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação.
- vi. iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado.
- vii. contexto: o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações tem potencial de incitar ódio e gerar alguma ação.

Ambos os grupos responderam às mesmas perguntas a respeito dos casos em análise:

- 1) Caso o ofensor seja processado, qual a resposta que o Direito deve oferecer?
 - a) Absolvição
 - b) condenação.

Caso a pessoa optasse por “condenação”, a seguinte pergunta surgia:

- 1.2) A condenação seria em que âmbito?
 - a) Cível
 - b) penal

E, na última etapa, todos respondiam:

- 2) Em sua opinião, a ofensa proferida configura discurso de ódio?
 - a) Sim
 - b) Não.

Ao todo, participaram da pesquisa 210 profissionais e estudantes de Direito – 117 pessoas integraram o grupo 1 e 93 pessoas integraram o grupo 2 –, entre religiosos e não religiosos, com idades variadas (18 a 61 anos), a maioria do sexo

feminino. A principal hipótese quando da elaboração do experimento era que o primeiro grupo (G1) tenderia a condenar o ofensor e classificar a fala como discurso de ódio; enquanto o segundo grupo (G2) tenderia a absolver o ofensor e não classificar a fala como discurso de ódio.

Isso ocorreria porque, quando os critérios para identificação de um discurso de ódio são informados ou lembrados, como no caso de G2, as pessoas tenderiam a ser mais cuidadosas ao verificar se o discurso atende objetivamente aos critérios, ficariam com receio de ampliar o entendimento restrito e seriam lembradas da importância da liberdade de expressão. Por outro lado, no caso da regra aberta de definição do discurso de ódio, apresentada em G1, haveria espaço para que as pessoas realizassem julgamentos mais subjetivos, de acordo com seu grau de sensibilidade perante ofensas. Outra questão tomada em consideração é que se apostava em possíveis diferenças de julgamento de acordo com a religião alvo da ofensa, em razão do viés religioso de quem julga. Interessante, ainda, será repetir o experimento futuramente com amostra de público maior, dividido em quatro grupos distintos – dois dos grupos, sendo um para cada religião ofendida, sem os critérios do *Camden Principles* e os outros dois, sendo também um para cada religião ofendida, com os critérios elencados – para a posterior confirmação de qual variável é responsável pela maior diferença de respostas nos grupos, se a variável da religião, ou a variável dos critérios.

Ainda assim, mesmo o experimento contendo duas variáveis em que não é possível identificar se a razão da diferença nas respostas é a variável da religião ofendida ou a apresentação de critérios em um grupo e não em outro, foram observados resultados interessantes. Inicialmente, a hipótese do experimento foi confirmada, principalmente quanto à diferença no resultado de participantes religiosos e não religiosos. Demonstrou-se como o simples fato de o julgador ser religioso afetava o julgamento de casos envolvendo discursos ofensivos – que poderiam ou não ser considerados discursos de ódio – contra determinada religião, uma vez que os dados revelaram que religiosos em geral tendem a condenar e identificar a fala do pastor como “discurso de ódio” duas vezes mais que não religiosos. O resultado é consistente porque quase metade dos que participaram do experimento afirmaram não ter religião (48%), o que permitiu uma boa comparação das respostas:

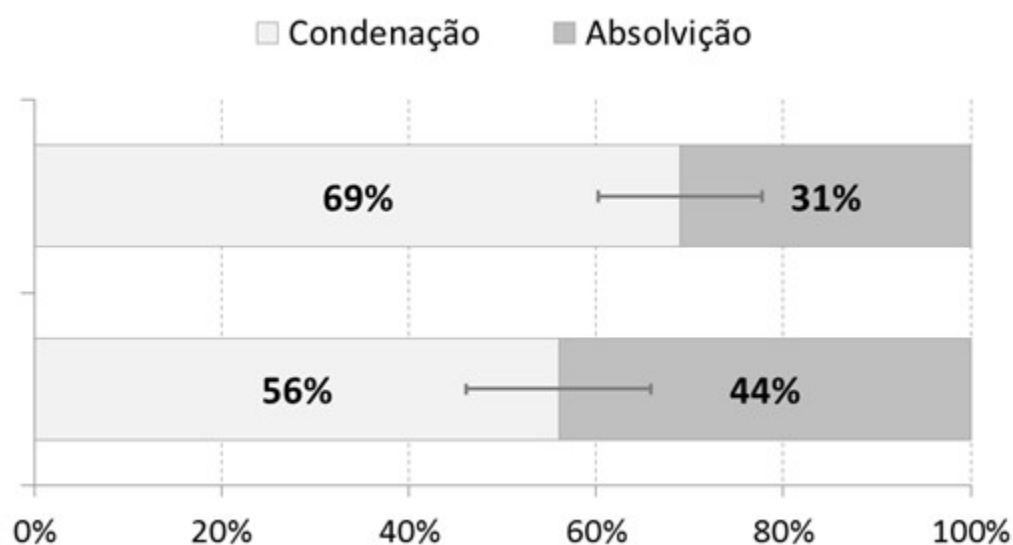


Figura 1: Primeira linha: religiosos / Segunda linha: não religiosos

condena	relig		Total
	0	1	
0	44	34	78
1	56	76	132
Total	100	110	210

$$\text{Pearson } \chi^2(1) = 3.8449 \quad \text{Pr} = 0.050$$

Figura 2: 56% dos não religiosos, vs. 69% dos religiosos: a distribuição do χ^2 demonstra que os religiosos têm maior tendência a condenar o discurso contrarreligioso do que não religiosos, $\chi^2(1) = 3.84$. Sendo o resultado ótimo do valor-p = .05, o resultado apresentado é estatisticamente relevante.

No mesmo sentido, a análise sobre o tipo de condenação demonstra:

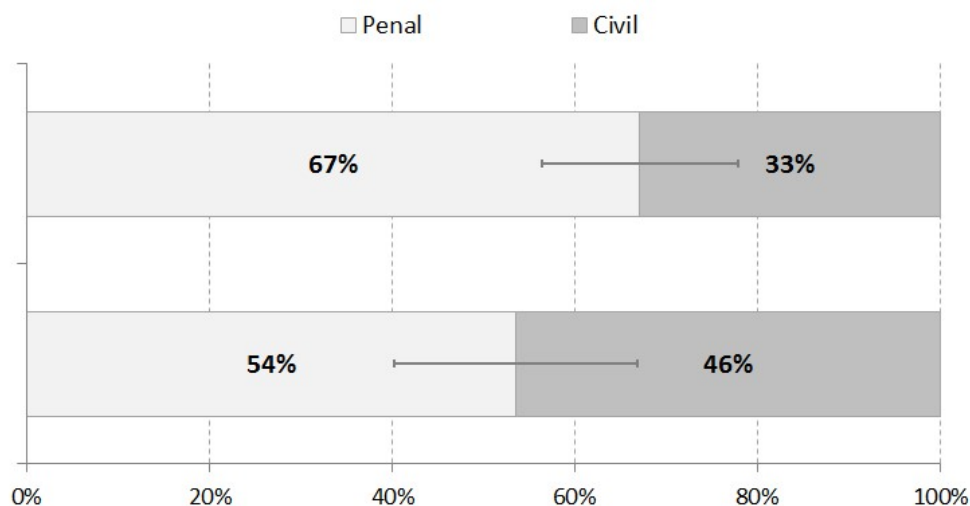


Figura 3: Primeira linha: religiosos / Segunda linha: Não religiosos

```
. tab penal relig, chi2
```

penal	relig		Total
	0	1	
0	26	25	51
1	30	51	81
Total	56	76	132

Pearson chi2(1) = 2.4909 Pr = 0.115

Figura 4: 54% dos não religiosos vs. 67% dos religiosos: a distribuição do χ^2 indica que os religiosos têm maior tendência a condenar criminalmente do que não religiosos. $\chi^2(1) = 2.49$, apesar de o resultado não ser estatisticamente relevante, uma vez que $p = .12$.

E, quanto à classificação da ofensa como discurso de ódio:

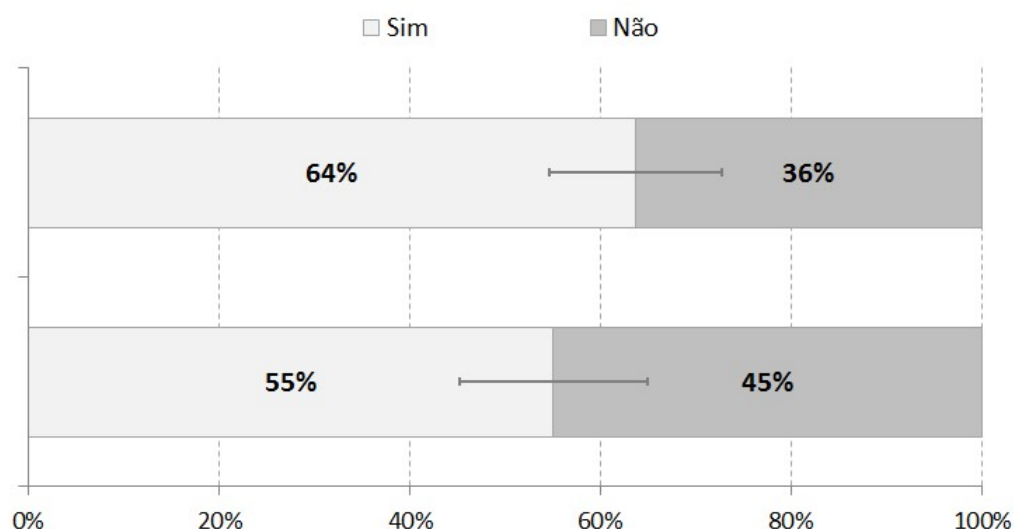


Figura 5: 64% dos religiosos entenderam tratar-se de discurso de ódio, enquanto 55% dos não religiosos entenderam tratar-se de discurso de ódio.

```
. tab odio relig, chi2
```

odio	relig		Total
	0	1	
0	45	40	85
1	55	70	125
Total	100	110	210

Pearson chi2(1) = 1.6216 Pr = 0.203

Figura 6: $\chi^2(1) = 1.62$, $p = .20$

Com relação à diferença de julgamento por conta dos critérios, de fato, observou-se que no grupo 2 – em que os critérios de julgamento estavam elencados –, houve menor quantidade de condenações. Entretanto, o resultado não atingiu proporções estatisticamente relevantes para comprovar uma tendência segura.

O segundo experimento que realizei – desta vez, aberto para o público em geral – procurou analisar a influência de certos *standards* no processo de

juízo. A intenção era averiguar se, de fato, as pessoas acreditam que certos elementos contextuais devem ser considerados como espécies de “atenuantes” ou “agravantes” durante o julgamento de um discurso.

O experimento foi realizado em três grupos a partir de um caso fictício, com uma sutil diferença para cada grupo: (i) o primeiro grupo (G1) – chamado de grupo “controle”, por não conter situações de *standards* – analisou a cena de um espetáculo teatral humorístico, em que o comediante contou uma piada ofensiva contra judeus. O espetáculo tinha classificação indicativa para 16 anos e sinopse alertando sobre o conteúdo polêmico; (ii) o segundo grupo – chamado “minorias”, por descrever o comediante como uma minoria social – retratava a mesma situação descrita em “i”, adicionando o fato de que o comediante seria negro de família judaica; (iii) o terceiro grupo – chamado “arte”, por atribuir ao espetáculo um caráter artístico – retratava a mesma situação descrita em “i”, adicionando o fato de que o espetáculo foi ovacionado pelos críticos pelo alto teor artístico, além de ser uma apresentação voltada para um público mais restrito e com classificação indicativa de 18 anos.

Reservadas as devidas diferenças em cada grupo, o caso foi assim descrito (vinheta disponibilizada para o G1):

“A arte da ofensa” é um espetáculo de comédia apresentado pelo humorista André Levy. Como o próprio nome do espetáculo sugere, em “A arte da ofensa”, André faz piadas com diversos temas que são tabus sociais, como morte, religião, homossexualidade, sexo, etc. Apesar disso, o espetáculo é exaltado pelos críticos, que entendem que o espetáculo é uma ótima opção de entretenimento. O público também tem respondido positivamente ao espetáculo, pois a quantidade de ingressos vendidos não para de crescer exponencialmente; inclusive, André tem recebido convites para apresentar-se na televisão e pensa em ampliar suas apresentações no Brasil inteiro.

Por conta do conteúdo ofensivo do espetáculo, sua classificação indicativa foi fixada em 16 anos e a sinopse divulgada elenca os assuntos abordados, esclarecendo que se trata de um espetáculo polêmico, não indicado para pessoas sensíveis que se ofendem com facilidade.

Certo dia, um grupo de judeus saiu extremamente insatisfeito e ofendido com uma das performances de André. Na cena em questão, o comediante interpretou e se caracterizou de um idoso judeu ortodoxo que apresentava alto grau de senilidade. Enquanto vivenciava certos feriados e cumpria alguns rituais judaicos, como o *shabat** e o *Yom Kipur***, o personagem judeu ironizava de maneira escrachada a “ausência de sentido” das crenças judaicas, atribuindo-as a pessoas com degenerescência mental.

***shabat:** Referente aos dias de sábado, em que se renuncia o uso de fogo e energia elétrica.

****Yom Kipur:** Considerado o dia do perdão. Os judeus ortodoxos fazem jejum por 25 horas seguidas com o objetivo de purificar o espírito.

O grupo de judeus que se ofendeu com a performance teatral ajuizou uma ação com pedido de suspensão da peça, por entender tratar-se de um discurso de ódio. Na fundamentação jurídica do pedido, explica-se que o “discurso de ódio é definido como a apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitui incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência” e, uma vez que a peça se enquadra na descrição, ela não estaria respaldada pelo direito à liberdade de expressão.

O fundamento usado pela defesa do comediante em G1 foi pelo argumento geral da preservação da liberdade de expressão. As situações especiais dos grupos G2 – em que comediante é descrito como membro de grupo minoritário – e G3 – em que o espetáculo é visto com alto teor artístico e plateia restrita – foram citadas como argumento de defesa em cada grupo, respectivamente:

G1:

Em sua defesa, André Levy contra-argumentou que a suspensão da peça implicaria limitação injusta à liberdade de expressão, já que, em uma sociedade democrática, é essencial que se incentive o debate livre e se permita críticas e sátiras religiosas.

G2:

Em sua defesa, André Levy contra-argumentou que a suspensão da peça implicaria limitação injusta à liberdade de expressão, já que, em uma sociedade democrática, é imprescindível considerar que deve haver uma tolerância maior em relação aos excessos comunicativos proferidos por integrantes de minorias oprimidas do que por membros de grupos hegemônicos quando ataquem estas minorias. De acordo com o raciocínio da defesa, portanto, a principal razão para a rejeição de um discurso de ódio seria estritamente a proteção de minorias, nesse sentido, o perfil de André – negro e integrante de família judaica – é determinante para que ele não seja visto como um opressor que provoca ódio contra minorias.

G3:

Em sua defesa, André Levy contra-argumentou que a suspensão da peça implicaria limitação injusta à liberdade de expressão, já que, em uma sociedade democrática, é imprescindível a análise de certos critérios – elencados abaixo – antes de qualificar uma manifestação como “discurso de ódio”.

(i) A decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada à obra que contenha discurso de ódio não pode ignorar o valor artístico da obra.

(ii) O critério de composição do auditório que recebe as mensagens do discurso constitui informação importante para análise da restrição ou não de um discurso.

(iii) A extensão da divulgação do discurso deve ser considerada na análise da repressão desse discurso.

Os três grupos responderam à mesma pergunta a respeito do caso em análise:

- 1) Como juiz, você decidiria a favor de quem?
 - a) comediante / b) grupo de judeus.

Em seguida, uma nova aba surgia para a avaliação da importância dos critérios adotados como parâmetro de resposta, em grau de 1 a 6 pontos, por exemplo (opções disponibilizadas para o G1, o grupo controle):

Marque o(s) critério(s) de maior importância para você:

- Não se deve fazer piadas com religião.
- Qualquer tipo de discriminação deve ser combatida – não faz diferença se a discriminação é religiosa ou não.
- O discurso de ódio deve ser combatido em qualquer circunstância, pois não é protegido pelo direito à liberdade de expressão.
- A liberdade de expressão é um princípio essencial para a sociedade democrática, por isso, deve-se diferenciar com muito cuidados as meras ofensas de reais discursos de ódio.

Em o G2 (“minoria”), além dos critérios elencados em G1, o seguinte critério foi adicionado:

- O fato de o ofensor fazer parte do grupo que ele ofende faz toda a diferença para seu julgamento.

Em o G3 (“arte”), além dos critérios elencados em G1, os seguintes critérios foram adicionados:

- A amplitude do público, bem como sua ciência prévia sobre o conteúdo do discurso, influenciam no julgamento da proibição deste discurso.
- O teor artístico de uma obra ameniza o seu caráter ofensivo.

Ao todo, participaram da pesquisa 324 pessoas – entre profissionais e estudantes do Direito e leigos. Nos três grupos, a maioria das pessoas decidiu a favor do comediante. Com relação ao G1 (controle), 72% das pessoas decidiram a favor do comediante, contra 28% decidindo a favor dos judeus. Com relação ao G2 (minoria), 70% das pessoas decidiram a favor do comediante, contra 30% decidindo

a favor dos judeus. Quanto ao G3 (arte), 77% das pessoas decidiram a favor do comediante e 23% decidiram a favor dos judeus.

A primeira descoberta na análise de dados do experimento foi que profissionais do Direito tendem a condenar o comediante em proporção muito menor que os alunos de Direito e leigos. Essa situação talvez ocorra porque os profissionais do Direito consideram os critérios de forma mais técnica:

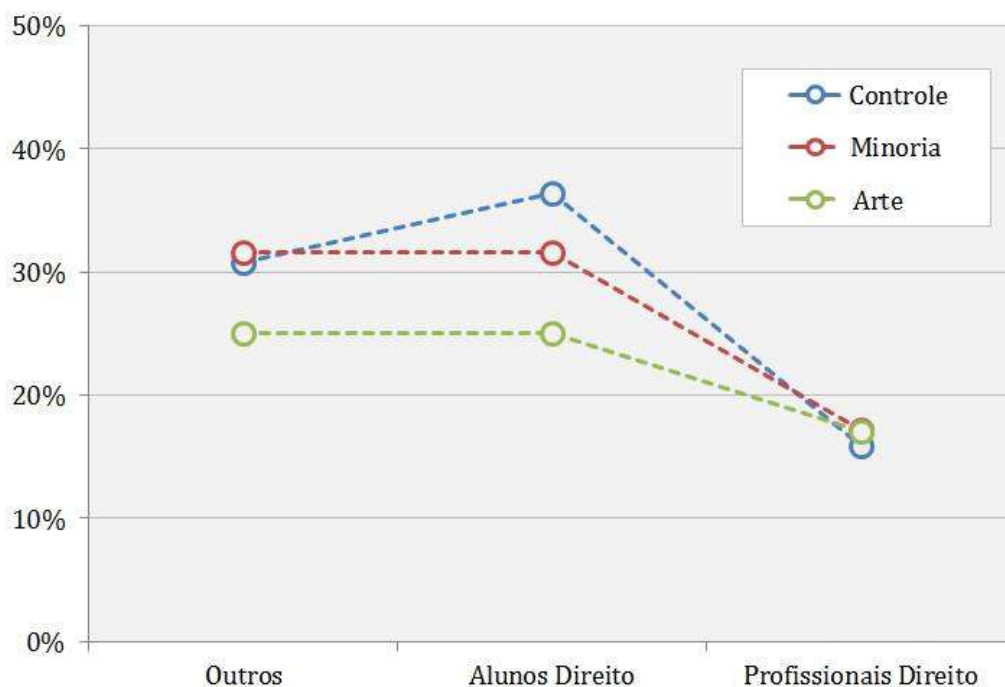


Figura 7: a coluna discrimina a porcentagem de pessoas que condenaram o comediante.

Ademais, restou comprovado que o critério da amplitude do público foi mais valorado do que o critério de teor artístico, porém, quanto mais importância os participantes conferiam para o critério da arte, mais apoiavam o comediante. O fato de ele fazer parte do grupo que ofende não fez diferença significativa como critério atenuante do discurso de ódio. E o motivo considerado mais importante pelos participantes para afirmar que a piada não é discurso de ódio era no sentido que o discurso não incita violência, devendo-se conferir ampla valorização da liberdade de expressão como direito que deve prevalecer *prima facie*.

Apesar de os experimentos aqui descritos serem apenas uma pequena amostra social, talvez indiquem que os brasileiros estão passando a valorizar mais

a liberdade de expressão do que a própria tendência dos tribunais tem demonstrado. E, pela leitura da doutrina estrangeira e resultados dos experimentos, é possível fazer algumas reflexões sobre alguns *standards* e sua aplicação no Direito brasileiro.

A verificação da intenção do ofensor é normalmente colocada como um critério na verificação do discurso de ódio, porém, certas considerações que merecem atenção são normalmente ignoradas. É curioso observar que a maioria das leis criminais requer a identificação de fatos que demonstrem a intenção do agente em realizar o ato criminoso. No caso do discurso de ódio, no entanto, nenhuma das leis exige ou permite a consideração das razões pelas quais o ofensor agiu ou das motivações de fundo com as quais ele executou suas ações.

Além de ser uma tarefa difícil comprovar o *animus offendi* nesse tipo de crime, os crimes de discurso de ódio são únicos em punir os réus por suas emoções e crenças, que, por sua vez, podem não estar diretamente relacionadas ao dolo de realizar um dano concreto contra determinada pessoa ou para de fato modificar o estado das coisas (Hurd, 2000, pp. 217 - 220).

A legislação do discurso de ódio é a única que julga a pessoa pelo seu caráter, mas será que, de fato, as pessoas podem controlar seus sentimentos? Existem certas teorias sobre controle dos vieses (Bruneau; Saxe, 2010), mas normalmente envolvem autodeterminação e não são medidas simples, como as, normalmente sugeridas, medidas educacionais em sentido lato.

Ainda relacionado ao critério da análise da intenção e, apesar das reflexões a respeito do julgamento de caráter, admite-se ser necessário considerar o valor artístico, científico ou de protesto inerente a certos discursos – valores esses, que teriam o potencial de retirar a carga de “ódio” dos discursos. Apesar de a análise intencional ser de complexa determinação, é preciso considerar o valor de resignificação de certos discursos, no mesmo sentido em que defendido por Butler, como pode ser visto no capítulo 2. No entanto, interessante seria criar entendimentos mais específicos, como a hipotética regra clara e expressa que “atos de protesto não violentos não são entendidos como discurso de ódio”.

Entretanto, ao contrário do que possa parecer, a criação de uma regra nesse sentido demandaria esforços para reunião de casos e jurisprudências específicas sobre o assunto a fim de indicar uma real tendência nesse sentido. Somente assim seria possível assumir o compromisso – correndo o risco da subinclusividade e

sobre inclusividade a que as regras estão sujeitas – de estabelecer tal regra categórica, que poderia resolver grande parte dos casos envolvendo protestos. O interessante de importar *standards* e entendimentos estrangeiros é refletir em cima dos mesmos, para que, observando casos brasileiros de maneira concreta, possam-se construir precedentes e entendimentos mais determinantes sobre algumas questões.

A composição do perfil e a extensão da plateia também são questões importantes e que foram exploradas em um dos experimentos. É preciso considerar se a plateia tinha, de antemão, conhecimento do que iria ser veiculado, ou de alguma forma teria demonstrado vontade em visualizar aquele tipo de conteúdo. Se o discurso não se mostra combativo ao ambiente, é possível pensar na perda de sentido de restringir tal discurso.

Outro critério que eventualmente é mencionado é pela maior tolerância ao discurso de ódio proferido por pessoas que pertencem a uma determinada minoria. Tal argumento foi, de certa forma, rejeitado em um dos experimentos realizados. Não se tratando de um discurso dotado de ressignificação, é possível compreender que uma minoria pode, em certas situações, assumir posição de opressão. Dessa forma, não se trata, tampouco, de um critério de simples aplicação.

Por outro lado, mais interessante é considerar a teoria de que uma proteção maior deve ser conferida a minorias, quando estas estão na posição de vítimas. No caso de discurso de ódio contrarreligioso, quando proferido contra indivíduo que pertence a uma maioria – em um contexto em que essa maioria tenha voz e possa se pronunciar –, definitivamente não é a mesma situação que proferir um discurso contra religiosos que estão em posição de minoria em contexto em que sua voz não repercute.

Por fim, em toda análise jurisprudencial resta claro que discursos contra ideias não devem ser reprimidos e, no mesmo sentido, não se deve conferir proteção especial ao sentimento religioso ou aos dogmas religiosos. No entanto, não se pode ignorar que há certas situações em que a diferenciação entre discurso proferido contra religiosos e discurso proferido contra a religião em si se confundem, demonstrando, mais uma vez, a necessidade de aperfeiçoamento de tais critérios.

Conclusão

É impossível falar sobre o discurso de ódio, de qualquer natureza, sem refletir sobre o conceito de igualdade e, conseqüentemente, sobre a construção da identidade, lutas sociais, discriminação e reconhecimento de crenças – religiosas ou não. Ao mesmo tempo, é impossível não reconhecer o importante papel que a liberdade assume em uma sociedade globalizada e plural. Apesar do potencial antagonismo entre a igualdade e liberdade, retratado no capítulo 1, um dos objetivos desta dissertação consiste em compreender o ponto de equilíbrio entre esses dois direitos, através da reflexão de que, para se ter igualdade, é preciso ter legitimidade democrática, e esta somente se concretiza com o exercício da liberdade, tal qual explorado no capítulo 2, através do debate entre Dworkin e Waldron.

Como explicitado ao longo da dissertação, defende-se que a liberdade de expressão somente existe com a garantia de proferir discursos ofensivos, caso contrário, não existe razão para a positivação do direito à livre expressão. No entanto, verifica-se que a defesa de Dworkin, no sentido de que todos os discursos devem ser permitidos, incluindo os discursos de ódio – mesmo os contrarreligiosos, já que na visão do autor a religião não gera privilégios –, não encontra respaldo na história jurídica brasileira.

Aceitando tal realidade – uma vez que a opção pela regulação, ou não, dos discursos de ódio depende do contexto histórico e político de uma sociedade – partimos para a análise sobre como o Direito deve atuar nessa regulação para que se resguarde, na maior medida possível, o direito à liberdade de expressão. A análise de sistemas internacionais de combate ao discurso de ódio – tal qual realizado no capítulo 3 – é de extrema relevância para avaliação de modelos estrangeiros e averiguar a possibilidade de aplica-los no Brasil. Observamos os dois sistemas tidos como referências mundiais: o sistema norte-americano, pela regulação mínima dos

discursos de ódio, e o sistema europeu – representado pela Inglaterra e França –, pela maior restrição dos discursos ofensivos e de ódio.

Ao longo do capítulo 4 constatou-se que, apesar de não haver leis específicas reguladoras do discurso de ódio no Brasil, há uma grande tendência de criminalização dos discursos ofensivos e de ódio. No entanto, observa-se que tal tendência é concretizada através de método decisório não confiável, pois se confere grande discricionariedade ao magistrado que, por sua vez, não se encontra motivado a seguir a coerência de seu próprio tribunal. Quando aplicado sem parâmetros fixos, o sistema da ponderação de princípios termina por transformar as decisões em atos potencialmente arbitrários, em que primeiro o juiz decide de acordo com sua conveniência pessoal para então fundamentar a decisão a partir de colocações genéricas de princípios de textura aberta, como, por exemplo, a constatação de que “a liberdade de expressão é um direito fundamental para exercício da democracia, mas não é absoluto e, por isso, não deve prevalecer quando praticada para proferir discursos ofensivos”.

Como demonstrado na análise do acórdão do HC 82424-2 – no qual os ministros chegam a uma maioria de votos no resultado, mas a fundamentação é dispersa –, verifica-se que o mesmo método decisório é aplicável a decisões de caráter criminal. Considerando que o Direito Penal somente é aplicado em *ultima ratio*, defende-se a formação de critérios mais específicos, que possam auxiliar o magistrado durante o processo decisório, devendo-se considerar também a preferência em firmar regras administrativas para regulação do discurso, ao invés de aplicar sanções pecuniárias ou penais.

A doutrina em geral muitas vezes oferece como solução aos problemas da Teoria da Decisão a aplicação de certos *standards* que, por sua vez, não têm a força necessária para resolver os problemas de um Poder Judiciário que não constrói decisões a partir de precedentes. É o que a análise de dados dos dois experimentos realizados indicam, a partir de uma amostragem. Defende-se, assim, uma maior racionalização dos procedimentos decisórios com a formação de sub-regras mais específicas, fixando entendimentos baseados na própria experiência brasileira, a partir da análise de uma coletividade de casos sobre temas relacionados. Acredita-se, assim, que a partir de um modelo não tão particularista, nem tão formalista, teremos mais decisões coerentes e dotadas de segurança jurídica, com menor margem de risco. A ideia para tal método é inspirada, de certa forma, pelo sistema

de precedentes realizados no sistema americano e sistema europeu que, apesar de terem seus problemas particulares, mantém o mínimo de previsibilidade através da reflexão de casos parecidos para posterior fixação de precedentes que serão usados em casos futuros.

Além disso, constatamos que apesar da frequente invocação à sua sacralidade, a religião, como conjunto de crenças e ideias, não tem caráter de especialidade que faça com que um ataque a seu conteúdo seja pior que outros tipos de ofensa; inclusive, ocorre o contrário. Ainda que a religião seja elemento importante para a formação da identidade do indivíduo, um ataque à religião, *per se*, não representa um ataque à identidade do sujeito, como ocorre no caso de discriminações direcionadas às pessoas, ainda que as razões de fundo para a discriminação seja a raça, religião ou gênero, por exemplo.

Há de se considerar, ainda, que em sociedades cada vez mais plurais e globalizadas, aumenta também a dificuldade em reprimir discursos de ódio que repercutem de maneira rápida na internet e de firmar coesão social forte, no sentido de neutralizar a proliferação de tais discursos. Por isso, é preciso refletir também sobre novos mecanismos de combate ao discurso de ódio, alguns dos quais talvez não possam ser encontrados no âmbito do Direito.

Referências bibliográficas

ALEXANDER, Larry. There is no First Amendment Overbreadth (But There Are Vague First Amendment Doctrines); Prior Restraints Aren't "Prior"; and "As Applied" Challenges Seek Judicial Statutory Amendments. San Diego School of Law, 2011.

ARENARI, Brand. O Casamento Improvável entre Classe Social e Religião: uma proposta de análise sobre o pentecostalismo brasileiro. 37º Encontro Anual da ANPOCS. ST33 As Classes Sociais no Brasil Contemporâneo, 2013. Disponível em: http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=8628&Itemid=217

Article 19. The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality. Article 19. Global Campaign for Free Expression. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf>

AUSTIN, J. L. Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BAKER, C. Edwin. Hate Speech. Faculty Scholarship. Paper 198, 2008.

Balder. Who is Vincent Reynouard. Disponível em: <http://balder.org/judea/Vincent-Reynouard-France-Persecuted-Revisionist-Historian.php>

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves de; TERRA, Felipe Mendonça; et al. As Relações Entre Religião e Estado: Notas Sobre as Experiências Norte-Americana e Brasileira. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 19, jun./dez 2011.

BITENCOURT, César Roberto. Código Penal Comentado (5ª edição, atualizado). São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2009.

BLEICH, Erik. French hate speech laws are less simplistic than you think, 2015. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2015/01/18/french-hate-speech-laws-are-less-simplistic-than-you-think/?tid=article_nextstory&utm_term=.1b8e8f50c5c3

BLEICH, Erik. The rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies. *Journal of Ethic and Migration Studies*. Vol. 37, n. 6, July 2011.

BOFF, Leonardo. *Fundamentalismo, Terrorismo, Religião e Paz: desafio para o século XXI*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1061405-89.2015.8.26.0100. Apelante: Viviany Bebeboni. Apelado: Magno Pereira Malta. Relator: Moreira Viegas. São Paulo, 28 de Setembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9857282&cdForo=0&vIcAptcha=vrkhhb>

BRUNEAU, Emile; SAXE, Rebecca. Identifying, measuring and regulating the psychological biases that contribute to political violence. White paper. Volume: *The Neurobiology of Political Violence: New Tools, New Insights*, 2010.

BUTLER, Judith. *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. New York: Routledge, 1997.

Campanha “Reform Section 5”. Disponível em: <http://reformsection5.org.uk/>

Caso “A última tentação de Cristo”. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_ing.pdf

Caso Dieudonné. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Spectacle-de-Dieudonne>
<http://www.europe1.fr/faits-divers/charlie-coulibaly-dieudonne-condamne-en-appel-2778658>

Chen, Alan K. Statutory Speech Bubbles, First Amendment Overbreadth, and Improper Legislative Purpose. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Vol. 31, 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.387080>

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.

CNCDH. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie - Année 2012: http://www.cncdh.fr/sites/default/files/cncdh_racisme_2012_basse_def.pdf

CNCDH. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie - Année 2015: http://www.cncdh.fr/sites/default/files/cncdh_rapport_lutte_contre_le_racisme_2015.pdf

COLIVER, Sandra. Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination. Article 19, International Centre Against Censorship Human Rights Centre. University of Essex, 1992.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, 2014. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>

Conjur. Decisão liminar Caso Santa Blasfêmia. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-condena-artista-responsavel.pdf>

DARWALL, Stephen. Two Kinds of Respect. Ethics, Vol. 88. No. 1. University of Chicago Press, 1977.

DIAS, Julio César Tavares; CAMPOS, Zuleica Dantas Pereira. O Discurso de Intolerância da Igreja Universal do Reino de Deus: Uma Análise do Livro “Orixás, Caboclos e Guias”. Fragmentos de Cultura, n. 4. Goiânia, 2012. Disponível em: <http://seer.ucg.br/index.php/fragmentos/article/viewFile/2551/1584>

DIMOULIS, Dimitri. O direito de ofender: Sobre os limites da liberdade e expressão artística. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, pp. 49-65. Abr/Jun, 2009.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. European Journal of Philosophy. Oxford, 1995.

DWORKIN, Ronald. Foreword to Extreme Speech and Democracy. In.: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editors). Extreme Speech and Democracy. New York: Oxford University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006(a).

DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. In.: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. The Content and Context of Hate Speech. Cambridge University Press, 2012, Kindle Edition, Location 9648 of 15704.

DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule. New York: New York Review of Books. V 53, n 5, 2006(b).

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECKERT, Lynn Mills. A critique of the Content and Viewpoint Neutrality Principle in Modern Free Speech Doctrine. New York: Law, Culture and the Humanities, 2010.

European commission for Democracy Through Law (Venice Commission). Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred. Strasbourg, 2008. Disponível em: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2008\)026.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2008)026.aspx)

European Commission for Democracy Through Law. Compilation of the Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Religion and Belief. Strasbourg, 2014. Disponível em: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2014\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2014)005-e)

EPSTEIN, Lee; PARKER, Christopher; SEGAL, Jeffrey. Do Justices Defend the Speech they Hate? In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment. Annual Meeting Paper; American Political Science Association, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2300572>

FALSARELLA, Christiane Mina. A Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Corte Interamericana. Belo Horizonte: Rev. Fac. Direito UFMG, n. 61, pp. 149 - 173, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2012v61p149/223>

FELDMAN, Stephen M. The Theory and Politics of First Amendment Protections: Why Does the Supreme Court Favor Free Expression over Religious Freedom?, 8 U. PA. J. CONST. L. 431, 2006. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol8/iss3/4>

FISH, Stanley. There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing, Too. New York: Oxford University Press, 1994.

FISS, Owen. A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Tradução e Prefácio: Gustavo Binenbojm, Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOIGHIEL, Isi. Three Judgments from the European Court of Human Rights, 1999. Disponível em: <http://www.intjewishlawyers.org/main/files/Justice%20No.20%20Spring1999.pdf>

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 25ª edição. São Paulo: Graal, 2012.

GOODHART, Michael. Origins and Universality in the Human Rights Debates: Cultural Essentialism and the Challenge of Globalization. Human Rights Quarterly, 25, 2003.

HARE, Ivan. Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards. In.: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HEINZE, Eric. Viewpoint Absolutism and Hate Speech. In.: The Modern Law Review. Vol. 69, No. 4, pp. 543-582, 2006. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3877226>

HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais. Tradução: Kampf Um Anerkennung. São Paulo: Editora 34, 2003.

HUDOC. European Court of Human Rights. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\]}}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

HURD, Heidi M. Why Liberals Should Hate "Hate Crime Legislation". University of San Diego Law School, 2001.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. CENSO 2010. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2170&busca=1&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espiritas-sem-religiao>

JANSSEN, Esther. Limits to Expression on Religion in France. Journal of European Studies, Volume V, 2009, pp. 22-45. Disponível em: http://www.ivir.nl/publicaties/download/Limits_to_expression_on_religion_in_France.pdf

JESUS, Damásio E. Direito Penal: Parte Especial – Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial a Dos Crimes contra a Paz Pública. 3o Volume. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Join Committee on Human Rights. Demonstrating respect for rights? A human rights approach to policing protest. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228795/7633.pdf

JONES, Peter. Religious Belief and Freedom of Expression: Is Offensiveness Really the Issue? School of Geography, Politics and Sociology. UK: Newcastle University, 2011.

KERN, Soeren. A Islamização da França em 2015: Estamos em Guerra Contra o Terrorismo Jihadista que Ameaça o Mundo Inteiro. Gatestone Institute – International Policy Council, 2015. Disponível em: <https://pt.gatestoneinstitute.org/7387/islamizacao-franca>

LASSON, Kenneth. Racism in Great Britain: Drawing the Line on Free Speech. 7 B.C. Third World L.J. 161, 1987. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/twlj/vol7/iss2/2>

Legislation UK. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/>

LEIGH, Ian. Damned if they do, Damned if they don't: the European Court of Human Rights and the Protection of Religion from Attack. Durham University, 2011.

LEITE, Fábio Carvalho. Estado e Religião: A Liberdade Religiosa no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: (Novos) Fundamentos para a posição preferencial da Liberdade de Expressão nos conflitos com o direito à honra e à imagem, 2015.

LEITE, Fábio Carvalho. Os riscos da subjetividade do julgador nos conflitos entre liberdade de expressão e direito à honra: reflexões a partir de um experimento e um estudo correlacional. No prelo, 2017.

LEITER, Brian. Waldron on the Regulation of Hate Speech. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 398, 2012. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory

LEWIS, Anthony. Liberdade Para as Ideias que Odiamos: Uma Biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana. São Paulo: Aracati, 2011.

LIMA, Venício de; GUIMARÃES, Juarez. Liberdade de Expressão: As Várias Faces de um Desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

LOBO, Luisa Soares Ferreira. Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Uma Análise Argumentativa no Âmbito do STJ. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Luisa%20Soares%20Ferreira%20Lobo.pdf

LODE, Eric. Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning. California Law Review, vol. 87, issue 6, 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1535&context=californialawreview>

Loi Gayssont: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000532990&dateTexte=&categorieLien=id>

LUNA, Nevita Maria P. de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil. *Revista de Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n 3, p. 227-255, set/dez, 2014.

MACHADO, Jónatas E. M.; MENDES, Eduardo. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o Teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Maria das Dores Campos. *Política e Religião: A Participação dos Evangélicos nas Eleições*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

MACHADO, Marias das Dores Campos; BURITY, Joanildo. A Ascensão Política dos Pentecostais no Brasil na Avaliação de Líderes Religiosos. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 57, nº 3, 2014, pp. 601 a 631. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/00115258201419>

MACKINNON, Catharine. *Only Words*. 3th edition. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

MACKLEM, Patrick. Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination. In.: *International Journal of Constitutional Law*. Volume 4, issue 3. pp. 488-516, 2006. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/4/3/488.full>

MALIK, Kenan. *Why Hate Speech Should not be Banned?*, 2012. Disponível em: <https://kenanmalik.wordpress.com/2012/04/19/why-hate-speech-should-not-be-banned/>

MALIK, Maleiha. *Religious Freedom, Free Speech and Equality: Conflict or Cohesion?* London: Kings College, 2011.

Manual of Guidance on Keeping the Peace, 2010. Disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2012/jan/uk-manual-public-order-2010.pdf>

MBONGO, Pascal. *Hate Speech, Extreme Speech, and Collective Defamation in French Law*. In.: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MELLO, Rodrigo Gaspar de. *Liberdade de Expressão, Honra e Responsabilidade Civil: Uma Proposta de Adoção da Doutrina da Malícia Real como Meio de Combate à Censura Judicial no Direito Brasileiro*. Tese de Doutorado Defendida no Departamento de Direito. Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Orientador: Fábio Carvalho Leite, 2016.

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

MILL, John Stuart. *Liberdade de Pensamento e Discussão*. In.: CAPALDI, Nicholas. *Da Liberdade de Expressão: Uma Antologia de Stuart Mill a*

Marcuse. Tradução: Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

MILTON, John. Areopagitica: A Speech For the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England. Rockville: Arc Manor, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Especial – arts. 121 a 234-B. V. II. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. Morocco, 2012. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf

Oxford Human Rights Hub (OHRH). Comparative Hate Speech Law: Annexure. Research prepared for the Legal Resources Centre. Oxford Pro Bono Publico, 2012. Disponível em: <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2014/05/2012-LRC-Hate-Speech-Annexure-2.pdf>

Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Resolutions. Disponível em: <http://assembly.coe.int>

Pew Research Centre: Religion & Public Life. Restrictions and Hostilities in the Most Populous Countries, 2015. Disponível em: <http://www.pewforum.org/2015/02/26/restrictions-and-hostilities-in-the-most-populous-countries-2013/>

PINTO, Paulo Mendes; ALMEIDA, Dimas; BRANCO, Paulo (Org). Religião & Ofensa: A Religiões e a Liberdade de Expressão. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2009.

Portal G1. Justiça nega indenização de R\$ 700 mil a transexual crucificada na Paulista. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/justica-nega-indenizacao-de-r-700-mil-transexual-crucificada-na-paulista.html>

Portal Terra. Polêmica religiosa por "Neymar crucificado" vira destaque no mundo. Disponível em: <https://esportes.terra.com.br/futebol/internacional/polemica-religiosa-por-neymar-crucificado-vira-destaque-no-mundo,3da889534e0aa310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>

POST, Robert. Racist Speech, Democracy, and the First Amendment. Yale Law School Legal Scholarship Series. Paper 208, 199. p. 269.

POTIGUAR, Alex. Liberdade de Expressão e o Discurso do Ódio: A Luta pelo Reconhecimento da Igualdade como Direito à Diferença. Brasília: Consulex, 2012.

PROJETO DE LEI DA CÂMARA nº 122, de 2006. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>

PROJETO DE LEI DA CÂMARA nº 987, de 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=350660>

RABACOV, Paula Chueke. Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade na Jurisprudência do STF. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Paula%20Chueke%20Rabacov.pdf

RASHAD, Ali. Blasphemy, Charlie Hebdo, and the Freedom of Belief and Expression: The Paris Attacks and the reactions. Institute Strategic Dialogue, 2015.

RIBEIRO, Raísa Duarte da Silva. O Discurso de Incitamento ao Ódio e a Negação do Holocausto: Restrições à Liberdade de Expressão? Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/RaísaDuarteSilvaRibeiro.pdf>

Robert Faurisson v. France, Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996). Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/VWS55058.htm>

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. Cardozo Law Review. New York: Working Paper Series No. 41, 2001. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939

SABAIN, Wallace Tesch. Estado e Religião: Uma Análise do Direito Fundamental à Liberdade de Religião no Brasil. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010.

SALIH, Sara. Judith Butler e a Teoria Queer. Tradução: Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. Categories and the First Amendment: a play in three acts. Vanderbilt Law Review, Nashville, v. 34, p. 296, Abril 1981. Disponível em:

<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2013&context=facpubs>

SCHAUER, Frederick. Harm(s) and the First Amendment. University of Virginia School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2012. Disponível em:

http://www.jstor.org/stable/10.1086/665583?seq=1#page_scan_tab_contents

SCHAUER, Frederick. Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to legal Reasoning. London: Harvard University Press, 2009.

STAMP, John Marjason. Religious Hate Regulation: Counteracting Inequality or Counterproductive? King's Student Law Review. Volume IV, Issue I, 2013.

STAVROS, Stephanos. Combating Religious Hate Speech: Lessons Learned from Five Years of Country-Monitoring by the European Commission against Racism and Intolerance. Executive Secretary, ECRI. Strasbourg, France, 2014.

STF. RHC 134682 – Recurso Ordinário em Habeas Corpus.

Acompanhamento Processual. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=134682&classe=RHC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

STROSSEN, Nadine. Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal? Duke Law Journal 484-573, 1990. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol39/iss3/3>

SULLIVAN, Kathleen M. The Supreme Court 1991 Term - Foreword: the justices of rules and standards. Harvard Law Review, Cambridge, v. 106, p. 22-123, jan. 1993; SCHLAG, Pierre J. Rules and standards. UCLA Law Review, Los Angeles, v. 33, p. 379-406, dez. 1985.

SUNSTEIN, Cass. Beyond judicial minimalism. Preliminary draft- 9/25/08. Harvard University Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 08-40, Cambridge, 2007.

SUNSTEIN, Cass. Democracy and Problem of Free Speech. New York: Law School and the Department of Political Science at the University of Chicago, 1993.

Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 30/04/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>

Supremo Tribunal Federal. HC 82.424-2/RS. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em 17/09/2003. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>

TAVARES, André Ramos. O Direito fundamental ao Discurso Religioso: Divulgação da fé, proselitismo e Evangelização. Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa. Disponível em: http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html

The Guardian. Anjem Choudary convicted of supporting Islamic State: <https://www.theguardian.com/uk-news/2016/aug/16/anjem-choudary-convicted-of-supporting-islamic-state>

THIEL, Markus. The militant democracy Principle in modern democracies. London: Routledge, 2016.

TJ/RJ. Processo N° 0254160-08.2008.8.19.0001. Acompanhamento Processual. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLA_GNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2008.001.251383-5

TOLLER, Fernando M. O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

VANEIGEM, Raoul. Nada é Sagrado, Tudo Pode Ser Dito: Reflexões sobre a Liberdade de Expressão. São Paulo: Parábola, 2004.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: Entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. Tese de Doutorado. Orientador Virgílio Afonso da Silva. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2012.

WAHL, Hans C. The Right to be Offended: The Greatest of All Unenumerated Rights. Florida Costal Law Review, 2012.

WALDRON, Jeremy. The Harm in Hate Speech. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WALDRON. Law and Disagreement. Oxford: Claredon Press, 1999.

WARBURTON, Nigel. Liberdade de Expressão: Uma breve introdução. Lisboa: Gradiva, 2015.

WILLAIME, Jean-Paul. A favor de uma sociologia transnacional da laicidade na ultramodernidade contemporânea. Archives des Sciences Sociales des Religions, v. 54, n. 146, 2009, p. 201-218. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/9650/6622>