



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**O DISCURSO DE ÓDIO NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS:  
UMA REFLEXÃO SOBRE OS FUNDAMENTOS E OS MODOS DA SUA  
INCRIMINAÇÃO**

**MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO**

**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**

**PERFIL DE DIREITO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**ADRIANE RAMPAZZO**

**LISBOA**

**2018**

**Resumo:**

A discussão acerca do discurso de ódio tem ganhado cada vez mais força assim como seu tratamento jurídico tem recebido cada vez mais atenção na maioria das sociedades democráticas. Este estudo se propõe a refletir sobre os efeitos do discurso do ódio nas sociedades democráticas debruçando-se, especialmente, sobre o debate da questão da influência das redes sociais na amplificação das manifestações de discurso de ódio, no que se refere ao impacto, a extensão e a vida útil das difamações, dos insultos e das demais manifestações de discurso de ódio nestes espaços. A partir da análise da jurisprudência e do ordenamento jurídico dos Estados Unidos e da Alemanha, países que tratam do tema com mais profundidade, busca conhecer e compreender as propostas doutrinárias que melhor se encaixam a eventual restrição da liberdade de expressão e a criminalização do discurso de ódio. Ao final, este estudo sustenta que a criminalização do discurso de ódio pode restabelecer a confiança das minorias vulneráveis de que todos os integrantes da sociedade são merecedores de tratamento igualitário, garantir o direito a não ser discriminado e assim efetivar a dignidade desses grupos, bem jurídico que buscamos tutelar. Os efeitos causados aos destinatários deste tipo de discurso, dentre os quais destacam-se os ataques à reputação e o abalo na autoestima, o efeito silenciador e o efeito cumulativo, provocam danos a bens jurídicos de interesse social como a paz social, a ordem pública e o princípio democrático. Dito de outro modo, a criminalização do discurso do ódio se justifica por estarmos diante de manifestações antidemocráticas que violam o núcleo essencial do princípio democrático que é a da dignidade da pessoa humana em sua dimensão social, a garantia do bem público de que todos são iguais em dignidade.

**Palavras-chave:**

discurso de ódio; liberdade de expressão; sociedades democráticas; redes sociais; minorias vulneráveis.

**Abstract:**

The discussion about hate speech has gained increasing strength as its legal treatment has received increasing attention in most democratic societies. This study aims to reflect on the effects of hate speech in democratic societies, focusing in particular on the debate on the issue of the influence of social networks on the amplification of hate speech manifestations in terms of impact, extension and the useful life of defamation, insults

and other manifestations of hate speech in these spaces. Based on an analysis of the jurisprudence and legal system of the United States and Germany, countries that deal with the subject with more depth, tries to know and understand the doctrinal proposals that best fit the eventual restriction of freedom of speech and the criminalization of hate speech. In the end, this study maintains that the criminalization of hate speech can re-establish the trust of vulnerable minorities that all members of society deserve equal treatment, guarantee the right not to be discriminated against and thus to realize the dignity of these groups, which we seek to protect. The effects caused to the recipients of this type of discourse, such as attacks on reputation and self-esteem, the silencing effect and cumulative effect, cause harm to juridical interests of social interest such as social peace, public order and the democratic principle. Put another way, the criminalization of hate speech is justified by the fact that we are faced with anti-democratic manifestations that violate the essential core of the democratic principle, which is the dignity of the human person in its social dimension, the guarantee of the public good that all are equal in dignity.

***Keywords:***

hate speech; freedom of speech; democratic societies; social networks; vulnerable minorities.

## Siglas e abreviaturas

cf.	-	confira, confronto
cit., cits.	-	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
<i>et al.</i>	-	et alii (e outros)
FDUL	-	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
n.º, n.ºs	-	número, números
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
parág.	-	parágrafo
ONU	-	Organização das Nações Unidas
reimp.	-	reimpressão
rev.	-	revisão, revista
s., ss.	-	seguinte, seguintes
trad.	-	tradução (de), traduzido (por)
v. g.	-	verbi gratia (por exemplo)
vol., vols.	-	volume, volumes
UNESCO e a Cultura	-	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

## ÍNDICE

Introdução .....	6
I. Caracterização do discurso do ódio .....	9
1. Conceituação.....	9
2. Mapeamento de suas manifestações .....	13
3. Estudo dos efeitos do discurso do ódio nas sociedades democráticas. ....	17
II. Propagação do discurso do ódio pela internet e redes sociais .....	24
1. Propagação do discurso do ódio pela internet e redes sociais e seus impactos .....	24
2. Influência dessas ferramentas na radicalização dos discursos .....	29
III. O discurso do ódio de acordo com doutrina e jurisprudência americana e européia. ....	33
1. Estados Unidos .....	33
2. Alemanha .....	43
IV. Razões da inadmissibilidade e fundamentos da incriminação do discurso do ódio nas sociedades democráticas .....	49
1. Garantia constitucional de liberdade de expressão <i>versus</i> uso da liberdade de expressão como forma de violência.....	51
2. Inadmissibilidade do discurso do ódio como contributo para construção de sociedades igualitárias e tolerantes.....	64
3. Fundamentos e modos de incriminação do discurso de ódio .....	66
Conclusão .....	76
Bibliografia .....	79

## **Introdução**

Ainda que o Direito sempre tenha se ocupado de ações e manifestações ofensivas, lesivas e que incitam a violência, nos últimos anos, a preocupação com o que se convencionou chamar de discurso de ódio tem aumentado na mesma proporção que esse tipo de manifestação. A exasperação dos sentimentos de pertencimento do ser humano a diferentes grupos ou identidades sociais, a radicalização e a vulgarização da linguagem e, finalmente, a ampliação dos meios de comunicação e a generalização de novas formas de interação social, dentre as quais destacam-se o uso das redes sociais na internet, permitiu a amplificação da propagação de discurso de ódio e a conformação deste em verdadeira ameaça aos direitos humanos e aos direitos fundamentais de seus destinatários.

Os desafios colocados pelo discurso de ódio estão crescendo em sociedades multiculturais, em que o convívio de diversas comunidades culturais multiplica as vozes discordantes e a rejeição daqueles que não compartilham credo, etnia, tradições e ou comportamentos e discursos hegemônicos. A coexistência de diferentes comunidades com visões divergentes do mundo, tradições culturais e religiosas conflitantes e práticas e costumes diferentes, às vezes dificilmente conciliáveis, constitui um foco de importantes conflitos sociais. Tais conflitos derivados deste convívio na diversidade têm sido agravados nos últimos anos pelo enorme influxo de imigração para a Europa, pelo trauma do episódio de 11 de setembro nos Estados Unidos, pelos conflitos no Oriente Médio e pela tensão e polarização na América Latina que, entre outros fenômenos, geram terreno propício para alimentar reações de menosprezo, patrocinadas não apenas por grupos marginais mas também por parte de políticos que viram como os slogans populistas da xenofobia e da intolerância encontram eco e apoio eleitoral em amplas camadas da opinião pública.

A discussão acerca do discurso de ódio tem ganhado cada vez mais força bem como seu tratamento jurídico tem recebido cada vez mais atenção na maioria das sociedades democráticas. Este estudo se propõe a refletir sobre os efeitos do discurso do ódio nas sociedades democrática debruçando-se, especialmente, sobre o debate da questão da amplificação desses discursos através da internet e das redes sociais e sobre os fundamentos e os modos da sua incriminação. Para tal, nossas análises,

questionamentos e considerações transcenderão as fronteiras do jurídico e realizar-se-ão através de uma abordagem multidisciplinar e interdisciplinar, objetivando a contextualização, a compreensão e uma solução adequada para a problemática do discurso de ódio.

Iniciaremos este estudo tratando da caracterização do discurso do ódio de acordo com doutrina e jurisprudência mais atual, para o que buscaremos a conceituação mais precisa possível de discurso de ódio, dificuldade que se coloca dada a amplitude do tema e da gama de interpretações e do tratamento jurídico que tem recebido. Além disso, buscaremos conhecer suas causas, mapearemos suas manifestações e analisaremos os efeitos do discurso de ódio nas sociedades democráticas.

A seguir, partindo do princípio que as redes sociais da internet, devido às suas características, reduziram as barreiras de interação social, analisaremos as mudanças provocadas por elas na forma de sociabilidade moderna e sua relação com a ampliação da propagação dos discursos de ódio, buscando compreender como o espaço social da internet e, especialmente das redes sociais, tem se convertido num campo fértil e propício para a propagação de mensagens discriminatórias e odiosas.

O discurso de ódio tem se manifestado em todas as sociedades ocidentais e, por isso, recebido tratamento jurídico na maioria destes países. As manifestações, os discursos e as tensões apresentam particularidades e especificidades que variam de acordo com a formação cultural e social de cada país. Assim sendo, descentralizaremos a análise realizada nesse estudo, buscando conhecer e compreender em todas as suas dimensões a jurisprudência e o ordenamento jurídico dos Estados Unidos e da Alemanha, países que tratam do tema com mais propriedade e profundidade.

Por fim, trataremos da regulação da liberdade de expressão e da possibilidade da tipificação das manifestações de discurso de ódio. A extensão e a indeterminação das figuras de provocação à discriminação e ódio permite uma interpretação que inclui comportamentos comunicativos protegidos pela liberdade de expressão, como manifestações de rejeição de certas práticas culturais exclusivas de alguns grupos ou discursos políticos críticos acerca de certos coletivos. Desta forma, partindo do princípio que esta regulação é particularmente complexa não só devido à dificuldade de delimitar o conteúdo da liberdade de expressão mas também devido a dificuldade de se afirmar com clareza o conteúdo e os limites do que seria proibido e, considerando que,

se não há direitos absolutos, também não há limites absolutos, trataremos das particularidades que envolvem o tema para responder a questão da garantia constitucional à liberdade de expressão *versus* o uso das liberdades comunicativas como forma de violência.

A partir dessa análise, avaliaremos a possibilidade de limitar a liberdade de expressão nos casos de discurso de ódio contra grupos vitimizados ou historicamente vulneráveis, as chamadas minorias vulneráveis. Contudo, partimos do princípio que a luta contra o fenômeno do discurso de ódio, que dissolve a cola da igualdade e da dignidade que estrutura toda a sociedade, é muito complexa e que é sempre questionável que o instrumento mais apropriado seja o Direito Penal, com sua enorme carga aflitiva e estigmatizante. Contudo, precisamos avaliar os interesses fundamentais das sociedades democráticas que podem ser feridos por este tipo de discurso (igualdade, dignidade, reconhecimento e paz social) e, só a partir dessa análise, concordar com a intervenção penal no campo liberdade de expressão para proteger os membros das minorias vulneráveis dos efeitos deletérios do discurso de ódio.

## **I. Caracterização do discurso do ódio**

Iniciamos este estudo tratando da caracterização do discurso do ódio de acordo com doutrina e jurisprudência mais atual, onde buscaremos a conceituação mais precisa possível de discurso de ódio, dificuldade que se coloca dada a amplitude do tema e da gama de interpretações e tratamento que tem recebido. Além disso, estudaremos suas causas, mapearemos suas manifestações e estudaremos os efeitos do discurso de ódio nas sociedades democráticas.

Muito se tem falado sobre discurso de ódio mas, dada a amplitude do tema, ainda é difícil de formular uma conceituação definitiva do fenômeno, ao que, de todo modo, este trabalho não se pretende. Dada a ambigüidade e a facilidade com que este conceito é distorcido<sup>1</sup>, principalmente, quando se coloca sobre a mesa a discussão sobre restrições à liberdade de expressão, gostaríamos de poder prescindir dessa definição na discussão jurídica. Por outro lado, sabemos que, esta definição pode nos ajudar a corrigir algumas simplificações verificadas nos espaços públicos, seja na imprensa ou nos debates políticos, e também na ponderação que se faz necessária para o bom desenvolvimento deste estudo.

### **1. Conceituação**

Sendo necessário delimitar *prima facie* este conceito encontramos em Waldron a definição mais próxima do que acreditamos se tratar o discurso de ódio: todas as ações e omissões explícitas ou implícitas que tenham como objetivo minar a confiança de que os membros de grupos vulneráveis são aceitos na sociedade da mesma forma que os demais. Estas ações e omissões, em geral, expressam desrespeito, desprezo, ódio e calúnia sobre os membros dos grupos minoritários<sup>2</sup> e, em conseqüente, que eles não são aceitos em igualdade de condições na sociedade.

As legislações das nações que já tipificaram o discurso de ódio nos auxiliam na busca por uma conceituação mais precisa. A legislação espanhola pune a manifestação e a difusão de ódio através de palavras ou imagens, dirigidas contra determinados grupos

---

<sup>1</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2016, núm. 18-11, pp. 1-55, p. 5.

<sup>2</sup> WALDRON, Jeremy. The Harm in Hate Speech, Harvard, 2012, p. 27; 41 e 88

por razões racistas, antissemitas ou outras referências à ideologia, religião ou crença, situação familiar, etnia, raça, origem nacional, sexo, orientação ou identidade sexual, razões de gênero, doença ou deficiência<sup>3</sup>. O Código Penal alemão proíbe insultos, calúnias ou difamações que atinjam a dignidade das pessoas, criminaliza a exibição de suásticas ou outros símbolos nazistas e, assim como outros países, pune a negação do Holocausto. A legislação penal dinamarquesa proíbe difamação pública dirigida grupos identificados por raça, cor, origem nacional ou étnica, religião ou inclinação sexual. Na Noruega, o Código Penal Geral, baseado no interesse público, autoriza as autoridades públicas a processar declarações difamatórias dirigidas contra um grande número de pessoas ou mesmo grupos sem identidade definida. A legislação britânica proíbe a publicação de material calculado para provocar o ódio racial e considera ilegais expressões de ódio inter-religioso mesmo quando não há perspectiva imediata de violência. Por fim, países como Nova Zelândia, Canadá e França usam suas leis para proteger grupos étnicos e raciais de manifestações ameaçadoras, abusivas ou ofensivas que possam gerar hostilidade ou levá-los ao desprezo ou escárnio público e de difamações contra qualquer raça, credo religioso ou orientação sexual<sup>4</sup>.

Importa dizer que a difamação de que, tanto as legislações quanto os autores apresentados, estão a falar é a difamação coletiva<sup>5</sup>, porquanto as manifestações de discurso de ódio, em geral, são ataques - seja através de insultos ou de epítetos preconceituosos - abusos e assédios<sup>6</sup> dirigidos a um grupo de pessoas devido a alguma

---

<sup>3</sup> DE PABLO SERRANO, Alejandro Luís, TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. *Diario La Ley*, Nº 8911, Sección Doctrina, 30 de Enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer. p. 8.

<sup>4</sup> WALDRON, 2012, p. 29; 30; 40 e 46

<sup>5</sup> Segundo Waldron, *Op. Cit.*, p. 50 e 53 (em tradução livre): “Não há razões para insistir que devemos nos preocupar com o impacto da difamação apenas individualmente. (...) Devemos lidar com a difamação, o insulto ou a calúnia no nível em que ela se destina e de acordo com os danos que causar: se for a nível de grupo, assim deve ser tratada”. Além disso, nos casos em que o discurso é dirigido contra uma única pessoa, a maioria das legislações possui tipificação penal, como no caso da Alemanha onde ataques verbais podem ser enquadrados como insulto ou difamação, pois são entendidos como ataques ilícitos à honra de outra pessoa mediante demonstração intencional de falta de respeito. cf. BRUGGER, Winfried, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)*, Vol. 3, nº 12 *German Law Journal*, 2002, p. 6 Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/volume-03-no-12>. Acesso em 30 mar 2018

<sup>6</sup> SIMPSON, Robert Mark, *Dignity, Harm and Hate Speech*, *Law and Philosophy*, 2013, Vol. 32, ed. 6, pp 701–728, p. 701. Disponível em <https://doi.org/10.1007/s10982-012-9164-z>. Acesso em 30 mar 2018

de suas características identitárias. Além disso, é importante aclarar que os conceitos de ofensa, calúnia e mesmo de difamação, a despeito de possuírem significado técnico legal no ordenamento jurídico da maioria dos países ocidentais, são insuficientes para tipificar as ações e omissões atribuídas às manifestações de discurso de ódio. Isso porque o discurso de ódio traz em si uma espécie de motivação que é capaz de agravar ofensas, calúnias e difamações e que chega ao ponto de incitar a multidão a tratar de forma degradante um grupo de pessoas<sup>7</sup> tornando-se, inclusive, capaz de violar a paz social<sup>8</sup>.

Ainda, de acordo com a definição da Resolução 20 de 1997 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, o discurso de ódio deve ser entendido como "qualquer forma de expressão que propague, incite, promova ou justifique o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo e ou qualquer outra forma de ódio baseada na intolerância, incluindo a intolerância expressa na forma de nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, imigrantes e descendentes de imigrantes". Este conceito foi complementado pela Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância do mesmo órgão em março de 2016 em sua Recomendação n.º 15, e definido "como uma promoção ou instigação, em qualquer das suas formas, de ódio, humilhação ou o menosprezo de uma pessoa ou grupo de pessoas, bem como o assédio, o menosprezo, a disseminação de estereótipos negativos, a estigmatização ou ameaça em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas baseadas em razões de raça<sup>9</sup>, cor,

---

<sup>7</sup> WALDRON, 2012, p. 34, 44 e 54

<sup>8</sup> Conforme trataremos com mais vagar e profundidade no item 3 deste capítulo, o discurso de ódio é capaz de perturbar a paz social. Desta concepção, decorre a autorização legislativa americana para a punição de manifestações de discurso de ódio e também de violência contra minorias desempoderadas, até mesmo antes do incitamento concreto para um ato criminoso específico. Trata-se da tipificação do que se entende como o "perigo de um perigo" uma vez que não é necessário que o incitamento ao ódio e à violência produza um risco presente, bastando que se configure o provável aumento de perigo para as minorias para que se autorize a punição. Isto se deve ao fato de o legislador americano entender o incitamento ao discurso de ódio, especialmente o racial, como um risco geral de ruptura da paz pública, da ocorrência de crimes de ódio, além de violações à dignidade e à honra dos pertencentes aos grupos destinatários desse tipo de discurso. cf. GARD, Stephen W., *Fighting Words as Free Speech*, vol. 58, *Washington University Law Review*. 1980, pp. 531-581, p. 536-537 Disponível em: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol58/iss3/6](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol58/iss3/6) Acesso em 28 jun 2018

<sup>9</sup> De acordo com a posição defendida pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Maurício José Corrêa – a qual nos filiamos - no julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS, conhecido como Caso Ellwanger, a evolução no campo da genética desconstruiu o conceito tradicional de raça. A análise do DNA de homens e mulheres pertencentes a quatro etnias

ascendência, origem nacional ou étnica, idade, deficiência, linguagem, religião ou crença, sexo, gênero, identidade de gênero, orientação sexual e outras características ou condições pessoais".<sup>10 11</sup>

Ainda que, como dito anteriormente, não tenhamos a pretensão de formular uma conceituação precisa de discurso de ódio, no que é relevante para o quadro de discussão que queremos seguir, entendemos que a essência do discurso de ódio é a manifestação pública de desprezo, rejeição e preconceito contra certos indivíduos ou grupos sociais em resposta às suas características identitárias. Desta forma, consideramos a discriminação e a marginalização de são vítimas os receptores destas mensagens - os membros dos grupos minoritários - e que se retroalimentam através desses discursos, como um dos principais efeitos do discurso de ódio nas sociedades democráticas<sup>12</sup>.

---

diferentes evidenciou que o genoma humano de brancos, negros, chineses e hispânicos difere tanto entre si quanto dentro das próprias etnias. A comprovação da ínfima diferença genética entre nós, dada a estimativa de que apenas 0,1% do genoma é responsável pela individualidade de cada ser humano, suplantou definitivamente a concepção de que o conceito de raça seria um conceito biológico, passando a ser encarado como um conceito social que, quando analisado criticamente, mostra-se muito mais a serviço da hierarquização entre seres humanos do que da gradação de características distintivas entre as pessoas. cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.559.

<sup>10</sup> Recomendação 20 de 1997 do Comitê de Ministros sobre o “discurso de ódio”. Disponível em [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem\\_en.a.sp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.a.sp). Acesso em 02 abr 2018.

<sup>11</sup> Nesse mesmo sentido, SIMPSON, 2013, p. 702 esclarece que qualquer fala que transmite o desprezo baseado em características identitárias contará como discurso de ódio, independentemente de como é usado e de como esse discurso afeta seus alvos (por exemplo, declarações de que todos os muçulmanos são terroristas ou de que os gays são seres humanos de segunda classe), também certas exhibições de "símbolos de ódio" (por exemplo, suásticas ou cruzeiros em chamas). Desta forma, estas atividades são classificadas como discurso de ódio se, e na medida em que, transmitem a idéia de que pertencer a um determinado grupo social garante que alguém está fadado a ser ou será tratado com desprezo.

<sup>12</sup> Ainda que a maioria das definições de discurso de ódio faça referência a palavras, ações e omissões que têm a capacidade de instigar a violência, além do ódio e da discriminação, como demonstraremos nas próximas páginas, entendemos que a incitação a violência não é necessária para a caracterização do discurso de ódio dados os efeitos que produz em seus destinatários e, por consequente, nas sociedades democráticas mesmo através de manifestações que não contenham ameaças explícitas e ou incitação a violência.

## 2. Mapeamento de suas manifestações

Os desafios colocados pelo discurso de ódio estão crescendo em sociedades multiculturais, em que o convívio de diversas comunidades culturais multiplica as vozes discordantes e a rejeição daqueles que não compartilham credo, etnia ou tradições e ou comportamentos e discursos hegemônicos. A coexistência de diferentes comunidades com visões divergentes do mundo, tradições culturais e religiosas conflitantes e práticas e costumes diferentes, às vezes dificilmente conciliáveis, constitui um foco de importantes conflitos sociais. Tais conflitos derivados deste convívio na diversidade têm sido agravados nos últimos anos pelo enorme influxo de imigração para a Europa, pelo trauma do episódio de 11 de setembro nos Estados Unidos, pelos conflitos no Oriente Médio e pela tensão e polarização na América Latina que, entre outros fenômenos, geram terreno propício para alimentar reações de menosprezo, patrocinadas não apenas por grupos marginais mas também por parte de políticos que viram como os slogans populistas da xenofobia e da intolerância encontram eco e apoio eleitoral em amplas camadas de opinião pública.

O discurso violento que se origina a partir das tensões geopolíticas e de política interna tem sido proferido pelos grupos majoritários contra os membros das minorias vulneráveis por culpá-los pela perda de um status quo, responsabilizando-os pelas crises políticas, sociais, econômicas e de segurança que acometem a maioria dos países ocidentais. Desta forma, os grupos minoritários são discriminados e marginalizados por causa de suas diferenças, não tem acesso equitativo a meios econômicos e políticos e nem possibilidades iguais de afirmar e praticar sua cultura ou religião<sup>13</sup>.

Conforme dito ao início, este estudo centrar-se-à na identificação e compreensão dos efeitos provocados pelo discurso de ódio em seus destinatários para, a partir disso, buscar a melhor resposta jurídica para este fenômeno. Para tal, partimos do princípio que as manifestações de discurso de ódio são muito mais amplas que meras palavras escritas ou faladas, que os efeitos produzidos vão muito além da mera ofensa e por isso buscamos, através da análise do discurso, conhecer suas mais variadas formas de expressão e, por conseguinte, seus impactos.

---

<sup>13</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 3 e 10.

A análise do discurso nos mostra que a realidade é descrita através da linguagem<sup>14</sup>. Linguagem que é entendida como um trabalho simbólico em que a tomada da palavra é um ato social com todas as suas implicações, conflitos, reconhecimentos, relações de poder, constituição de identidade, etc<sup>15</sup> e que por isso é tratada como uma figuração lógica do mundo que tende a traçar um paralelo com a realidade<sup>16</sup>.

As figurações que compõe a linguagem podem ser corretas ou incorretas, verdadeiras ou falsas, para o que devemos compará-la com a realidade. Contudo, mesmo que sejam falsas ou incorretas, estas figurações tem o poder de, através da linguagem, construir uma narrativa, uma leitura do mundo que passará a fazer parte do imaginário coletivo da sociedade.

De acordo com Foucault<sup>17</sup>, a definição de verdade está ligada aos sistemas de poder, de modo que é possível dizer que existe uma relação entre verdade e poder e que todos os discursos podem ser vistos funcionando como regimes de verdade. Segundo o autor, cada sociedade tem seu regime de verdade, sua política geral de verdade, isto é, os tipos de discurso que aceita e faz funcionar como verdadeiros. Contudo, mais importante que o conteúdo dos discursos é o papel que eles desempenham na ordenação do mundo, vez que o discurso dominante tem o poder de determinar o que é aceito ou não numa sociedade, independentemente do que diz e ou legitima.

Faz-se necessário considerar que o discurso dominante não está comprometido com uma verdade absoluta ou universal, pelo contrário, é ele que produz a verdade, que legitima certo campo de enunciados e marginaliza outros - o que o autor chama de partilha da verdade – de modo que sempre haverá um discurso capaz de constranger os demais a se restringirem à verdade que ele estabelece, levando em consideração apenas seu posicionamento na malha de tensões sociais e desconsiderando a substância daquilo

---

<sup>14</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editor Nacional/ Editora da Universidade de São Paulo, 1968, p. 59

<sup>15</sup> SANTOS, Marco Aurelio Moura dos. *O Discurso do Ódio em Redes Sociais*. 1. ed. Lara Editorial, São Paulo, 2016, posição 591 Kindle

<sup>16</sup> WITTGENSTEIN. *Op. cit.*, p. 60-61

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Aula inaugural no Collège de France. Pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola: 1996, p. 31-36

que profere. Logo, importa apenas o que o discurso dominante estabelece como verdade em favor de sua manutenção.

Desta forma, evidencia-se que os discursos tem um papel fundamental na manutenção ou transformação das sociedades, que nada mais são do que o produto das interações simbólicas entre seus membros. Interações essas que são moldadas de acordo com a forma como seus membros agem uns em relação aos outros e com a influência que a linguagem exerce na atribuição de significados aos indivíduos ou aos grupos. A partir disso, as sociedades passam a classificar seus membros em, pelo menos, duas categorias: aqueles considerados mais valorosos e aqueles que estarão marcados por um baixo valor social. Em um ponto mais extremo, esse processo acaba por criar o estigma social que atribuirá a determinados grupos um conjunto de características que, por não serem aceitas pela comunidade com a qual convivem, acabará por isolá-los<sup>18</sup>.

Antes de prosseguirmos com o estudo das manifestações de discurso de ódio, é preciso ter claro que toda e qualquer conduta que se possa considerar discurso de ódio terá que ver necessariamente com discurso, ou seja, com a expressão de idéias. Deste modo, mantém-se livre o pensamento<sup>19</sup>, protegido pela liberdade de consciência e as convicções pessoais, por mais que possam ser execráveis e mesmo contrárias à dignidade humana, desde que não externalizadas, não transformadas em discurso capaz de comunicar uma ideia, seguem protegidas. Nesse sentido, entendemos que a violência real, as agressões físicas não são discurso e, por isso, não serão objeto desse estudo. Ademais, não se tem notícia de que haja algum ordenamento jurídico ocidental que ainda não tenha tipificado penalmente as ofensas à integridade física<sup>20</sup>.

As manifestações de discurso do ódio podem se dar por meio de palavras escritas ou faladas, publicações sob qualquer forma, tais como mensagens, avisos, imagens, sinais, símbolos, desenhos, pinturas, música, peças de teatro ou vídeos. Através de meios eletrônicos, utilizados para sua disseminação e armazenamento e também através de outras condutas utilizadas para comunicar uma ideia, mensagem ou opinião como, por

---

<sup>18</sup> GOFFMAN, Erving. *Stigma: Notes On The Management Of Spoiled Identity*. Englewood Cliffs, N.J. Prentice-Hall, 1963, p. 15-18

<sup>19</sup> WALDRON, 2012, p. 38.

<sup>20</sup> WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. Estrasburgo: Council of Europe, 2009, p.1

exemplo, gestos ou qualquer outra representação que indique discriminação ou intenção de discriminação contra qualquer pessoa ou qualquer grupo de pessoas por causa de sua raça, cor, origem nacional ou étnica, religião ou inclinação sexual<sup>21 22</sup>.

Dentre o que se entende por discurso de ódio estão incluídos desde insultos e ameaças de natureza racista ou sexista até a provocação ao genocídio, desde o enaltecimento do terrorismo a negação do Holocausto e desde a queima de cruzes pelo Ku Klux Klan até a pornografia<sup>23 24</sup>. Pode ser algo tão grosseiro quanto as mensagens de “Fora Muçulmanos!” que passaram a ser frequentes nos Estados Unidos após o episódio de 11 de setembro, quanto cartazes exibidos por nazistas ou simpatizantes dizendo que “Hitler deveria ter terminado o trabalho” quanto torcedores de um time de futebol que imitam macacos e ou atiram bananas na direção de um determinado jogador negro<sup>25</sup>.

O discurso de ódio se manifesta a partir de expressões que geram perigo iminente até as que são tratadas em análises rasas e ou baseadas no senso comum como “politicamente incorretas”. Nesse sentido, conforme Waldron<sup>26</sup> nos ensina, o discurso de ódio se manifesta em expressões que vão além da opinião e da caracterização moral dos membros de um grupo e que passam a incorporar sinais, slogans ou instruções destinadas a degradar, ainda que implicitamente, os destinatários desse discurso. Sendo assim, é preciso ter claro, especialmente quando se trata da regulação e ou da incriminação do discurso de ódio, que não se está a falar ou a tratar apenas de atitudes

---

<sup>21</sup> Council of Europe: European Commission Against Racism and Intolerance (ECRI), ECRI General Policy Recommendation N°15 on combating Hate Speech, 8 December 2015, p. 17 Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/58131b4f4.html>. Acesso em 03 abr 2018.

<sup>22</sup> WALDRON, *Op. cit.*, p. 27

<sup>23</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2012, núm. 14-02, pp. 2-32, p. 13. Neste mesmo sentido, WALDRON, *Op. cit.*, p. 34.

<sup>24</sup> No item 3 deste capítulo trataremos com mais vagar do paralelo que se tem estabelecido entre os efeitos da pornografia - especialmente a partir de Catharine Mackinnon - e do discurso de ódio.

<sup>25</sup> Daniel Alves ironiza ato racista e come banana jogada por torcida. UOL.27 abril 2014. Disponível em <https://esporte.uol.com.br/futebol/campeonatos/espanhol/ultimas-noticias/2014/04/27/dani-alves-come-banana-racista-forca-2-gols-contra-e-ajuda-barca-a-virar.htm>. Acesso em 03 abr de 2018.

<sup>26</sup> WALDRON, 2012, p. 59 e 3

explícitas e ou auto-expressões autônomas, mas também e, principalmente, de quaisquer tipo de mensagens, especialmente, as implícitas que, fazendo parte permanente da estrutura da sociedade obrigam as minorias a ter contato com elas, abalando o senso de segurança social que os membros das minorias vulneráveis esperam poder contar<sup>27</sup>.

Desta forma, considerando que, ainda que a maioria das manifestações de discurso de ódio sejam efêmeras, como as palavras, que desaparecem assim que são faladas e não permanentes, como os símbolos, as bandeiras ou os monumentos que permanecem sempre no mesmo lugar para lembrar seus destinatários de sua mensagem não solicitada interessa-nos compreender os aspectos audíveis, visíveis e semipermanentes bem como os efeitos das manifestações de discurso de ódio pois, a partida, parece-nos que elas continuam ressoando na mente das vítimas ao longo do tempo, fazendo com que estas se lembrem repetidas vezes da ameaça ou da agressão que sofreram<sup>28</sup>.

### **3. Estudo dos efeitos do discurso do ódio nas sociedades democráticas.**

A lesividade do discurso intolerante configura-se a partir da vinculação de determinadas características da identidade cultural com atributos inerentes à noção de cidadania e, portanto, ao respeito que as pessoas merecem na interação social. Em essência, os elementos de lesividade que se destacam são, por um lado, os danos à dignidade derivados da identidade cultural, e por outro, o dano à reputação comunicativa dos membros desses grupos<sup>29</sup>. A difamação de grupos historicamente desfavorecidos e o menosprezo público as qualidades ou características comuns pode moldar a imagem e a reputação social de seus membros, controlando mais poderosamente seu acesso a oportunidades do que suas habilidades individuais<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Como bem define WALDRON, *Op. cit.*, p. 56-59, em tradução livre: “(...) o que estava implicitamente assegurado agora está visivelmente desafiado, de modo que passe a haver um novo conjunto de considerações que um membro de um grupo minoritário precisa fazer quando se propõe a fazer negócios ou mesmo uma caminhada em público com sua família”.

<sup>28</sup> WALDRON, 2012, p. 72

<sup>29</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p.18

<sup>30</sup> MACKINNON, Catharine A., *Only Words*, Harvard University Press, 1993, p. 99 Em seu famoso trabalho sobre pornografia, a autora afirma que o discurso de ódio, como forma verbal de discriminação, contribui para manter os grupos vitimados em posições relegadas pelo terror, intolerância, degradação e exclusão e que, uma vez que a igualdade é tomada como um autêntico mandato constitucional, a ideia de que algumas pessoas são inferiores a outras pelo

As manifestações de mensagens racistas e depreciativas que submetem os membros dos grupos minoritários a tratamento degradante; que atribuem atos caluniosos (como, por exemplo, “todos os ciganos são ladrões”; “todos os muçulmanos são terroristas”) que impactam diretamente o status social dos membros desses grupos; que degradam ou menosprezam as características definidoras de um determinado grupo étnico, cultural ou religioso (por exemplo, “todos os ciganos são ladrões”; “todos os muçulmanos são terroristas”); que propagam mensagens que promovem a discriminação de tais grupos por conta de suas características (“fora muçulmanos”, “negros não são bem-vindos”, etc)<sup>31</sup> perturbam a ordem social<sup>32</sup> que deve basear-se no ideal de igualdade, princípio básico e estruturante das sociedades democráticas. Esses ataques a reputação fazem com que os membros desses grupos deixem de acreditar que todas as pessoas, qualquer que seja sua cor ou aparência tem os mesmos direitos o que, em alguma medida, legitima a superioridade de alguns grupos em detrimento de outros. Por conseguinte, as manifestações de discurso de ódio atingem a dignidade dos membros desses grupos, uma vez que atacam seu status social básico, a base de seu reconhecimento como seres iguais e detentores de direitos humanos constitucionalmente garantidos<sup>33</sup>.

A visibilidade do ódio, através do fluxo contínuo de mensagens discriminatórias, mina a segurança e a confiança dos membros de grupos minoritários em seu status cívico como pessoas que merecem respeito e consideração iguais, expõe políticas discriminatórias e quebra a confiança implícita que a convivência social confere, o que prejudica a reputação social dos grupos culturais minoritários e os faz questionar o mérito desse tratamento equitativo. É nesse sentido que Waldron afirma que a proibição dessas condutas deve servir para restaurar e garantir a confiança no reconhecimento das minorias como merecedores de igual respeito, pois a garantia dessa confiança constitui um "bem público" corrente na sociedade de maneira difusa e frágil mas, essencial para

---

simples fato de pertencerem a certos grupos deve ser rejeitada e combatida com os instrumentos da lei.

<sup>31</sup> WALDRON, *Op. cit.*, p. 56-59.

<sup>32</sup> DE PABLO SERRANO, TAPIA BALLESTEROS, 2017, p. 6.

<sup>33</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p.44.

todos, e, especialmente, para aqueles pertencentes a grupos marginalizados ou minoritários<sup>34</sup>.

Como dito anteriormente, as manifestações de discurso de ódio, ainda que possam parecer irrelevantes ou serem tratadas como incidentes isolados, ao longo do tempo geram um efeito cumulativo<sup>35</sup>. Este efeito cumulativo degrada esse "bem público" que é baseado na garantia de que todos são merecedores de tratamento igualitário, gerando certa atmosfera de ódio, cuja lesividade será determinada pela expectativa de acúmulo de outras ações semelhantes, constituindo-se numa ameaça geral e difusa à sociedade do súbito aparecimento de uma série de incidentes que podem acabar tendo um efeito desproporcionado.

Para melhor compreender o conceito de efeitos cumulativos, valemo-nos da comparação dos efeitos provocados pelo discurso de ódio com os que são provocados pela pornografia. Construída como difamação no sentido convencional, a pornografia passa a mensagem de que as mulheres são uma forma mais baixa de vida humana, definida pela sua disponibilidade para uso sexual. Na pornografia, as mulheres são desumanizadas através do condicionamento da sexualidade masculina para seu uso e abuso, o que as diminui em todas as suas interações sociais e não apenas em interações sexuais expressas. Esta comparação é importante para conhecer e compreender a influência que os efeitos cumulativos das numerosas degradações individuais provocadas pelo discurso de ódio podem exercer na vida e no comportamento de seus alvos e na manutenção de um ambiente respeitoso. A partir dessa análise, depreende-se que o menosprezo e a desumanização enfrentados pelos destinatários do discurso do ódio é muito semelhante a difamação das mulheres através da pornografia<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> WALDRON, 2012, p. 65-68; 81; 85 e 88

<sup>35</sup> WALDRON, *Op. cit.*, p. 94

<sup>36</sup> MACKINNON, 1993, p.11-15, p.30-38, p. 99 ss. De acordo com a autora, a pornografia não é apenas uma imagem irradiada por uma espécie de rufião diretamente na mente de um masturbador, é uma imagem que define o mundo, e essa imagem mais ou menos permanente e aparentemente indestrutível faz uma enorme diferença para o meio ambiente em que as mulheres têm de levar suas vidas. Para as mulheres, a pornografia é uma espécie de retrato público que as expõe em todo lugar como algo aberto, vulnerável, visível, violado. Dito de outro modo, à medida que, pela pornografia, a objetivação passa a definir a feminilidade, se constata que um dos danos sociais da pornografia é passar a mensagem de que as mulheres

De acordo com a Teoria do Reconhecimento<sup>37</sup>, o pertencimento a uma comunidade específica é elemento constitutivo da identidade da pessoa<sup>38</sup> e por isso manifestações de discurso de ódio dirigidas contra as características que definem uma comunidade étnica, racial ou religiosa podem prejudicar a identidade, a honra e a dignidade de seus membros e de suas próprias comunidades. Sendo que a identidade é moldada em parte pelo reconhecimento, pela falta de reconhecimento ou pelo reconhecimento incorreto observa-se que o desrespeito às diferenças leva a depreciação individual e coletiva. Conforme Taylor, o reconhecimento incorreto pode causar danos, pode converter-se numa forma de opressão que aprisiona alguém em um modo de ser falso, deformado ou reduzido podendo, inclusive, subjugar suas vítimas através de um sentimento incapacitante de ódio contra elas mesmas. Por isso – em suas palavras – “o respeito devido é muito mais do que um ato de gentileza para com os outros, é uma necessidade humana vital”<sup>39</sup>.

Além disso, a autoestima individual também é moldada pelo respeito desfrutado pela cultura à qual se pertence<sup>40</sup>. Se uma cultura não é socialmente respeitada, ela também ameaçará a dignidade e a autoestima de seus membros<sup>41</sup>. Este último aspecto torna-se central para a defesa de uma política de reconhecimento das culturas minoritárias que vivem em sociedade pois, de acordo com a concepção de Charles Taylor, as distorções no reconhecimento podem prejudicar determinados grupos, levando-os a, a partir de uma linguagem limitativa, formar uma identidade de inferioridade ou de desprezo por si mesmos. Nas palavras de Taylor:

(...) algumas feministas afirmaram que nas sociedades patriarcais, as mulheres eram induzidas a adotar uma opinião depreciativa delas

---

podem (e ou devem) ser possuídas e usadas e condicionar o orgasmo dos homens à desigualdade sexual.

<sup>37</sup> TAYLOR, Charles. Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 46-47

<sup>38</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 14

<sup>39</sup> TAYLOR, Charles, op. cit, p. 46. Nesse mesmo sentido, ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 14.

<sup>40</sup> RAZ, Joseph e MARGALIT, Avishai. National Self-determination. The Journal of Philosophy Vol. 87, No. 9 (Sep., 1990), pp. 439-461, p. 449

<sup>41</sup> KYMLICKA, Will, Multicultural Citizenship, Oxford, 1995, p. 89

próprias. Interiorizavam uma imagem da sua inferioridade, de tal maneira que, quando determinados obstáculos reais à sua prosperidade desapareciam, elas chegavam a demonstrar uma incapacidade de aproveitarem as novas oportunidades. E, além disso, estavam condenadas a sofrer pela sua debilitada autoestima. Também surgiram argumentos semelhantes em relação aos negros: que a sociedade branca projetou durante gerações uma imagem de inferioridade e recentemente se afirmou ainda o mesmo sobre indígenas e os povos colonizados (...)"<sup>42</sup>

O discurso de ódio contra minorias desempoderadas configura-se como um ataque à dignidade, entendida como a posição social, o substrato da reputação básica que garante que cada pessoa seja tratada como igual nas relações sociais, não permitindo que os pertencentes a esses grupos interajam na sociedade com as mesmas condições (direitos e deveres) que qualquer outra pessoa, seja para realizar quaisquer atos legais válidos, fazer negócios e ou interagir na rua com outras pessoas. O tratamento discriminatório que os membros mais vulneráveis passam a receber por parte da sociedade e das suas instituições, reforça o estigma<sup>43</sup>. De acordo com Goffman<sup>44</sup>, o estigma impacta profundamente a vida social e a saúde mental de seus alvos, causando desde insegurança nas relações sociais até depressão e ansiedade, isso porque as pessoas estigmatizadas ao serem tratadas como inferiores tendem a se isolar e tratar os demais com hostilidade.

O discurso de ódio também pode afetar a autonomia individual de suas vítimas. Através da autonomia individual as pessoas podem fazer escolhas baseadas em seus valores, suas convicções, seus interesses e desejos, o que se constitui numa fonte de direitos de

---

<sup>42</sup> TAYLOR, 1994, p. 63, em tradução livre.

<sup>43</sup> DE PABLO SERRANO, TAPIA BALLESTEROS, 2017, p. 4-5.

<sup>44</sup> GOFFMAN, 1963, p. 23

liberdade dos cidadãos<sup>45</sup>. Os efeitos do discurso de ódio podem ser sentidos tanto no campo da autonomia privada quanto na autonomia pública<sup>46</sup>.

No que se refere à autonomia privada, os destinatários do discurso de ódio sofrem limitações em relação à liberdade de viver suas vidas a partir de sua própria consciência, uma vez que suas decisões pessoais podem sofrer influência e até mesmo retaliações sociais - o que os atinge diretamente em sua independência - e ou que suas oportunidades laborais, educacionais e mesmo de convívio social podem ser reduzidas - ou não se apresentarem como alternativas reais.

Em relação à autonomia pública, o discurso de ódio impacta diretamente na possibilidade de participação de suas vítimas no debate público e, conseqüentemente, em sua representação política. Devido ao menosprezo e ao abalo a sua reputação, em geral, os membros das minorias desempoderadas não conseguem projetar-se politicamente para fora de seus grupos, o que produz uma sub-representação e ou não representação de seus interesses nas casas legislativas e demais órgãos políticos oficiais que legislam e definem as políticas sociais. Ainda que representantes políticos que não pertencem aos grupos marginalizados possam identificar-se com suas causas, as minorias desempoderadas precisam superar as barreiras e as desvantagens presentes na sociedade e participar em igualdade de condições do debate público a ponto de conseguir eleger representantes para suas demandas.

Dada a íntima vinculação entre a dignidade pessoal e a identidade cultural, o dano à reputação gerado pelos ataques à identidade de grupos minoritários leva a redução de suas possibilidades de intervir e influenciar no debate público. A partir desta concepção, afirma-se que as mensagens hostis e discriminatórias subestimam a dignidade e negam o reconhecimento social de certas minorias, impedindo que o discurso desses grupos possa ser ouvido, compreendido e levado em consideração pela opinião pública, ou seja, impedindo-os de intervir plenamente na deliberação pública. Isso se deve não apenas ao clima intimidatório gerado pelo discurso de ódio, mas também pelo declínio progressivo da reputação de tais grupos, produzido através do estabelecimento de preconceitos e

---

<sup>45</sup> WALDRON, 2012, p. 144 ss

<sup>46</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tran William Rehg, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 84 e 183

estereótipos que levam a perda de autoestima de seus membros e a distorção ou mesmo a invalidação de seus argumentos por parte dos demais membros da sociedade<sup>47</sup>.

A desvalorização da participação pública dos grupos alvo de discurso de ódio isola as minorias, retira sua voz do processo político e enfraquece sua cidadania<sup>48</sup> de modo que, mesmo aqueles que acreditam que idéias podem ser combatidas com outras idéias<sup>49</sup>, reconheçam que, devido ao efeito silenciador<sup>50</sup> do discurso de ódio, as reivindicações dos grupos culturais minoritários não são capazes de penetrar na opinião pública, permanecendo, portanto, fora da agenda política.

O efeito silenciador do discurso de ódio é potencialmente nocivo à democracia. Entendendo-se a democracia como espaço em que todos os cidadãos devem ter autonomia para participar igual e livremente dos debates públicos que levam à formação de opiniões que, nas eleições se efetivam em escolhas firmadas através de votos, é preciso garantir que todos os discursos, de todos os membros da sociedade possam ser ouvidos e debatidos. Contudo, conforme demonstramos, o discurso de ódio através de seu efeito silenciador, cria uma espécie de barreira que impossibilita que os membros das minorias desempoderadas participem em igualdade de condições das deliberações públicas, o que representa uma ameaça à democracia, em seu princípio basilar<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> WEST, Caroline. “Words That Silence? Freedom of Expression and Racist Hate Speech”, em: Maitra/McGowan, *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford, 2012, pp. 222-248; p. 236-239.

<sup>48</sup> LAWRENCE III, C.R., “If He Hollers Let Him Go: Regulation of Racist Speech on Campus”, in MATSUDA, Mari J., LAWRENCE III, Charles R., DELGADO, Richard e CREENSHAW, Kimberlé W., *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, Routledge, New York, 2018, pp. 53-88, p. 77-79.

<sup>49</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2a ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1991, p. 43-ss.

<sup>50</sup> FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 28.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated William Rehg, 1996, Cambridge, Massachusetts, p. 153, 287, 307-308.

## **II. Propagação do discurso do ódio pela internet e redes sociais**

Se as palavras proferidas num discurso verbal podem permanecer - depois de terem sido ditas - por muito tempo ressoando na mente de seus destinatários é possível dizer que os ataques de discurso de ódio em forma de dizeres escritos, símbolos, fotografias, figuras, entre outras formas de expressão podem, com muito mais facilidade, se tornar parte permanente ou semipermanente do cotidiano, causando impactos na vida de seus alvos<sup>52</sup>.

Conforme demonstraremos nas próximas páginas, o espaço social da internet e, especialmente das redes sociais, tem se convertido num campo fértil e propício para a propagação de mensagens discriminatórias e odiosas, dada a capacidade e a rapidez de divulgação que esses discursos que apresentam. Além disso, no que importa a esse estudo e, partindo do princípio que as redes sociais da internet, devido às suas características, reduziram as barreiras de interação social, analisaremos as mudanças provocadas por elas na forma de sociabilidade moderna e sua relação com a ampliação da propagação dos discursos de ódio.

### **1. Propagação do discurso do ódio pela internet e redes sociais e seus impactos**

O surgimento e a expansão da rede mundial de computadores foi um dos maiores marcos do século XX. Os avanços na área da tecnologia da informação e da comunicação, especialmente a partir da segunda metade do século, permitiram a popularização da *internet* e a construção de um novo espaço social, que se convencionou chamar de ciberespaço. Neste novo espaço social, através das inúmeras ferramentas desenvolvidas em seu interior, entre elas, as redes sociais, passou a ser possível ampliar e reproduzir diferentes formas de interações e de reprodução da vida social<sup>53</sup>.

O desenvolvimento das redes sociais online como Orkut, Flickr, Facebook, Twitter, Instagram, Whatsapp, entre outros, criou, no ciberespaço, ambientes de sociabilização virtual. Nestes espaços que, ao longo do tempo, só tem feito aumentar, passaram a ocorrer interações sociais que permitiram que mesmo aqueles que quase não possuíam

---

<sup>52</sup> WALDRON, 2012, p. 37.

<sup>53</sup> LEMOS, André; LÉVY, Pierre. O futuro da Internet: Em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulos, 2012, p. 28.

interações ou que não mais interagiam entre si se conectassem e se mantivessem conectados, pelo menos até a ocorrência de uma ação de “desconexão”, como, por exemplo, no caso Facebook, onde é preciso a ação de “desfazer a amizade” no perfil de quem se deseja deixar de interagir. A partir disso, os fluxos de informação que circulam entre os usuários dos sites de rede social passaram não apenas a refletir seu conteúdo mas também a influenciar a construção desse conteúdo, impactando profundamente o cotidiano das pessoas, alterando a forma como se relacionam, como constroem e percebem valores e mesmo como elaboram significados e sentidos<sup>54</sup>.

Para compreender o impacto das redes sociais no cotidiano e na vida das pessoas é preciso conhecer melhor seu funcionamento. Inicialmente, é preciso ter presente que uma rede social é composta por atores sociais (pessoas, instituições ou grupos, que também podem ser chamados de os “nós da rede”) e suas conexões (interações ou laços sociais). Os atores são as pessoas envolvidas nas redes sociais, são o primeiro elemento delas que, através da interação e da formação de laços sociais, atuam de forma a moldar as estruturas sociais<sup>55</sup>. Contudo, como se está a falar de redes sociais na *internet*, devido ao distanciamento entre os envolvidos na interação social, principal característica desta comunicação mediada por computador, é preciso observar que os atores são constituídos de maneira diferenciada. Na verdade, um perfil no Facebook, um twitte ou um fotolog, por exemplo, nada mais são do que uma construção identitária do ciberespaço ou uma representação dos atores sociais constituídos como espaços de interação, lugares de fala para expressar elementos da personalidade ou individualidade desses atores<sup>56</sup>.

Conhecer como são constituídos esses espaços de expressão é também essencial para saber como se dão as interações e como são estabelecidas essas conexões entre os atores sociais. Dada a ausência, no ciberespaço, das informações que geralmente permeiam as interações face a face, para que a comunicação possa ser estruturada é preciso que o ator forneça informações, pistas mínimas e até mesmo fotos que permitam

---

<sup>54</sup> RECUERO, Raquel. *Redes Sociais na Internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 242.

<sup>55</sup> AMARAL, Adriana; COIMBRA, Michele. Expressões de ódio nos sites de redes sociais: o universo dos haters no caso #eunãomereçoserestuprada. *Revista Contemporanea | Comunicação e Cultura*, v.13, n.01, maio-ago 2015, pp. 294-310, p. 298

<sup>56</sup> RECUERO, *Op. Cit*, p. 25-28

que a rede social identifique, de alguma forma, o indivíduo que se expressa através dela, e que possibilitem a interação social. A construção pessoalizada de um perfil ou página pessoal num site de rede social também pode ser considerada como a construção de uma persona e ou a criação da “representação do self”<sup>57</sup>, através da qual o ator social pode interagir e expor, de forma pública, a sua rede, que tanto pode ser autêntica como pode ser *fake* (falso)<sup>58</sup>. Essa construção pessoalizada é visível em muitos elementos utilizados no ciberespaço. Nos perfis do Facebook, por exemplo, é clara a individualização e a construção pessoal de cada página. É a individualização dessa expressão, de alguém “que fala” através desse espaço que permite que as redes sociais sejam construídas na *internet*.

Além disso, é importante que as informações fornecidas gerem individualidade e empatia, pois nesses espaços as pessoas são julgadas e percebidas por suas palavras. Essas palavras são legitimadas pelos grupos sociais e constroem as percepções que os indivíduos têm dos outros atores sociais, que são muito importantes para a construção dos padrões de conexão entre os atores sociais na medida em que a percepção do Outro é essencial para a interação humana<sup>59</sup>.

Não é por outro motivo que os sites de redes sociais se converteram em espaço de compartilhamento que possibilita a obtenção de capital social, como visibilidade, popularidade, reputação, influência, confiança, reconhecimento, autoridade e outros valores<sup>60</sup> que não são facilmente acessíveis fora do ambiente digital. Somente através das conexões que ocorrem no ciberespaço e são mantidas pelo sistema, é possível

---

<sup>57</sup> BOYD, Danah. M., e ELLISON, Nicolle. B. Social Network Sites: Definition, history, and scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 13(1), article 11. 2007, p. 219 Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x> Acesso em 26 jun 2018.

<sup>58</sup> Neste caso, ao disponibilizar no site informações pessoais como nome, idade, gênero ou foto falsas, o ator social fica protegido pelo anonimato para, em geral, poder exercer comportamentos diferentes dos empregados na vida real.

<sup>59</sup> DONATH, Judith S. Identity and Deception in the Virtual Community. In KOLLOCK Peter. e Marc Smith. (organizadores) *Communities in Cyberspace*. Routledge. New York, 1999, p. 26-ss.

<sup>60</sup> AMARAL, Adriana; MOSCHETTA, Pedro Henrique. Visibilidade e reputação nos sites de redes sociais: a influência dos dados quantitativos na construção da popularidade a partir da percepção dos usuários. In: José Carlos Ribeiro. (Org.). *Performances Interacionais e Mediações Sociotécnicas*. 1ed. Salvador: EDUFBA, 2015, p. 4.

“fazer” 200, 300 novos amigos em poucos dias, o que é muito difícil fora das redes sociais, nas interações que ocorrem na vida real<sup>61</sup>.

Sibila<sup>62</sup> chama de “imperativo da visibilidade” da nossa sociedade atual a necessidade de exposição pessoal decorrente dessa intersecção entre o público e o privado, que transcende o espaço virtual, exacerba o individualismo e acaba por repercutir também nas relações “reais”. No ciberespaço, para existir, é preciso ser “visto”. Mais do que a necessidade de ser visto, um imperativo para a sociabilidade nas redes sociais<sup>63</sup> é a apropriação do ciberespaço, a constituição de um “eu” que possibilite a participação nessa sociedade em rede.

Retomando o conceito de que as redes sociais são compostas por atores sociais e suas conexões pode-se dizer que as redes sociais online são estruturas sociais, na qual os atores sociais se apropriam de um sistema e o utilizam para estabelecer conexões entre os diversos sujeitos que nele estão inseridos. Através de suas relações e interações sociais, os atores estabelecem laços sociais que podem ser fortes ou fracos, de acordo com o tipo de relação e com o grau de intimidade estabelecida, com a quantidade e o conteúdo das mensagens trocadas e sua permanência no tempo.

Deste modo, as redes sociais online, para além de tornarem-se um ambiente propício para relações, interações e conexões, transformaram-se em espaços de troca, de constante fluxo comunicacional. Devido a possibilidade de difundir informações no ciberespaço, as redes sociais tem funcionado também como meio de comunicação, se constituindo numa espécie de mídia emergente<sup>64</sup>. Esse fluxo comunicacional se dá através da publicação de informações da autoria do próprio ator social ou do compartilhamento de publicações de outros sujeitos (de amigos ou de perfis de jornais, revistas e etc) que podem ser lidas, “curtidas”, comentadas e ou compartilhadas. Desta

---

<sup>61</sup> RECUERO, Raquel, 2009, p. 107-108.

<sup>62</sup> SIBILA, Paula. Os diários íntimos da internet e a crise da interioridade psicológica. XII Encontro Anual da Compós, 2003, Recife. Anais do XII Encontro Anual da Compós, 2003, p. 5 ss.

<sup>63</sup> LEMOS, André. A arte da vida: diários pessoais e webcams na internet. XXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Salvador, 2002. Anais do XXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Salvador, 2002, p. 11.

<sup>64</sup> RECUERO, Raquel, *Op. Cit*, p. 117

forma, através das redes sociais online, cria-se um grande mural informacional dentro do ciberespaço onde também é possível armazenar o conteúdo publicado, acessá-lo e replicá-lo ilimitadas vezes, o que faz surgir o que se tem chamado de audiências invisíveis e ou de público em rede. Esta forma de se relacionar nas redes sociais online onde as informações escritas e compartilhadas são tanto o meio comunicacional quanto a mensagem que se deseja expressar tem possibilitado também a perpetuação dos ciclos de ódio e racismo através desses espaços<sup>65</sup>.

De tudo, o mais importante é compreender que todas as conexões e interações realizadas nas redes sociais só são percebidas graças à possibilidade de manter os rastros sociais dos indivíduos. Um comentário em um perfil do Facebook, por exemplo, permanece na rede social até que alguém o delete ou o perfil seja excluído. Essas interações estão, de certo modo, fadadas a permanecer no ciberespaço, permitindo o acesso a qualquer tempo e em qualquer lugar, ainda que distantes, de onde foram realizadas<sup>66</sup>. Neste sentido, recuperemos que, entre as principais preocupações de Waldron, está a vida útil da difamação, dos insultos e das demais manifestações de discurso de ódio uma vez que, de acordo com o autor, as palavras faladas se dissolvem no tempo e no espaço – ainda que possam permanecer por muito tempo na memória de seus destinatários – mas o que é escrito permanece e perpetua, tornando-se visível e tangível, parte do que as pessoas podem ver e sentir quando olham ao redor<sup>67</sup>.

Desta forma, na próxima seção nos ocuparemos do estudo da influência das redes sociais na amplificação das manifestações de discurso de ódio, considerada a preocupação com a duração, o impacto e a extensão das publicações nas redes sociais, pois, como vimos, as palavras que fazem parte do vocabulário de uma sociedade podem tornar-se parte daquele ambiente social<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> AMARAL, Adriana, COIMBRA, Michele, 2015, p. 298

<sup>66</sup> RECUERO, Raquel, 2009, p. 28

<sup>67</sup> WALDRON, 2012, p. 45

<sup>68</sup> WALDRON, *Op. cit*, p. 72

## **2. Influência dessas ferramentas na radicalização dos discursos**

Nos últimos anos, as redes sociais online têm sido utilizadas tanto para mobilizações políticas e sociais para promoção e efetivação dos direitos humanos e em favor da democracia como, por exemplo, para a divulgação de projetos e campanhas realizadas pelas mais diversas organizações sociais e também por organismos internacionais como a ONU, a Anistia Internacional e a UNESCO quanto para a disseminação de imagens e mensagens de ódio, intolerância e de banalização ou incitação a violência, principalmente em relação as minorias desempoderadas.

As manifestações de discurso de ódio têm surgido nesses espaços a partir de qualquer dualidade - religiosa, política, racial ou sexual - e transformado as redes sociais em espaços de guerra<sup>69</sup> que disseminam o ódio ao diferente, e impossibilitam, na maioria das vezes, a construção de caminhos para o diálogo entre defensores de ideias divergentes e, por consequência, da democracia.

Para compreender alguns dos fatores que contribuem para a disseminação do ódio nas redes sociais, inicialmente, é preciso entendê-las como sistemas simbólicos<sup>70</sup> que possibilitam que os atores sociais se manifestem na rede através de símbolos e signos da linguagem e que, onde há linguagem, poderá haver violência simbólica e ódio.

Bourdieu<sup>71</sup> chama de violência simbólica o uso dos sistemas simbólicos pelas classes dominantes como instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e conhecimento que tem o poder simbólico de construir e reconstruir a realidade, de estabelecer a ordem social, as normas e os padrões comportamentais de uma determinada sociedade e de distinguir e hierarquizar os indivíduos através da linguagem e do conhecimento, de modo que seus interesses possam apresentar-se como interesses universais e seus discursos e ideologias possam ser impostos às minorias. Entretanto, tanto o poder quanto a violência simbólica que impõem e ou legitimam a dominação de uma classe sobre a outra dificilmente são percebidos pois são silenciosos e se escondem

---

<sup>69</sup> PENACHIONI, Julia; GUISSORDI, Patricia Cúcio; PRADA, Thiago. A banalidade do mal na atualidade: as redes sociais online como espaços de guerra. *Aurora: revista de arte, mídia e política*, São Paulo, vol.9, nº.25, fev.-mai.2016, pp. 76-96, p. 86.

<sup>70</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989, p.8 e 11

<sup>71</sup> BOURDIEU, Pierre. *Op. cit*, p.10-11

nos discursos dominantes de modo que os dominados – as minorias - muitas vezes, não se reconhecem como vítimas, dada a falta de consciência do processo de hierarquização, segregação e estigmatização<sup>72</sup> no qual estão inseridos.

O segundo fator que merece atenção neste estudo, se refere ao fato de que as redes sociais, uma vez que são constituídas por atores sociais e suas conexões, possibilitam que os sujeitos do mundo digital estejam em constante encontro com a alteridade – o Outro – e, segundo Lebrun o encontro com o Outro tende a ser violento e perturbador, seja no cotidiano, seja na aproximação entre culturas distintas<sup>73</sup>.

De acordo com o autor, o encontro com a alteridade em toda sua diversidade e o convívio com suas particularidades é a base para a estruturação do sujeito como fato social. Contudo, esta é uma situação difícil pois, em geral, há muita dificuldade para lidar com as diferenças, com as desigualdades, com os conflitos e com as assimetrias de poder. O Outro nos ameaça na medida em que a civilização nos impõe sempre um gozo a menos, uma falta, uma restrição e a isso respondemos com ódio<sup>74</sup>. Dito de outro modo, as redes sociais online ampliaram a possibilidade de contato e de convívio em uma sociedade cada vez mais plural e, portanto, democrática, conduzindo a construção de diálogos e de confrontos entre diferentes grupos sociais e culturais que deveriam nos enriquecer, pessoal e coletivamente, nas nossas identidades e maneiras de ver o mundo. Porém, como o sujeito é virtualmente inimigo da civilização, quando a sociedade nos atinge, nos impõe normas, nos obriga a viver de acordo com padrões e limites, restringindo nossas ações e pensamentos, passamos a odiar<sup>75</sup>. Entretanto, sentir ódio não é um problema, pois faz parte da nossa natureza. Ele se torna um problema social, a partir do momento que deixa de ser um sentimento e se torna concreto através da linguagem, sendo exercido nas relações de comunicação entre os sujeitos. Neste

---

<sup>72</sup> Importante observar como as teorias de Bourdieu e Goffmann estão interligadas pois os estigmas sociais são criados através da categorização dos indivíduos por meio dos instrumentos de distinção do sistema simbólico utilizados pelas classes dominantes. Destes estigmas oriundos das imagens negativas pré-concebidas e que se tornam concretos quando são disseminados através dos discursos, surgem os preconceitos, as discriminações e as humilhações.

<sup>73</sup> LEBRUN, Jean-Pierre. O futuro do ódio. Org. Maria Fleig. Trad. João Fernando Chapadeiro Corrêa. Porto Alegre: CMC, 2008, p. 7.

<sup>74</sup> LEBRUN, *Op. cit.*, p.8-9.

<sup>75</sup> SANTOS, 2016, posição 1912 Kindle.

sentido, os sites de redes sociais possibilitam que o ódio apareça através dos espaços de interação mútua e conversação.

Do que importa para este estudo, a análise das redes sociais enquanto ferramentas para propagação de discurso de ódio nos mostra que isto ocorre, principalmente, por três motivos: i) pela possibilidade de reproduzir, replicar ou compartilhar informações produzidas por terceiros sem a prévia checagem da fonte ou da veracidade das informações; ii) pela perpetuação dos conteúdos no ciberespaço (um comentário em um perfil do Facebook, por exemplo, permanece nele até que alguém o delete ou que o perfil seja excluído) que possibilita o acesso a qualquer tempo e em qualquer lugar, ainda que distantes de onde e quando foram originalmente publicados<sup>76</sup> e iii) pela possibilidade do ator social construir uma representação do self falsa (fake), ou seja, através da utilização de pseudônimos e imagens genéricas buscar a proteção do anonimato para reproduzir discursos ofensivos, manifestações preconceituosas ou que reforçam estigmas sociais com mais facilidade e sem o temor de ser punido legalmente, de ser julgado por outros membros da rede ou mesmo de ser banido do sistema.

Por último, devemos pensar o que o sujeito ganha incitando ódio e violência nos sites de redes sociais. A resposta é capital social<sup>77</sup>, um recurso que é conectado ao pertencimento a um determinado grupo, às relações que um determinado ator social é capaz de manter e o conhecimento e reconhecimento mútuo dos participantes de um grupo.

O aumento da incidência e da visibilidade dos discursos de ódio nos sites das redes sociais em grande medida se deve ao surgimento dos haters nesses espaços. O termo hater<sup>78</sup> (odador, em português) passou a ser usado na internet a partir da expressão do hip hop americano “haters gonna hate” (odiadores vão odiar) sendo utilizado de forma pejorativa para designar desde as pessoas que falam mal das outras nos espaços públicos até as que expressam ódio na internet. Os haters, nos sites das redes sociais, se dedicam a expor e estigmatizar publicamente os indivíduos que não pertencem ou que se opõe ao grupo social no qual estão inseridos, que parecem confrontar seus princípios morais ou

---

<sup>76</sup> RECUERO, 2009, p. 28

<sup>77</sup> RECUERO, *Op. cit.*, p. 44-55

<sup>78</sup> AMARAL; COIMBRA, 2015, p. 301

que não suprem suas expectativas, por exemplo, quando não se identificam com sua cultura, seus comportamentos e ou ideologias<sup>79</sup>.

Devido às características da rede, sujeitos que não estão abertos ao diálogo construtivo, que apenas fazem críticas negativas aos outros, que não respeitam opiniões divergentes e que violam as regras de gentileza e de comportamento civil cada vez mais chamam atenção e ganham voz, visibilidade, popularidade, reputação e influência. Através do cyberbullying, da difusão de termos pejorativos, preconceitos, humilhações e outras tantas manifestações de discurso de ódio em forma de textos, imagens ou vídeos, os haters tem transformado as redes sociais online em poderosos instrumentos de propagação, estigmatização, estereotipização e reprodução de violência simbólica.

Por fim, quando buscamos compreender o que levou as redes sociais, especialmente nos últimos anos, a transformarem-se em canais de propagação e amplificação de discurso de ódio encontramos na interpretação realizada por Bauman da experiência Milgran<sup>80</sup> o que entendemos ser a melhor explicação. Atrás da tela fina de um computador, tablet ou smartphone não é possível sentir a dor do outro. Na verdade, ainda que através da internet e, principalmente, das redes sociais seja possível estar próximo de quem está física ou geograficamente distante, se mantém sempre um afastamento seguro. É possível dizer tudo (ou quase tudo) quando há entre locutor e interlocutor, primeiro a tela protetora de um eletrônico, depois a distância e, no mais das vezes, o anonimato dos perfis fake que garante, de algum modo, a segurança de expressar-se sem preocupação com qualquer tipo de limite e sem medo de ser apanhado. Entendemos que, como bem a experiência Milgram evidencia, é muito fácil ser cruel – proferir mensagens odiosas, racistas, preconceituosas - com quem não vemos nem ouvimos e, ainda mais, com aqueles que a distância da internet nos aparta.

---

<sup>79</sup> FREIRE FILHO, João. A comunicação passional dos fãs: expressões de amor e de ódio nas redes sociais. In: BARBOSA, Marialva; MORAIS, Osvando (Ed.). Comunicação em tempo de redes sociais: afetos, emoções, subjetividades, p. 127-154. São Paulo: INTERCOM, 2013, p. 144.

<sup>80</sup> O caso é analisado em SILVA DIAS, Augusto. A experiência Milgram e a responsabilidade jurídico-penal: um ensaio sobre a banalidade do mal, in Andrade/Costa/Rodrigues/Moniz/Fidalgo(org.), Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais - homenagem ao Professor Peter Hünerfeld, Coimbra Editora, 2013, pp. 212-ss.

### **III.O discurso do ódio de acordo com doutrina e jurisprudência americana e européia.**

O discurso de ódio tem se manifestado em todas as sociedades ocidentais e, por isso, recebido tratamento jurídico na maioria destes países. As manifestações, os discursos e as tensões apresentam particularidades e especificidades que variam de acordo com a formação cultural e social de cada país. Assim sendo, descentralizaremos a análise realizada nesse estudo, buscando conhecer e compreender em todas as suas dimensões a jurisprudência e o ordenamento jurídico dos Estados Unidos e da Alemanha, países que tratam do tema com mais propriedade e profundidade.

O sistema jurídico americano proíbe o discurso de ódio o mais tarde possível – apenas quando há o perigo iminente de atos ilícitos - ao passo que a jurisprudência alemã coíbe o discurso de ódio o mais cedo possível. Ambas as abordagens têm suas vantagens e desvantagens, e isso é claramente perceptível nos Estados Unidos, onde importantes vozes se erguem no sentido da limitação da liberdade de expressão. No entanto, quase não há discussão na Alemanha sobre os impactos da ampla proibição do discurso de ódio para a liberdade de expressão. De toda forma, qualquer que seja a ponderação de valores mais adequada para os casos de discurso do ódio, ela somente poderá ser encontrada através de uma discussão aberta e profunda, consciente do propósito especial do princípio da liberdade de expressão para a proteção do discurso ofensivo.

#### **1. Estados Unidos**

Os Estados Unidos diferem de quase todas as demais democracias avançadas no que se refere ao discurso de ódio. A liberdade de expressão recebe uma proteção quase absoluta, sendo o direito fundamental mais valorizado no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana<sup>81</sup>. A importância da garantia constitucional da liberdade de expressão para os americanos pode ser observada pelo lugar que lhe foi reservado na Constituição, onde está elencada como primeiro direito na Declaração de Direitos, e também a partir dos termos peremptórios utilizados em 1791 na redação da Primeira Emenda para proibir o Congresso de editar leis que estabeleçam uma religião oficial ou proíbam o livre exercício religioso, que cerceiem a liberdade de expressão ou de

---

<sup>81</sup> BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Tradução de Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Direito Público* nº 15, Jan-Fev-Mar/2007, pp. 117-136, p. 123.

imprensa ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente e ou de peticionar ao governo para a reparação de danos.

Apesar da forma aparentemente absoluta como está redigida a garantia constitucional, poucos na história norte-americana defendem este caráter irrestrito da Primeira Emenda e, desde há muito, tem-se verificado e aceitado a necessidade de estabelecer algumas limitações excepcionais ao exercício deste direito sob o argumento de que, sem elas, a vida social dos americanos poderia ser inviabilizada. Apesar da ampla jurisprudência, até hoje a Suprema Corte americana não conseguiu definir com clareza a linha tênue que, no exercício da liberdade de expressão, separa os temas que gozam de tutela constitucional extremamente reforçada dos que recebem uma proteção menos efetiva. Esta separação se dá de acordo com a valoração das expressões, havendo expressões mais valiosas que contam com proteção absoluta, expressões menos valiosas que recebem uma proteção constitucional menos intensa e expressões que, por figurar no centro da proteção constitucional, não podem ser reguladas, exceto em caso de produção de perigo iminente de mal grave e substancial<sup>82</sup>. A exigência de justificativas razoáveis e coerentes para a regulação da liberdade de expressão acompanha a variação de valor das expressões.

Estas variações tecem um sistema de proteção à liberdade de expressão extremamente complexo, com importantes distinções entre as formas de regulação estatal da liberdade de expressão: atualmente, temas como a “obscenidade”<sup>83</sup> são considerados fora do alcance da Primeira Emenda, já temas como propaganda comercial, ainda que recebam alguma proteção constitucional, podem sofrer intervenção governamental nos casos que

---

<sup>82</sup> HAUPT, Claudia E. Regulating Hate Speech – Damned If You Do And Damned If You Don’t: Lessons Learned From Comparing The German And U.S. Approaches. 2005: Boston University International Law Journal, Vol. 23(299), pp. 299-335, p. 317

<sup>83</sup> A discussão sobre a tutela constitucional da “obscenidade” bem como sobre a definição mais adequada para a categoria é bastante intensa, principalmente por seu conceito atual datar de 1973, estabelecido no caso Miller vs. Califórnia (413 U.S. 15 (1973)). De todo modo, ainda que a definição estabeleça critérios específicos para sua identificação - expressões que apelem, simultaneamente, “a interesses lascivos, sejam “patentemente ofensivas” e “desprovidas de valor social” (donde se exclui a arte, a ciência e a política), a publicação de pornografia não tem sido efetivamente censurada.

envolvem publicidade enganosa<sup>84</sup> ao passo que expressões de natureza política mantêm-se no centro da proteção constitucional e por isso contam com tutela extremamente reforçada. Por conseguinte, as limitações ao teor do discurso sofrem um controle muito rigoroso<sup>85</sup> enquanto que restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, desde que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, são mais facilmente aceitas.

Dentre os julgamentos mais célebres envolvendo discurso de ódio está o caso *Beauharnais vs. Illinois*<sup>86</sup>, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1952. Nele, discutia-se a condenação de Joseph Beauharnais que, desrepeitando uma lei estadual que proibia a publicação e exibição de publicação que imputasse crimes a grupos identificados por raça, cor, credo ou religião, em qualquer espaço público, e que expusesse os integrantes destes grupos a desprezo ou escárnio e ou que pudesse implicar em quebra da paz e tumultos, manifestou-se publicamente através da distribuição de panfletos em Chicago que conclamavam as autoridades públicas municipais a impedir “a invasão de bairros brancos pelos niggers” (termo utilizado para referir-se de forma depreciativa a afro-descendentes) e a impedir miscigenação racial, associando os negros a agressões, estupros, roubos, facas, armas de fogo e maconha. A condenação baseada na lei estadual foi mantida pela Suprema Corte que, a despeito de não fazer menção ao direito de igualdade ou da necessidade de proteção da minoria ofendida, considerou que, apesar da garantia da liberdade de expressão, a difamação individual e a difamação coletiva podem ser sancionadas da mesma forma. Este julgado validou a ideia de difamação coletiva (group libel) ao reconhecer que a dignidade, as oportunidades educacionais e de trabalho das pessoas dependem tanto da reputação do grupo religioso ou racial a qual pertencem como dos seus próprios méritos.

Esta decisão, contudo, foi revertida poucos anos mais tarde, em 1969, no julgamento do caso *Brandenburg vs. Ohio*<sup>87</sup> quando a Suprema Corte reformou a decisão que havia

---

<sup>84</sup> SILVA, Júlio César Casarin Barroso. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO. Rev. Direito GV, São Paulo, v. 11, n. 1, pp. 37-63, junho de 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>. Acesso em 18 out 2018.

<sup>85</sup> SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do 'Hate Speech'. Revista de Direito do Estado (RDE). Rio de Janeiro, ano 1, no. 4, out./dez. 2006, pp. 53-106. p.59

<sup>86</sup> *Beauharnais v. Illinois*, 343 U. S. 250 (1952).

<sup>87</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

condenado criminalmente um líder da Ku Klux Klan em Ohio, por apologia ao crime, ao considerar que a lei estadual estava a proibir a defesa de ideias, o que seria inconstitucional por violar a liberdade de expressão. Num evento organizado pela entidade, Brandenburg proferiu um discurso racista e antisemita afirmando que os judeus deveriam ser devolvidos para Israel e os crioulos (nigger) para a África e que a Ku Klux Klan poderia tentar se vingar do Presidente, do Congresso e da Suprema Corte caso continuassem a prejudicar a raça caucasiana. No episódio, transmitido em partes pela televisão, pessoas encapuzadas queimavam cruzes (a queima de cruzes é o símbolo da Ku Klux Klan) e proferiam palavras de ordem contra negros e judeus. No julgamento deste caso, após estabelecer os limites entre a defesa de ideias e da incitação à prática de atos violentos, a Corte considerou que a primeira encontra abrigo na garantia constitucional da liberdade de expressão, diferente da última que não tem tutela constitucional. Além disso, afirmou que manifestações em defesa da violação da lei ou mesmo do uso da força estão protegidas pelas garantias constitucionais da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa e não podem ser proibidas pelo Estado, a menos que seja comprovado claramente a emergência de uma ação ilícita.

Noutro caso emblemático, o município de Skokie<sup>88</sup>, no subúrbio de Chicago, onde praticamente metade da população tinha origem judaica e que abrigava de 7.000 a 8.000 sobreviventes dos campos de concentração nazista, tentou impedir uma passeata anunciada pelo Partido Nacional-Socialista da América, onde neonazistas marchariam pela cidade portando suásticas e outros símbolos de ódio. Apesar da mobilização política das autoridades locais e de normas que criavam uma série de obstáculos ao evento, todas consideradas inconstitucionais pelo Sétimo Circuito da Justiça Federal estadunidense em respeito ao direito à liberdade de expressão, em decisão cujo mérito não chegou a ser analisado pela Suprema Corte, a marcha foi autorizada. Por decisão dos organizadores a passeata acabou sendo transferida para a cidade de Chicago, onde os neonazistas marcharam sob proteção policial<sup>89</sup>.

A análise da evolução jurisprudencial norte-americana nos mostra que, em relação ao discurso político, o Estado adota uma postura totalmente neutra em relação a

---

<sup>88</sup> Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America, 373 N.E.2d 21 (1978)

<sup>89</sup> LEWIS, Anthony. Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment. Nova Iorque: Basic Books, 2007, p. 159-160.

pluralidade de ideias presentes na sociedade e defende da mesma forma todas as manifestações políticas, independente de seu conteúdo - sejam elas liberais ou comunistas, em favor dos direitos humanos e da igualdade ou da difusão de idéias racistas e hediondas, como as defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan – pois todas elas encontram abrigo na Primeira Emenda.

A única exceção a esse preceito se dá em relação à incitação a violência real e direta e aos discursos capazes de produzir perigo iminente e danos efetivos, manifestações que, por seu conteúdo, podem provocar uma imediata reação violenta do receptor. No caso *Chaplinsky v. State of New Hampshire*<sup>90</sup>, a Suprema Corte americana elaborou uma estreita definição para expressões que, por seu baixo apelo deliberativo, reduzem-se a meros insultos, a meros convites a violência física e, por isso, inviabilizam a troca de ideias. A restrição à liberdade de expressão das chamadas *fighting words* foi autorizada como meio de garantia da ordem e da paz pública, ainda que a Corte – ao considerar que as *fighting words* não representam a supressão de ideias<sup>91</sup> - não tenha feito referência à necessidade de proteger o direito das vítimas.

Mesmo a doutrina das *fighting words* foi colocada em causa pela Suprema Corte norte-americana, em 1992, no caso *R.A.V. vs. City of St. Paul*<sup>92</sup>. Um grupo de jovens, preso por invadir o quintal de uma família de negros e atear fogo a uma cruz foi condenado com base em lei estadual que criminaliza o uso de símbolos, objetos, palavras, sinais ou grafites que se saiba ou se tenha base razoável para saber que causem ódio, medo ou ressentimento em outras pessoas devido a sua raça, cor, credo ou gênero. A condenação por crime motivado por preconceito se deveu ao fato de, nos Estados Unidos, a queima de cruces ser utilizada por grupos racistas, em geral, ligados à Ku Klux Klan, defensores da segregação racial e da supremacia branca como forma de ameaça e ou advertência - ainda que disfaçada de manifestação política - a negros e a membros de outros grupos minoritários que não aceitam as regras de separação racial impostas por estes grupos segregacionistas. A Suprema Corte do Estado de Minnesota reconheceu a constitucionalidade da referida lei que considerava a queima de cruces um símbolo de ódio e violência, baseado em ideias de supremacia racial e, a partir de interpretação

---

<sup>90</sup> *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942)

<sup>91</sup> GARD, 1980, p. 536-537

<sup>92</sup> *R.A.V. vs St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)

restritiva, entendeu que a lei não proibia a queima de cruzes em si, e sim a queima de cruzes com objetivo de disseminar raiva, medo ou ressentimento por meio de viés racial, sexual, religioso ou étnico. A condenação foi mantida com base na doutrina das *fighting words* sob argumentação de que as manifestações de R.A.V estavam fora do âmbito de proteção da Primeira Emenda, por sua capacidade iminente de produzir ações ilegais. A Suprema Corte, contudo, considerou a lei inconstitucional e invalidou a condenação.

Nesta decisão a Corte reconheceu a possibilidade de criminalização do uso de *fighting words* desde que de forma imparcial, em atenção ao dever de neutralidade do Estado em relação aos diversos pontos de vista existentes na sociedade, uma vez que não cabe ao governo regular a favorabilidade ou a hostilidade dos discursos e das concepções sociais, independente se majoritariamente aceitas ou repudiadas. Contudo, afirmou que no caso R.A.V. vs. City of St. Paul apenas manifestações de intolerância religiosa, racial ou de gênero foram visadas e atingidas, ao passo que *fighting words* que não envolvem questões religiosas, raciais, de credo, cor ou gênero - questões que tratem da filiação partidária de alguém, por exemplo – poderiam ser usadas por defensores da tolerância e da igualdade racial, religiosa e de gênero, mas não por seus opositores. Desta forma, a legislação foi considerada inconstitucional por impor proibições especiais apenas sobre oradores que expressam opiniões sobre temas ofensivos e ou proferem discursos violentos contra determinados grupos e por criminalizar *fighting words* motivadas por alguns preconceitos, mas não por outros<sup>93</sup>.

Ainda sobre a queima de cruzes, no caso *Virginia vs. Black et al*<sup>94</sup> três homens foram condenados por queimar uma cruz em frente à casa de um negro na Virgínia, onde uma lei estadual criminaliza genericamente a queima de cruzes com a intenção de intimidar (por qualquer razão) uma pessoa ou grupo de pessoas. A Suprema Corte Estadual, valendo-se do precedente do caso R.A.V. considerou a lei inconstitucional por ofensa à liberdade de expressão e anulou as condenações. A Corte Suprema americana, a despeito de reconhecer a possibilidade de proibição dos atos de queima de cruzes com intenção de intimidar, reformou a decisão do Tribunal da Virgínia ao considerar inconstitucional a presunção de propósito intimidatório contida na lei estadual. Este

---

<sup>93</sup> HAUPT, 2005, p.319

<sup>94</sup> *Virginia vs Black*, 538 U.S. 343 (2003)

Julgamento diferenciou-se do caso *R.A.V vs. City of Saint Paul* ao afirmar que a queima de cruzeiros nem sempre tem a intenção de intimidar e que, nestes casos, pode ser considerada como manifestação legítima da liberdade de expressão ao passo que, caso no caso *R.A.V*, a proibição limitou-se aos atos discriminatórios dirigidos contra determinados grupos identificados por características religiosas, raciais, de credo ou cor<sup>95</sup>.

Conforme depreende-se da análise da evolução jurisprudencial norte-americana, a proteção quase que absoluta da liberdade de expressão, em detrimento de outros princípios como o da igualdade, especialmente a racial, e do combate ao preconceito objetiva a proteção i) dos cidadãos frente ao Estado; ii) de opiniões contrárias aos interesses do Governo; iii) absoluta de todos os tipos de discurso e iv) dos discursos das minorias<sup>96</sup>.

A garantia constitucional da liberdade de expressão entendida como o direito do cidadão não ser molestado de maneira nenhuma pelo Estado por suas opiniões remonta à fundação dos Estados Unidos onde, após sofrer com o poder arbitrário da Inglaterra, os americanos passaram a se preocupar com a possibilidade de um novo governo despótico e a buscar proteger seus concidadãos frente ao Poder Político. Mais tarde, com a solidificação da democracia nos Estados Unidos para além da garantia de emitir opiniões contrárias ao Governo passou-se a temer a instalação de uma “ditadura da maioria”, onde não se pudesse defender ideias pouco populares ou não aprovadas pelos grupos hegemônicos, e a compreender a liberdade de expressão como forma de oposição arbitrária de discursos, ideologias ou doutrinas majoritárias.

A proteção absoluta de todos os tipos de discursos também estaria baseada na ideia de que haveria um consenso social generalizado a respeito de alguns valores essenciais que já não justificaria as restrições aos emissores de discurso de ódio. E também de que as intervenções ou restrições à liberdade de expressão estariam sujeitos a contribuir mais negativamente que positivamente para o desenvolvimento social e democrático do país.

---

<sup>95</sup> HAUPT, 2005, p.320

<sup>96</sup> ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudência constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional*. Año XI. Nº11. 2003, pp. 153-198, p. 161-163

No final da década de 80, o caráter absoluto da liberdade de expressão passou a ser fortemente questionado por um grupo de acadêmicos e ativistas ligados aos movimentos feministas, negro e LGBT<sup>97</sup>. Dentre as principais teorias desenvolvidas, o movimento da Critical Race Theory<sup>98</sup> ("teoria racial crítica") criticava radicalmente os fundamentos da ordem jurídica liberal, a teoria da igualdade, a neutralidade do Estado em seus princípios do direito constitucional e defendia a proteção dos discursos das minorias contra os discursos majoritários. Este grupo de ativistas e acadêmicos critica a permissibilidade com que tais expressões são tratadas pelo sistema constitucional, por entendê-las como um instrumento de corrosão da liberdade, da igualdade política, passíveis de causar sérios danos, inclusive, ameaçando a integridade física de determinados grupos sociais e, embora reconheça a proteção aos discursos políticos como significado central da Primeira Emenda no modelo americano de liberdade de expressão e a dimensão igualitária da garantia da proteção constitucional a todas as expressões políticas, independentemente de avaliações de mérito sobre o teor do discurso, entende que os grupos com convicções declaradamente racistas ameaçam a igualdade política.

A avaliação de como o discurso de ódio foi tratado na jurisprudência americana também pode ser feita a partir das principais justificativas filosóficas para a liberdade de expressão. A análise das variações da legitimidade atribuída à liberdade de expressão pela justificativa da busca da verdade, pela justificativa do mercado livre de ideias e a pela justificativa da sociedade ordenada é importante para a compreensão do tratamento constitucional do discurso de ódio, seja em sua limitação ou proteção<sup>99</sup>.

De acordo com John Stuart Mill<sup>100</sup>, a liberdade de expressão deve ser assegurada sem restrições – ou, no limite, com mínimas ressalvas – pois só o debate de ideias livre da ameaça de restrição do Estado poderia conduzir à verdade. Nesta linha de pensamento,

---

<sup>97</sup> DE PABLO SERRANO, TAPIA BALLESTEROS, 2017, p. 6

<sup>98</sup> MATSUDA, LAWRENCE III, DELGADO e CREENSHAW, 2018, p. 1-16

<sup>99</sup> POST, Robert. Hate Speech. in: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (ed.). Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 123 e ss.

<sup>100</sup> MILL, 1991, p. 43e ss

duas justificativas interconectam-se: a busca da verdade e a concepção de um “livre mercado de ideias”(marketplace of ideias).

Baseado na concepção de não há uma verdade absoluta, o autor defende a manifestação de qualquer ideia, sem qualquer tipo de ingerência do Estado na eleição de quais opiniões devem ou não ser conhecidas pelo público pois, de acordo com essa perspectiva, todas as ideias, independente se verdadeiras ou falsas, podem contribuir para o debate. Mesmo as ideias tomadas, a priori, como falsas devem poder ser apresentadas ao público em debates que garantam a igualdade de participação e a pluralidade de opiniões de modo que possam ser conhecidas e validadas (ou não) pela audiência. Essa justificação denota uma clara desconfiança para com o Estado na escolha de ideologias que devam ser adotadas ou abandonadas pela sociedade, reforçando o sentido neutralidade do Estado projetado pela Primeira Emenda. Além disso, visando a proteção da liberdade dos cidadãos<sup>101</sup> para que possam escolher dentre as várias formas de ser e de se perceber no mundo, deixa a critério da sociedade a missão de validar ou invalidar os discursos e de refutar as ideias falsas e assim solucionar os efeitos negativos da produção e da propagação desses discursos.

Do conceito original de que as restrições à liberdade de expressão impedem que a sociedade consiga conhecer a verdade sobre os fatos decorre uma forma mais atual do argumento: o marketplace of ideias (“livre mercado de ideias”), ambiente para o debate livre dos diferentes pontos de vista presentes na sociedade, onde todas as opiniões, a exceção de manifestações de fighting words, possam ser publicamente sustentadas, de maneira que através da expressão e da competição entre todas as opiniões, as melhores ideias possam prevalecer.

Desde Mill houve grande evolução quanto à discussão do tema, sendo Dworkin e Rawls os autores que mais contribuíram para o debate. Para o primeiro, não cabe ao Estado aderir a nenhuma posição ética, devendo garantir liberdade de expressão mesmo a discursos radicais, sob pena de ameaçar não só a neutralidade do Estado como também a ideia de direitos fundamentais. Sendo a liberdade de expressão de expressão um

---

<sup>101</sup> MILL, *Op. cit.*, p. 12 e ss

direito fundamental decorrente de um princípio<sup>102</sup>, o Estado não pode exercer qualquer influência sobre a definição do que é verdade ou não, devendo apenas reconhecer o direito de seus cidadãos à independência ética, assegurando que todos os cidadãos possam expressar suas opiniões, sem que nenhum seja obrigado a aceitar posições majoritárias ou a calar idéias dissidentes<sup>103</sup>. Rawls, no entanto, refuta a justificativa apresentada por Mill afirmando que a concepção de busca da verdade mostra-se falha ao não ser capaz de restringir o direito a expressão de ideias notadamente falsas ou mentirosas como, por exemplo, a negação do Holocausto e reforça a ideia central de que a liberdade de expressão sustenta-se na necessidade de neutralidade do Estado e de tolerância com o intolerante<sup>104</sup>. De acordo com o autor, liberdade (quase) absoluta de expressão deve ser assegurada por uma sociedade bem ordenada em que todos os cidadãos aceitam os mesmos princípios de liberdade, dignidade, justiça e igualdade e confiam que - todos - os demais membros da sociedade aceitam esses mesmos fundamentos básicos<sup>105</sup>.

O conceito de sociedade bem ordenada apresentado por Rawls funda-se na concepção de uma sociedade comprometida com os princípios de justiça e dignidade, onde todos os seus membros são vistos e tratados como iguais que participam e cooperam conjuntamente para a construção de uma cultura pública democrática<sup>106</sup>. Ademais, a ideia de sociedade bem ordenada ancora-se na concepção do bem comum, entendido como o objetivo comum a todos os integrantes da sociedade a partir de uma percepção coletiva do que é justo, é o próprio conceito de sociedade bem ordenada.

Por fim, de acordo com Rawls o debate livre e racional de ideias na sociedade ordenada, seria capaz de reduzir a intolerância ao possibilitar que os grupos menos

---

<sup>102</sup> DWORKIN, Ronald. Foreword. in: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. VII.

<sup>103</sup> DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. in: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 342.

<sup>104</sup> RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, T ed., México, FCE, 1995, p. 207-210

<sup>105</sup> RAWLS, John, *O Liberalismo Político*, Tradução Dinah de Abreu Azevedo, 2ª edição, Editora Ática, São Paulo, 2000, p. 126-131

<sup>106</sup> WALDRON, 2012, p. 65

tolerantes (a quem, inclusive, foi dado o direito de exercer sua intolerância) vivam em uma sociedade tolerante até o ponto de se deixarem influenciar pela atmosfera social de tolerância.

## 2. Alemanha

De acordo com a Constituição alemã, a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais importantes, sendo a dignidade da pessoa humana o princípio que ocupa posição de superioridade naquele ordenamento jurídico. Deste modo, com alguma frequência, os tribunais alemães tem tido de enfrentar casos através da ponderação da proteção da liberdade de expressão com outros bens jurídicos, em especial com os direitos da personalidade<sup>107</sup>.

O art. 5º da Constituição alemã, também chamada de Lei Fundamental, garante que todos tem o direito de expressar e disseminar livremente suas opiniões, bem como de se informar sem restrições a partir de todas as fontes acessíveis, veda a censura e assegura a liberdade da imprensa, da arte, da ciência, da pesquisa e do ensino<sup>108</sup>. O alcance completo dessas garantias na ordem constitucional alemã abre-se em duas dimensões: uma dimensão subjetiva, que assegura tanto o direito de defesa como o de cooperação política; e uma dimensão objetiva, elemento constitutivo da ordem democrática, que garante a realização e a participação em debates amplos, livres e plurais que possam fornecer informações confiáveis para a formação de uma opinião pública bem informada<sup>109</sup>.

De acordo com a tradição alemã, a liberdade de expressão, é em parte um direito negativo - isto é, um direito contra o Estado - e, em parte, um direito positivo. Diferente da jurisprudência americana que concebe direito negativo em relação ao Estado, o entendimento da Corte Constitucional alemã é no sentido de que o Poder Público tem o dever de agir positivamente, promovendo a liberdade de expressão e garantir o acesso irrestrito a todos os tipos de informação e pontos de vista, inclusive, caso faça-se necessário, por meio da edição de leis que corrijam o mercado e assegurem a

---

<sup>107</sup> ROSENFELD, 2003, p. 179

<sup>108</sup> BRUGGER, 2002, p. 4

<sup>109</sup> Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.302-305

multiplicidade de ideias nos meios de comunicação. Além disso, por força de sua dimensão objetiva, a liberdade de expressão exige um equilíbrio de direitos e obrigações em relação, tanto ao Estado, quanto aos cidadãos<sup>110</sup>.

A liberdade de expressão na Alemanha é justificada a partir de seu compromisso constitucional com a "democracia militante", conceito que refere-se a idéia de que a democracia deverá ser defendida pelo Estado contra os seus inimigos, aqueles que não aceitam as regras do jogo democrático e tentam subvertê-las<sup>111</sup>. Disto resulta a firme posição do Tribunal Constitucional alemão na proibição de discursos incompatíveis com a sociedade democrática, incluindo o discurso do ódio que defende a negação de direitos democráticos ou constitucionais.

A concepção de democracia militante também é adotada na jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos<sup>112</sup> no sentido de que a restrição a expressões manifestadamente antidemocráticas não representa uma violação as bases fundamentais da democracia mas, ao revés, a protege do risco de que seus adversários, valendo-se de um dos preceitos mais caros a democracia, utilizem a liberdade de expressão para chegar ao poder e depois abolí-la.

Sem dúvida, a adoção de certos valores pela lei alemã, como a primazia pela dignidade humana e o compromisso permanente com a democracia militante, que legitimam a restrição do discurso com base em seu conteúdo – o que, como vimos, não é aceito no âmbito da jurisprudência da liberdade de expressão americana - se origina no comprometimento daquela sociedade de repudiar o passado do país e evitar a todo custo qualquer possível ressurgimento do antissemitismo no futuro. Este contexto, somado a preocupação com a proteção da comunidade judaica, deixou na sociedade alemã uma profunda marca não só no tratamento constitucional do discurso de ódio, mas também, na evolução da doutrina do discurso de ódio, como se pode evidenciar no célebre caso Lüth<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> ROSENFELD, 2003, p. 180

<sup>111</sup> BRUGGER, 2002, p. 6 e 11-19

<sup>112</sup> SARMENTO, 2006, p. 83

<sup>113</sup> ROSENFELD, 2003, p. 181

O caso Lüth envolve uma campanha de boicote nacional a um filme produzido por Veit Harlan, um diretor de cinema que colaborou ativamente com o governo nazista na produção de propaganda nazista e de uma série de filmes ofensivos e antisemitas - dentre os quais se destaca o filme *Jud Süß*, considerado como uma das mais abjetas representações dos judeus no cinema - e que, após a guerra, tentou voltar ao mundo do cinema como um grande diretor. Os produtores e os distribuidores do filme buscaram uma liminar contra o boicote organizado por Erich Lüth, jornalista alemão e ex-combatente na Segunda Guerra, alegando violação ao Código Civil através da prática de atos contra os bons costumes.

Lüth foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo a omitir-se de novas declarações sob pena de cobrança de multa e até mesmo de prisão. O jornalista recorreu ao Tribunal Constitucional alegando que o Tribunal estadual havia negado seus direitos a liberdade de expressão. A Corte alemã reformou a decisão da justiça ordinária através de um juízo de ponderação de bens que estabeleceu que todo ordenamento jurídico deve ser interpretado de acordo com a Constituição e que definiu a dimensão objetiva dos direitos fundamentais no sentido de obrigar o seu cumprimento nas relações entre particulares e não apenas nas relações entre particulares e Estado.

A legislação constitucional e infraconstitucional alemã conta com vários dispositivos de lei que regulam o discurso de ódio e abrange a proibição da criação de associações dirigidas contra a ordem constitucional ou contra a ideia de entendimento entre os povos, a possibilidade de decretação, pela Corte Constitucional, para quem abusar das liberdades constitucionais no sentido de combater a ordem constitucional liberal e democrática e a proibição de partidos políticos que, declaradamente, ameaçam e afrontam a ordem constitucional liberal e democrática alemã. O direito infraconstitucional, especificamente, contempla uma série de instrumentos para combater e punir a prática do hate speech. Winfried Brugger listou alguns deles: a criminalização, pelo Código Penal alemão, da incitação ao ódio, insulto ou ataque à dignidade humana de partes da população ou de grupos identificados pela nacionalidade, raça, etnia ou religião; a penalização da participação em organizações neonazistas e da exibição de símbolos, bandeiras, uniformes e saudações nazistas; a proibição, pela legislação administrativa, de reuniões ou manifestações em que seja praticado o hate speech, com possibilidade de dissolução imediata pelas autoridades públicas; a colocação dos livros e publicações que incitem ao ódio racial em lista

própria, impossibilitando sua propaganda e aquisição por crianças e adolescentes; a proibição de programas de rádio e televisão que promovam a discriminação, incitem ao ódio, difamem ou ridicularizem grupos raciais, religiosos, étnicos ou nacionais e a reparação de danos morais pelo Direito Civil<sup>114</sup>.

No julgamento do caso *Auschwitz Lie*, ou *Irving*<sup>115</sup>, um dos casos mais discutidos na Alemanha, em 1994, a Corte entendeu que a negação ao Holocausto não está protegida pela liberdade de expressão e declarou constitucional o ato da administração pública da Baviera que proibira a realização de um congresso promovido por uma organização de extrema direita que contaria com a participação de David Irving, um conhecido historiador revisionista, que sustentava a tese de que o Holocausto não teria acontecido, que se tratava de mera invenção da comunidade judaica. As autoridades administrativas condicionaram a autorização a realização da conferência a garantia, por parte do grupo de extrema direita, que não haveria manifestações que pudessem negar ou colocar em cheque o extermínio de judeus durante o Terceiro Reich sob pena de, ainda assim, a conferência ser interrompida a qualquer momento ou ter seu fim decretado.

Os organizadores alegaram que as condições impostas pelas autoridades locais violavam seus direitos a liberdade de expressão. O Tribunal estadual, em decisão que foi acolhida pela Corte, ratificou as restrições ao afirmar que a negação ao Holocausto não se trata de uma manifestação de opinião mas de afirmação inverídica de um fato que em nada contribui para a formação da opinião pública. No julgamento, o Tribunal destacou que o Holocausto se converteu num elemento constitutivo da identidade dos judeus, que passou a ser refletida na relação destes cidadãos com a sociedade alemã e que sua negação implicaria em continuar a discriminação contra a comunidade judaica. No mesmo ano de 1994, o Tribunal Constitucional enfrentou o caso *Tucholsky I* onde se discutia a condenação por insulto a um grupo determinado da população - neste caso, os integrantes das Forças Armadas – que tratou da exibição, por um professor de Ciências Sociais, um pacifista que se opunha a participação da Alemanha na Guerra do Golfo de 1991, de um adesivo no parachoque de um automóvel com os dizeres “os

---

<sup>114</sup> BRUGGER, Winfried, 2002, p. 11-19

<sup>115</sup> GRIMM, Dieter. The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany in: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 559-560.

soldados são assassinos<sup>116</sup>”. Ao interpretar literalmente a mensagem do adesivo, o Tribunal inferior considerou-a um ataque a dignidade de todos os soldados, classificando-a como uma incitação difamatória ao ódio e condenou o professor a uma pena de multa por incitação ao ódio contra um grupo determinado da população. Em seu julgamento, o Tribunal Constitucional afirmou que o adesivo não deveria ser interpretado literalmente pois se tratava da expressão de uma opinião e por isso estava protegida constitucionalmente pela liberdade de expressão. A Corte ponderou ainda que o adesivo havia sido exibido junto com uma fotografia da Guerra Civil Espanhola, onde se via um soldado baleado, acompanhado da palavra “porque?” e interpretou a mensagem do adesivo no sentido de que atribuía aos soldados, na mesma medida, tanto o papel de assassinos como de vítimas e como um rechaço ao militarismo perguntando porque a sociedade obriga os soldados – que são membros da sociedade como qualquer pessoa – a converterem-se em potenciais assassinos ou a expor-se a tornarem-se vítimas de assassinato<sup>117</sup>.

Em 1995, o Tribunal voltou a este tema ao ser instado a revisar a condenação criminal por injúria de quatro réus que, em casos diferentes, utilizaram-se das expressões “os soldados são assassinos” ou “os soldados são assassinos em potencial”. No caso *Tucholsky II*, a Corte anulou a condenação afirmando que as manifestações não violavam a liberdade de expressão pois apenas continham críticas a guerra e as Forças Armadas e não acusações de homicídio dirigidas contra todos os militares. O Tribunal Constitucional observou ainda que os ataques em questão não estavam dirigidos a nenhum soldado em particular mas a todos os soldados como agentes do governo e reiterou que as declarações equivaliam a expressões de opinião protegidas constitucionalmente e não a difusão de fatos falsos.

---

<sup>116</sup> A referida frase é bastante conhecida na Alemanha, de autoria do escritor Kurt Tucholsky, um pacifista antinazi.

<sup>117</sup> ROSENFELD, 2003, p. 185

A despeito dos casos *Auschwitz Lie* e *Tucholsky* tratarem de opiniões ofensivas e radicais sobre um grupo de pessoas e de terem sido decididos no intervalo de um ano, a Corte atribuiu limites diferentes a liberdade de expressão em cada um dos casos. No primeiro caso, o Tribunal entendeu que as ideias revisionistas de Irvin não podiam ser protegidas pelo direito a liberdade de expressão por tratar-se de afirmações sobre fatos e não sobre opiniões e, nesse caso, flagrantemente destituídas de apoio fático, além de constituírem uma ofensa a toda sociedade alemã. Em relação ao caso *Tucholsky II*, o Tribunal entendeu que, ainda que se reconheça que as instituições públicas e os grupos sociais merecem proteção de ataques que podem macular sua aceitação social, o direito de expressar opiniões políticas - incluídas as opiniões injuriosas sobre as instituições públicas e sobre qualquer grupo social - teria mais peso que a necessidade de proteção das instituições ou grupos afetados.

Estas duas decisões evidenciam algumas das dificuldades de delimitar a linha tênue que separa fatos de opiniões e críticas políticas aceitáveis – que são indispensáveis em uma democracia – dos excessos incendiários que ameaçam a viabilidade das instituições públicas. De todo modo, na Alemanha as proibições contra o discurso de ódio estão firmemente definidas, restando apenas espaço para divergência em relação aos limites constitucionais nos casos que não envolvem antissemitismo e negação ao Holocausto<sup>118</sup>.

No caso *Titanic*, julgado em 1998, a Corte Alemã teve de ponderar entre a liberdade de expressão da revista satírica *The Titanic* que tinha publicado uma foto de um militar paraplégico com a legenda “assassino nato”. A revista foi condenada por danos morais pela publicação da sátira em referência a uma manifestação pública do oficial da reserva de que poderia e gostaria de permanecer no Exército mesmo depois de ter perdido todos os movimentos num acidente de automóvel. O militar encaminhou uma carta de protesto à revista que respondeu publicamente, numa de suas edições, classificando como “obsceno” o desejo de um aleijado retornar ao Exército alemão cujo objetivo é o de aleijar e matar pessoas<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 137-141

<sup>119</sup> SARMENTO, Daniel, 2006, p. 77

Em sua decisão, a Corte considerou a sátira como uma crítica pacifista contra o militarismo coberta pelo direito à liberdade de expressão e negou a condenação em relação a primeira publicação considerando que, numa ponderação, a liberdade de expressão prevalecia em relação aos direitos da personalidade envolvidos. Entretanto, em relação a segunda publicação, a partir do entendimento que o uso do termo 'aleijado' fora realizado para humilhar o militar e, portanto, feria os direitos da personalidade que, nesse caso, tem um valor superior as liberdades comunicativas, a condenação foi mantida<sup>120</sup>.

Através da ponderação, a jurisprudência e mesmo a doutrina alemã não descuidou da proteção à liberdade de expressão, restringindo o discurso de ódio, especialmente no que se refere às questões de interesse público. Evidencia-se ainda uma maior proteção aos direitos da personalidade dos grupos minoritários - como os judeus ou os deficientes físicos - em relação ao direito à liberdade de expressão e que, na Alemanha, a ponderação entre liberdade de expressão e outros interesses baseia-se tanto em sua ordem constitucional quanto em cultura jurídica e humanitária ainda marcada pelo trauma do Holocausto, não transaciona com ataques a dignidade humana e tem muito presente os efeitos históricos provocados pelo excesso de tolerância com os intolerantes.

#### **IV. Razões da inadmissibilidade e fundamentos da incriminação do discurso do ódio nas sociedades democráticas**

Nas sociedades democráticas, a garantia da existência e da possibilidade de formação de uma opinião pública livre é uma condição prévia e necessária para o exercício dos demais direitos inerentes ao funcionamento do sistema democrático, o que converte, por sua vez, a liberdade de expressão num dos pilares de uma sociedade livre e democrática. Contudo, sendo a liberdade de expressão válida não apenas para informações e ideias favoráveis ou consideradas inofensivas e indiferentes, mas também para aquelas que colidem, discordam e perturbam o Estado ou qualquer parte da população, as manifestações de discurso do ódio - justamente porque se enquadram no âmbito do

---

<sup>120</sup> ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation in: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 03, 2005, Issue 4, pp. 572-581, p. 576-577. Disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/moi040> Acesso em 07 jun 2018

discurso de relevância pública e, por conseguinte, no cerne do que deve ser protegido pelo direito fundamental - tem se tornado um problema central na discussão sobre os limites do legítimo exercício do direito fundamental a liberdade de expressão.

A posição preferencial do fundamento da liberdade de expressão no ordenamento jurídico das sociedades democráticas decorre de sua íntima conexão com o próprio sistema democrático. A liberdade ideológica indissolivelmente ligada ao pluralismo político e social, defendida constitucionalmente como valor essencial, exige amplitude máxima no exercício de idéias coincidentes com a Constituição e com as normas infraconstitucionais e também com aquelas que se opõe aos valores consagrados, excluindo a violência mas permitindo sua livre exposição, nos termos impostos por uma democracia avançada<sup>121</sup>.

O campo da garantia constitucional à liberdade de expressão – virtualmente - não tem limites, protegendo mesmo aqueles que a negam, que parecem errados ou perigosos e que, através do exercício de seu direito de manifestação podem, inclusive, atacar o próprio sistema democrático. O limite à liberdade de expressão geralmente aceito refere-se a mensagens que incitam a discriminação e a exclusão - quando não a agressão ou a eliminação - de certos grupos sociais em razão de sua origem étnico-cultural, religiosa, nacional, de gênero ou orientação sexual ou de fatores de vulnerabilidade similares. Neste sentido, é imprescindível uma interpretação restritiva das limitações à liberdade ideológica e ao direito de expressá-la, que deve ser feita através de uma discussão aberta e irrestrita e da ponderação de valores entre o princípio da liberdade de expressão e o propósito especial da proteção do discurso do ódio.

A regulação da liberdade de expressão através da tipificação das manifestações de discurso de ódio é particularmente complexa não só devido à dificuldade de delimitar o conteúdo da liberdade de expressão mas também devido a dificuldade de se afirmar com clareza o conteúdo e os limites do que seria proibido<sup>122</sup>. A extensão e a indeterminação das figuras de provocação à discriminação e ódio permite uma interpretação que inclui comportamentos comunicativos protegidos pela liberdade de expressão, como

---

<sup>121</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 9

<sup>122</sup> SCHAUER, Frederick, "Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, 1978. Faculty Publications. Paper 879, pp. 685-732, p. 696 Disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879>. Acesso em 20 set 2018

manifestações de rejeição de certas práticas culturais exclusivas de alguns grupos ou discursos políticos críticos acerca de certos coletivos. Desta forma, considerando que, se não há direitos absolutos, também não há limites absolutos, a questão da garantia constitucional à liberdade de expressão *versus* o uso das liberdades comunicativas como forma de violência não pode ser respondida sem que se trate das particularidades que envolvem o tema.

### **1. Garantia constitucional de liberdade de expressão *versus* uso da liberdade de expressão como forma de violência**

A liberdade de expressão assume posição absolutamente preponderante para a democracia pois somente através dela, ainda que diverjam em relação a valores éticos e morais, a concepções político, ideológicas, culturais ou religiosas, os membros das sociedades democráticas podem formar e expressar suas opiniões e participar plena, ativa e responsabilmente da vida pública. Segundo Dworkin<sup>123</sup>, a democracia deriva diretamente da liberdade positiva, de modo que a liberdade de expressão não é apenas um instrumento para a democracia, mas também parte dela.

Nas sociedades democráticas, a possibilidade de participar de debates de temas relevantes e, através do diálogo, enfrentar discordâncias e divergências, avaliar opiniões diversas e até conflitantes, além da possibilidade de participar da criação das regras que governam a nação, pressupõe a necessidade de que todos disponham das mesmas ferramentas e condições de influência nas tomadas de decisão do poder público. A possibilidade de participar efetiva e igualmente do autogoverno da comunidade<sup>124</sup> evidencia que a igualdade de condições na participação da vida pública é tão importante quanto a liberdade de expressão para buscar, receber e compartilhar informações acerca dos atos e das políticas de governo.

Nesse sentido, o direito subjetivo à liberdade de expressão, baseado no princípio da autonomia política do cidadão, não é só um interesse coletivo inerente à soberania popular, mas um direito fundamental do indivíduo, essencial ao sistema democrático. A liberdade de expressão constitui um pressuposto de legitimidade das normas que

---

<sup>123</sup> DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011, p. 373

<sup>124</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução: Beatriz Sidou, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 110.

regulam nosso âmbito de liberdade e confere um título moral para a coação ao governo. Deste modo, deve-se assegurar aos cidadãos vinculados por uma lei o direito de expressar livremente suas opiniões e de acessar, sem restrições, as informações necessárias para opinar sobre a tomada coletiva de decisões e participar da criação das regras<sup>125</sup>. Em sociedades formadas por cidadãos politicamente autônomos, deve prevalecer o direito a participação em discussões públicas sem restrição de conteúdo impostas pelo Estado dada a necessidade que os membros das sociedades têm de entenderem-se a si mesmos e coletivamente como autores das leis a que se submetem.

Como já dito, o conceito de democracia ultrapassa a mera participação - ainda que efetiva - em eleições livres. Numa democracia justa e real, é preciso que todos os membros da sociedade tenham voz, que todos possam, livremente e em igualdade de condições, expressar suas convicções, ideias, opiniões, medos, gostos ou preconceitos, não apenas na esperança de influenciar outras pessoas, mas também como uma maneira de cada cidadão confirmar sua posição como um agente responsável e não como uma vítima passiva, participando efetivamente dos debates de todos os temas sociais e políticos relevantes<sup>126</sup>.

Nesse sentido, é importante analisar a influência da proteção dada pela liberdade de expressão ao discurso de ódio uma vez que as manifestações discriminatórias implicam em tratamento pejorativo, carregado de menosprezo, e que são utilizadas como ferramentas para propagar a inferioridade dos destinatários deste tipo de discurso, o que cria e ou aprofunda a situação de marginalização de certos grupos sociais e que acabar por negar a igualdade entre todos os membros da sociedade<sup>127</sup>.

Em sede de discurso de ódio, como se depreende do exposto, a igualdade e a liberdade de expressão estão em conflito. A doutrina constitucional da liberdade de expressão se desenvolveu sem considerar adequadamente o problema da desigualdade social, o mandato legal de igualdade jurídica e o valor da igualdade, que é negado pelas manifestações de discurso de ódio<sup>128</sup>. Além disso, a liberdade de expressão cresceu

---

<sup>125</sup> DWORKIN, 2011, p. 372

<sup>126</sup> DWORKIN, *Op. Cit.*, p. 379, 384 e 393

<sup>127</sup> DE PABLO SERRANO, TAPIA BALLESTEROS, 2017, p. 7

<sup>128</sup> MACKINNON, 1993, p. 71-72

como se pudesse se desenvolver fora da igualdade, como se um compromisso com a liberdade de expressão também não implicasse um compromisso com a igualdade e como se o compromisso com a igualdade não afetasse os fundamentos da liberdade de expressão nem impusesse limites aos conteúdos que podem ser permitidos ou devem ser proibidos.

A maior parte dos integrantes das sociedades democráticas não leva em consideração as ideias e as posições das minorias desempoderadas na formação de suas opiniões. A desvalorização das contribuições realizadas pelos destinatários deste tipo de discurso no debate público figura como um dos principais efeitos das manifestações de discurso de ódio em suas vítimas, o que pode ser sentido através do fato de que a maior parte das pessoas não se sensibiliza com aos argumentos de que o discurso de ódio reforça estigmas e condena suas vítimas a marginalização política e social.

Devido à situação histórica de marginalização das minorias sociais, o genótipo do discurso do ódio está intimamente ligado à existência de grupos vulneráveis, de modo que a discriminação acaba por fazer parte do núcleo de significado social dos membros desses grupos<sup>129</sup>. Conforme a análise da jurisprudência alemã nos mostra, a marginalização social do grupo afetado é bastante relevante para a delimitação da liberdade de expressão nos casos de discurso de ódio. No caso *Tucholsky*, o Tribunal Constitucional anulou a condenação do grupo que havia distribuído panfletos que acusavam os soldados alemães de serem assassinos afirmando que o ato não poderia afetar a honra dos destinatários das mensagens por referir-se a um coletivo de referência (“soldados”) genérico ou abstrato ao passo que no caso *Auschwitz Lie*, ou *Irving*, por tratar-se de fato social de significância muito diferente, a negação ao Holocausto judeu foi proibida<sup>130</sup>.

Autores como Simpson<sup>131</sup>, criticam essa concepção ao afirmar que não se pode ignorar o fato de que tais incitações à discriminação contra grupos marginalizados não constituem senão a reprodução de uma realidade, um lembrete simbólico, um reforço da marginalização e da discriminação social presente na sociedade. De acordo com essa

---

<sup>129</sup> ALCÁCER GUIRÃO, 2016, p. 51

<sup>130</sup> BRUGGER, 2002, p. 16

<sup>131</sup> SIMPSON, 2013, p. 722-723

corrente, a redução da confiança no tratamento justo por parte de terceiros provocada pelo discurso do ódio em seus destinatários seria muito mais resultado desse *status quo* prévio do que de ações expressivas concretas que incitam à discriminação pois, em sociedades estáveis e igualitárias manifestações discriminatórias teriam potencial ofensivo muito menor, o que não justificaria a restrição e criminalização dessas condutas. Desta forma, alguns autores afirmam que a igualdade deve ser entendida como um princípio meramente formal, onde todos possam participar e expor suas ideias no discurso público e não como uma concepção substantiva de isonomia que, em seu nome, impõe restrições a alguns tipos de manifestações, como as racistas e discriminatórias, por exemplo<sup>132</sup>.

De acordo, principalmente, com a doutrina e a jurisprudência americana, a liberdade de expressão justifica-se por sua importância para a busca da verdade e pela concepção de que, ainda que as expressões de ódio, intolerância e preconceito possam ser consideradas moralmente erradas, devem receber tutela constitucional para garantir o funcionamento do “mercado de ideias” (marketplace of ideas), o que levaria as sociedades a tomarem as melhores decisões.

A crítica a essa teoria deve concentrar-se na discussão sobre a qualidade dos debates e sobre o acesso ao mercado de ideias. Em tempos em que discursos radicais são capazes de provocar atos violentos como, por exemplo, ataques terroristas não nos parece que “boas ideias” sejam a melhor forma de combater “ideias más”. Ademais, preocupa-mo-nos com a desfiguração do ambiente social promovida por discursos que negam a dignidade e a cidadania de determinados grupos sociais e com os efeitos sociais que os debates de ideias discriminatórias, ofensivas ou que façam apologia à violência real ou simbólica podem causar nos destinatários dessas mensagens<sup>133</sup>.

A tutela constitucional a todos os tipos de debates possibilita a propagação de ideias falsas que podem deturpar a formação de opiniões e, inclusive, a manipulação de posições políticas legítimas em relação a possibilidade de todos participarem dos debates. O mercado de ideias parece favorecer os grupos majoritários que, por seu

---

<sup>132</sup> POST, Robert , Racist Speech, Democracy, and the First Amendment, Faculty Scholarship Series, 1991 Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/208](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/208), pp. 267-327. Acesso em 25 set 2018

<sup>133</sup> WALDRON, 2012, p. 29; 33

acesso aos meios de comunicação, conseguem fazer-se ouvir, e, por conseguinte, alija os grupos minoritários dos debates públicos, silencia os marginalizados e excluídos e impossibilita o desenvolvimento de discussões amplas e racionais, em que as melhores posições poderiam triunfar<sup>134</sup>.

Ainda que concordemos que a melhor opção para a definição das melhores respostas para os problemas sociais e para as questões controversas seja o discurso público livre de qualquer tipo de restrição não nos parece que, diante da divisão social e do pluralismo racial, cultural, religioso e ideológico observado atualmente na maioria dos países ocidentais, isso seja possível. Não nos parece que se consiga uma “situação ideal de discurso” onde seja possível desenvolver debates entre pessoas que se respeitem mutuamente e reconheçam-se reciprocamente como livres e iguais quando as frequentes manifestações de discurso de ódio evidenciam que as pessoas não estão abertas a ouvir, refletir e, quiçá, revisitar opiniões e concepções diversas das suas. Outrossim, não nos parece possível um debate em busca de resultados mais justos e aceitáveis quando a não proibição de ataques, ofensas e discriminações silencia suas vítimas ou as obriga a revidar com a mesma violência<sup>135</sup>.

A garantia constitucional à liberdade de expressão baseia-se na concepção de que o Estado deve manter-se neutro em relação aos diversos pontos de vista existentes acerca do desenvolvimento da vida em sociedade, sem a imposição de padrões de moralidade e civilidade, ainda que predominantemente adotados, de modo que essas concepções possam emergir do debate público livre de restrições estatais. Autores como Post, afirmam que a restrição à liberdade de expressão a manifestações de discurso de ódio compromete a integridade da democracia ao retirar do espaço público os apoiadores dessas idéias<sup>136</sup>. Sunstein enfatiza que o pluralismo e a necessidade da livre troca de ideias são parte essencial das democracias representativas. O controle, a seleção e ou a restrição de discursos, ideias ou doutrinas prejudica a qualidade dos debates públicos dada a importância para as deliberações públicas que os membros da sociedade sejam

---

<sup>134</sup> FISS, 1996, p. 24-25.

<sup>135</sup> SARMENTO, 2006, p. 84.

<sup>136</sup> POST, 2010, p. 123 e ss.

confrontados por opiniões que possam colocar em risco seu esquema de valores<sup>137</sup> e que a opinião pública seja nutrida por vozes dissidentes.

A liberdade de expressão protegida pela Constituição não pode ser restringida pelo fato de ser usada para a disseminação de ideais ou opiniões que se oponham a ela, a menos que essas manifestações prejudiquem direitos constitucionalmente protegidos. De acordo com o modelo de democracia não militante, o Estado pode proibir as manifestações que ponham em risco direitos ou interesses individuais ou coletivos, mas deve ser tolerante em relação às ideias e ideologias intolerantes, em relação a mera expressão de opiniões contrárias à Constituição ou em relação a disseminação de ideias e ideologias<sup>138</sup>.

A despeito de reconhecer a problemática desta concepção, que reside no fato de que a não exigência de regras mínimas de civilidade pode inviabilizar a participação das minorias desempoderadas nos discursos públicos, Alcácer Guirao sustenta que, em uma sociedade heterogênea e plural, composta por diferentes grupos culturais que possuem, de acordo com sua formação cultural, regras próprias de civilidade, a não exigência destas regras retira das interações sociais as expectativas e limitações que circundam a cultura de cada grupo e, a partir disso, pode produzir efeitos positivos: permitir que dessas interações nasça uma importante crítica às tradições e aos valores de cada uma dessas comunidades, o que não seria possível sem o amplo exercício da liberdade de expressão.

Neste sentido, a resposta ao discurso de ódio não pode ser apenas a restrição à liberdade de expressão ou a criminalização de suas manifestações. Conforme esse entendimento, quando a liberdade de expressão está em causa, as sociedades democráticas devem ser minimamente capazes de tolerar um certo grau de desestabilização social e oferecer alternativas civis, administrativas, econômicas e ou de outra natureza, desde que não a via penal, para reprimir o discurso de ódio contra os grupos minoritários. Nestes casos,

---

<sup>137</sup> SUNSTEIN, Cass R., Conformity and Dissent, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 34, 2002, p. 70-75. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Acesso em 27 out 2018.

<sup>138</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2012, p.14 e 29.

a melhor resposta para as manifestações de discurso de ódio seria o debate racional, o livre intercâmbio de ideias e a consciência crítica dos cidadãos.

De acordo com Fiss<sup>139</sup>, para neutralizar socialmente as mensagens odiosas, xenófobas ou discriminatórias é preciso que os destinatários deste tipo de discurso ou quem disponha de possibilidades expressivas de resposta, quem possa acessar os meios de comunicação em condições de igualdade ou, em resumo, quem consiga fazer-se ouvir socialmente seja capaz de proferir um discurso eficaz, que permita que a irracionalidade do extremismo e da intolerância possa ser combatida através do livre intercâmbio de ideias, do diálogo racional, da construção de consciência crítica e de discursos de defesa. Segundo o autor, para combater o discurso de ódio, o Estado deveria tomar uma posição em favor dos grupos que são menosprezados e atacados em sua dignidade pelas manifestações de discurso de ódio e proporcionar as ferramentas necessárias para que eles possam se fazer ouvir.

A metáfora de “distribuir megafones” entre aqueles cujas vozes, de outra forma, não se fariam ouvir no espaço público é utilizada por Fiss no sentido de que é preciso alocar recursos públicos para ampliar a força comunicativa das vítimas de discurso de ódio através de políticas que promovam suas demandas, que incluam suas reivindicações no espaço público e que permitam que, sempre que houver a possibilidade de discutir as falsidades e as falácias difundidas através de manifestações de discurso de ódio por meio de outras formas que não a imposição do silêncio ou o uso de sanções penais (a não ser para os casos de provocação direta e iminente a uma conduta lesiva para a segurança de determinados indivíduos ou grupos) seja possível construir outros tipos de soluções como, por exemplo, medidas educativas e ou discursos de defesa, reservando a restrição da liberdade de expressão apenas para os casos extremos e emergenciais<sup>140</sup>.

O contraponto ao argumento de que o Estado deve silenciar coercitivamente as manifestações de discurso de ódio pelo fato de que a impregnação social das mensagens odiosas são capazes de silenciar ou impossibilitar a participação dos grupos minoritários nos debates públicos baseia-se na afirmação de que a pretensão de substituir o debate racional de ideias pela imposição coercitiva do silêncio denota uma profunda falta de

---

<sup>139</sup> FISS, 1996, p. 4 e 47

<sup>140</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 37

confiança no diálogo social e na capacidade dos membros das sociedades democráticas formarem racionalmente suas próprias convicções, o que termina por minar a autonomia política e moral dos cidadãos que são tratados como menores de idade<sup>141</sup> que precisam ser protegidos contra o risco de assumir ideias contrárias aos valores democráticos ou de adotar falsas crenças a partir de determinados atos praticados no exercício da liberdade de expressão.

Em sentido contrário, é preciso recordar que as manifestações de discurso de ódio criam barreiras à plena participação dos destinatários deste tipo de discurso em muitas atividades inerentes ao convívio social, especialmente, ao debate público de temas políticos e sociais relevantes. Além disso, como o discurso de ódio diminui o senso de dignidade de suas vítimas, é importante considerar que, mesmo quando elas conseguem se expressar suas palavras não tem força, não tem autoridade, é como se elas nada dissessem. Desta forma, a limitação do exercício da liberdade de expressão apresenta-se como forma de diminuir as vozes dos que proferem discurso de ódio para que se possa ouvir as vozes das minorias desempoderadas, sendo o efeito silenciador do discurso de ódio uma das principais justificativas para a restrição das liberdades expressivas<sup>142</sup>.

Os opositores a essas ideias, concentrados principalmente na doutrina e na jurisprudência americana, ainda que reconheçam que esta concepção pode ser sugestiva, não se convencem de que o efeito silenciador do discurso de ódio possa justificar a restrição à liberdade de expressão, ainda mais através de sanções penais. Esses juízes e doutrinadores se opõem a essa ideia quando analisam os efeitos do discurso do ódio nas sociedades democráticas a partir da contraposição de liberdade de expressão (entendida como um valor quase absoluto) e interesses como a igualdade e a dignidade e acabam por colocar a própria liberdade de expressão do outro lado da balança, realizando a ponderação entre liberdade e liberdade<sup>143</sup>. Nesse sentido, citam como exemplo a restrição da pornografia, defendida principalmente por MacKinnon e, mesmo admitindo que se trata de uma prática social que pode menosprezar e por isso ser considerada pejorativa para as mulheres, afirmam que as manifestações expressivas da pornografia

---

<sup>141</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

<sup>142</sup> FISS, 1996, p. 16-18.

<sup>143</sup> ALCACER GUIRAO, 2012, p. 30

não diminuem a capacidade das mulheres de participar nos debates públicos a ponto de justificar sua restrição<sup>144</sup>.

De acordo com essa acepção, para a restrição das liberdades expressivas, seria imprescindível a definição de critérios claros, capazes de determinar objetivamente a limitação liberdade de expressão. Além disso, a proibição penal do discurso de ódio, excetuados os casos de incitação direta a violência iminente, só poderia ser aceita em casos emergenciais, como no caso de uma crise constitucional em que as instituições democráticas não possam funcionar efetivamente ou não possam realizar seus procedimentos para resolver casos específicos ou, ainda, em sociedades em crise estrutural, onde a desigualdade social é tão grande que não permite que alguns grupos sociais exerçam publicamente seu direito à liberdade de expressão em condições de igualdade<sup>145</sup>.

Diferente do que ocorre em sociedades estáveis, onde não existem situações estruturais de desigualdade entre os diferentes grupos sociais e há pleno acesso a instrumentos que oferecem resistência ao discurso de ódio, nas sociedades desestruturadas o discurso de ódio encontra sempre um terreno fértil para o desenvolvimento de comportamentos discriminatórios que atingem e ameaçam os grupos discriminados, causando prejuízos reais, especialmente no que se refere às condições de segurança dos membros desses grupos marginalizadas. Em sociedades com essas características, o exercício da liberdade de expressão dos grupos minoritários não se apresenta como um mecanismo suficientemente capaz de fazer frente ao discurso do ódio, uma vez que falta aos destinatários deste tipo de discurso as condições para gerar discurso de defesa adequado, o que justificaria a limitação à liberdade de expressão ainda que através de um instrumento de ultima ratio, como é a sanção penal.

De acordo com Waldron<sup>146</sup>, aqueles que defendem que devemos ser mais complacentes com o discurso do ódio ignoram e ou não se compadecem com a realidade dos membros dos grupos sociais que são expostos a ambientes sociais onde proliferam esses discursos e com o impacto do efeito cumulativo desses abusos discursivos na vida das pessoas. O

---

<sup>144</sup> POST, 1991, pp. 267-327

<sup>145</sup> RAWLS, John Sobre las libertades, 1996, p. 103 apud ALCACER GUIRAO, 2012, p. 30-31

<sup>146</sup> WALDRON, 2012, p. 31 e 33

efeito silenciador do discurso do ódio, que faz com que suas vítimas se retraiam e até deixem de participar dos debates públicos, causa prejuízos não só aos particulares que são privados do exercício efetivo de sua cidadania mas a toda a comunidade que, ao deixar de ouvir opiniões e pontos de vistas dos grupos minoritários perde a oportunidade de enriquecer e pluralizar não só o debate público mas também e, principalmente, a democracia que só se efetiva através da inclusão no espaço público dos membros dos grupos historicamente marginalizados<sup>147</sup>.

Em relação aos discursos políticos, alguns autores defendem que a liberdade expressiva dos discursos no contexto da deliberação política, seja de um parlamentar eleito pelo povo ou mesmo de um candidato durante a campanha eleitoral, merece especial proteção<sup>148</sup>. Segundo essa corrente, nas sociedades democráticas, a interferência na liberdade de expressão do discurso político deve passar por um controle ainda mais rigoroso, de modo a garantir o livre debate político e assegurar que sua restrição só possa se dar por motivos imperiosos. A valoração da liberdade expressiva da deliberação política deve ser aumentada para que os representantes da sociedade possam defender seus interesses e buscar a efetivação de suas demandas sem a interferência do Estado na agenda de discussão pública, sem a imposição de restrições ao conteúdo do debate ou qualquer tipo de limitação ou coação a ações ou manifestações políticas<sup>149</sup>.

A participação do poder público na definição do conteúdo da deliberação pública só poderá ser considerada legítima se respeitar as regras do jogo do espaço público-político que asseguram que o Estado possa influenciar na formação de opiniões desde que, para isso, não utilize poder político ou os meios coercitivos do Direito para definir ou restringir o conteúdo do discurso, exceto nos casos em que os discursos ultrapassem a barreira da deliberação pública e carreguem consigo efeitos nocivos que possam prejudicar interesses pessoais dignos de proteção<sup>150</sup>. A proteção assegurada pelo direito fundamental à liberdade de expressão ao debate social e político democrático possibilita

---

<sup>147</sup> Fiss, Owen M., *The Supreme Court and the Problem of Hate Speech*, Faculty Scholarship Series. Paper 1323, 1996, pp. 281-29. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1323](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1323) Acesso em 26 set 2018.

<sup>148</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2012, p. 6-7

<sup>149</sup> ALCÁCER GUIRAO, *Op. Cit*, p. 10-11

<sup>150</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid, 1998, p. 452

que os cidadãos recebam todas as informações sobre serviços e assuntos públicos de que precisam para formar livremente suas próprias convicções, debater socialmente sobre os mais diferentes pontos de vista, garantindo assim a manifestação de todos os tipos de ideias e opiniões e a participação ampla e responsável no debate público. Deste modo, opiniões diversas, conflitantes e até mesmo as consideradas extremistas por serem capazes de ameaçar os valores de coexistência assumidos pela maioria da sociedade ou de colocar em risco a segurança de determinados grupos sociais poderiam ser ponderadas.

Em sentido contrário, entendemos que discursos que possam conter ofensas, insultos, violar a dignidade, colocar em risco a segurança e silenciar determinados grupos da população, fazendo com que seja muito difícil que eles consigam se fazer ouvir, se opor ao discurso dissidente e assim contribuir para o debate público não podem ser confundidos com deliberação política. Discursos que contenham manipulações, provocações, promessas que não serão cumpridas ou ainda que possam gerar distorções sobre a realidade social, sobre a probidade de outros políticos ou sobre a cultura e os costumes de um determinado grupo social e desta forma impactar a paz pública<sup>151</sup> e a estabilidade política dos estados democráticos devem ter sua liberdade de expressão restringida.

Os defensores da liberdade de expressão, como vimos especialmente na análise da jurisprudência americana, afirmam que uma sociedade livre não pode permitir restrições a esse direito constitucional. Ainda que reconheçam o ambiente de hostilidade resultante da tolerância às manifestações de discurso de ódio e que as rechacem, defendem sua livre expressão porque acreditam que uma sociedade pode, precisamente, ser considerada ordenada quando permite que os intolerantes expressem publicamente suas ideias, dada a importância atribuída a diversidade e as tensões provocadas por estas mensagens para fazer circular o “mercado das ideias”. Mesmo que não haja equilíbrio entre os que proferem esse tipo de discurso e seus destinatários, estes autores defendem que estas manifestações censuráveis devem ser combatidas com outras publicações, de modo a garantir a igualdade de todos os membros da sociedade e, ainda que não levem em consideração que as vítimas deste tipo de discurso possam ter dificuldade de ver esta questão de uma perspectiva tão elevada, consideram que uma sociedade bem ordenada é

---

<sup>151</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2012, p.28-29

aquela em que, mesmo as mensagens que tendem a questionar os princípios básicos da sociedade, podem ser publicizadas<sup>152</sup>.

Os críticos a essa concepção rawlsiana afirmam que o conceito de sociedade bem ordenada, baseado num conjunto de fundamentos basilares de justiça com vista a um bem comum, confronta-se com a discriminação, o menosprezo e o ambiente hostil criado pelas manifestações de discurso de ódio a que são submetidos os destinatários desse tipo de discurso e que os ataca em sua dignidade e ameaça seus direitos, comprometendo, inclusive, a ordem pública e a paz social das sociedades democráticas. Waldron, por exemplo, questiona a falta de restrição à propagação de ideias sobre exclusões, subordinações, privação de direitos ou segregação de determinados grupos sociais e não nos deixa esquecer de fatos que marcaram a história da humanidade que se deram sob o abrigo de doutrinas da liberdade de expressão, como o surgimento do nazismo e da Ku Klux Klan, por exemplo. De acordo com este autor, uma sociedade só pode ser considerada bem ordenada se estiver comprometida com os fundamentos da justiça e da dignidade que fazem parte da cultura pública de uma sociedade democrática<sup>153</sup>.

No debate sobre a limitação das liberdades expressivas uma das questões mais importantes - e mais tradicionais – refere-se a possibilidade de restrição da liberdade de expressão de manifestações que possam afetar os elementos constitutivos da identidade cultural de um determinado grupo ou de discursos que possam implicar em uma falta de reconhecimento, um desrespeito pela identidade cultural de um grupo, minando a autoestima ou a dignidade de seus membros.

A identidade cultural precisa ser entendida como elemento constitutivo da pessoa e, em tal medida, como um valor digno de proteção pelo Estado. Dada a íntima relação existente entre cultura e autonomia individual, o Estado deve ser levado a proteger as culturas minoritárias pois a liberdade inerente às sociedades democráticas permite que seus cidadãos possam tomar decisões e escolher entre diferentes opções, sendo que essas escolhas partem de um quadro pré-estabelecido de crenças e significados que é fornecido pela cultura de cada um. Kymlicka chama de "cultura sociológica" as

---

<sup>152</sup> WALDRON, 2012, p. 67

<sup>153</sup> WALDRON, *Op. cit.*, p. 69-70

tradições, o vocabulário compartilhado pelos grupos e as práticas sociais e considera que o acesso a essas informações, a capacidade de avaliá-las criticamente, a liberdade de expressão e de associação são condições necessárias para a tomada de decisões significativas e racionais sobre o direcionamento e o desenvolvimento da vida em comunidade. Na opinião do autor, esse elo necessário entre a decisão individual e a própria cultura deve levar um Estado democrático a proteger todas as culturas e a legitimar a introdução de direitos específicos de grupos minoritários<sup>154</sup>.

Segundo autores como Alcácer Girao, a limitação da liberdade de expressão em defesa da identidade cultural deve basear-se num princípio geral de liberdade, em argumentos que podem ser generalizados para todos igualmente - como, por exemplo, o dano que os ataques a identidade cultural podem causar nos membros identificados por essas características - mas não numa necessidade diferenciada de reconhecimento de identidade<sup>155</sup>. Diante dessa objeção, Kymlicka<sup>156</sup> aponta que, levando em conta o papel que a cultura tem de moldar a identidade de seus membros, ela deve ser considerada como um valor que podemos esperar que qualquer pessoa tenha o direito de preservar, dado o fardo que seria ter de abandonar a própria cultura e adotar uma cultura estranha.

Por fim, há que se analisar o argumento de que a restrição ao discurso de ódio só se justificaria nos casos de incitação à violência, a exemplo do que preconiza a jurisprudência americana, especialmente no caso *Brandenburg vs Ohio*<sup>157</sup>, que admite restrições a liberdade de expressão apenas nos casos de provocação direta e iminente a condutas lesivas para a segurança de determinados grupos ou indivíduos. De acordo com essa concepção, a mera incitação ao rechaço de determinados dos grupos sociais deve ser entendida como exercício legítimo do direito constitucional de expressão, de manifestação de ideias e da formação de opiniões ou juízos de valor, devendo ser a restrição limitada aos casos em que haja um componente de agressividade, uma relação de perigo aparente e iminente, uma ameaça a segurança de grupos especialmente

---

<sup>154</sup> KYMLICKA, 1995, p. 83-84

<sup>155</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 15 e 17

<sup>156</sup> KYMLICKA, *Op. Cit.*, p. 86-87

<sup>157</sup> 395 U.S. 444, 1969

vulneráveis em que a incitação crie ou aprofunde atitudes de hostilidade para com os destinatários desse discurso ou afete as condições de coexistência social pacífica.

Em sentido contrário, entendemos que as manifestações de discurso de ódio não precisam incitar a violência ou a realização de qualquer ato ilegal contra qualquer membro dos grupos vitimados para que se exija sua restrição, que podem ser exercidas de tal maneira e intensidade que, apesar de não haver incitação direta à violência, podem produzir efeitos danosos para os membros do grupo social afetado. Dado que a realidade é descrita através dos discursos e que a linguagem tem o poder de construir as narrativas que fazem parte do imaginário coletivo da sociedade a limitação de manifestações expressivas que contenham discurso não trataria apenas de evitar a “antesala à violência” mas sim de reduzir e, se possível, evitar atmosfera de ódio que nega tratamento igualitário entre todos os membros da sociedade e que representa uma ameaça não só a dignidade dos destinatários desse tipo de discurso mas também a democracia.

Assim sendo, a proibição do discurso de ódio apresenta-se como uma ferramenta necessária para o fortalecimento do discurso público. A limitação à liberdade de expressão no que se refere ao discurso de ódio se justifica por garantir o discurso público que só se efetiva em sociedades marcadamente plurais e culturalmente heterogêneas a partir do reconhecimento da igualdade e do tratamento baseado em igualdade recíproca entre todos os membros da sociedade dada sua capacidade de diminuir o risco de conflitos e de divergências intransponíveis que podem, inclusive, ameaçar e ou inviabilizar a democracia, o que é essencial para a construção e manutenção de um ambiente social onde seja possível tentar equacionar dissidências de uma forma que possam ser aceitas por todos<sup>158</sup>.

## **2. Inadmissibilidade do discurso do ódio como contributo para construção de sociedades igualitárias e tolerantes**

“Quanta intolerância em relação aos intolerantes pode permitir uma democracia que se define como tolerante?”<sup>159</sup> A resposta a essa pergunta deve nos conduzir ao entendimento de que, uma vez que não existem direitos absolutos, ataques sérios à

---

<sup>158</sup> SARMENTO, Daniel, 2006, p. 89

<sup>159</sup> ALCACÉR GUIRAO, 2016, p. 2, em tradução livre

dignidade de membros de certos grupos sociais não podem ser protegidos pela liberdade de expressão. Dado que a construção de ambientes sociais igualitários e tolerantes só é possível a partir da garantia de expectativas básicas de segurança dos cidadãos, especialmente daqueles que, por várias razões, podem estar sob maior risco de ameaça ou discriminação, não se pode admitir que as manifestações de discurso do ódio sejam colocadas sob o manto de proteção constitucional da liberdade de expressão.

Diante da pluralidade das sociedades contemporâneas, especialmente no que se refere a crescente diversidade étnica, religiosa e cultural, o respeito às diferenças, a tolerância, a aceitação e o reconhecimento de que cada indivíduo tem o direito de viver a sua maneira (mesmo que em desacordo com os valores de coexistência assumidos pela maioria da sociedade) são condições essenciais não só para a garantia da estabilidade mas também para a promoção de justiça social.

De acordo com o paradoxo da tolerância, a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Para a preservação de um ambiente tolerante, o Estado deve garantir o debate racional de ideias e ter poder de coibir e punir aqueles que negam o princípio de tolerância pois, a tolerância ilimitada numa sociedade que não esteja preparada para combater a intolerância, pode se converter no risco de tolerar aqueles que, se tiverem oportunidade, podem destruir a tolerância.<sup>160</sup>

Em sentido contrário, autores como John Rawls<sup>161</sup> e Norberto Bobbio<sup>162</sup> defendem que a liberdade de expressão dos intolerantes só deve ser restringida se estiver a ponto de ameaçar a segurança e a estabilidade social pois preferem uma liberdade sempre em perigo mas com possibilidade de se expandir e se renovar do que uma liberdade protegida que não seja capaz de se desenvolver.

Contudo, para os destinatários do discurso de ódio não é nada fácil ter de conviver com o fato de que, em nome da liberdade de expressão, devam tolerar manifestações, ideias e opiniões ofensivas proferidas contra os grupos a que pertencem ou se identificam. Os

---

<sup>160</sup> POPPER, Karl. *The Open Society and its Enemies*. 5ª. ed., Princeton: Princeton University Press, 1966, p. 266

<sup>161</sup> RAWLS, 1995, p. 207-210; 253

<sup>162</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 90-91

abusos praticados em nome da liberdade de expressão causam graves danos nas vítimas de discurso de ódio. Manifestações expressivas carregadas de intolerância, preconceito e ódio dirigidas a integrantes de grupos marginalizados e estigmatizados tendem a provocar sentimentos negativos como angústia, revolta, medo e vergonha que, para além de reduzirem a autoestima de suas vítimas<sup>163</sup>, chegam a provocar crises de identidade e quando psicossomatizados (o que ocorre com frequência), podendo converter-se em verdadeiro sofrimento físico<sup>164</sup>. Assim, nos parece que o silêncio do Estado diante de mensagens preconceituosas contra as minorias desempoderadas contribui para a geração de um ambiente social hostil, desarmonioso entre os grupos identitários que compõe a sociedade, o que representa uma grave ameaça de violação aos direitos humanos. Deste modo, entendemos que a melhor resposta do Estado ao discurso de ódio não é a tolerância e, sim a busca de seu banimento e, em não sendo possível, a punição aos culpados e a reparação de danos às vítimas.

### **3. Fundamentos e modos de incriminação do discurso de ódio**

A proteção das minorias vulneráveis, a prevenção dos efeitos do discurso de ódio sobre suas vítimas e, em última análise, da paz social, são tarefas que não podem ser renunciadas em uma democracia, mesmo que por meio da lei penal. A questão que se coloca, no entanto, é se a restrição da liberdade de expressão constitui um instrumento não só útil para esse fim, mas também legítimo<sup>165</sup>.

A partir da análise do tema, parece-nos claro que o discurso de ódio pode produzir danos efetivos a bens jurídicos concretos de integrantes de seus grupos alvo<sup>166</sup>, o que justifica a criminalização desta conduta. A criminalização do discurso de ódio faz-se necessária para garantir a efetivação da igualdade e da cidadania dos membros de todos os grupos sociais, para impedir que a manifestação de mensagens odiosas ameace os

---

<sup>163</sup> Recupere-se o conceito de que a autoestima está diretamente ligada a forma como o indivíduo é reconhecido pela sociedade e por isso a falta de reconhecimento pode levar a uma perda de auto-estima capaz de comprometer sua capacidade de definir e perseguir autonomamente os seus planos de vida. Cf. TAYLOR, 1994, p. 46-47

<sup>164</sup> MATSUDA, Mari J. Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story in MATSUDA, LAWRENCE III, DELGADO e CREENSHAW, 2018, p. 90-91

<sup>165</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 3

<sup>166</sup> CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. Revista do IBCCRIM, São Paulo, n.99, 2012, pp.187-211, p. 204

direitos de toda uma classe de cidadãos e para proteger a situação social dos membros dos grupos vulneráveis que estão sujeitos ao ódio direcionado à sua raça, etnia ou religião<sup>167</sup>. O estudo acerca da dicotomia da liberdade de expressão versus o uso violento das liberdades expressivas e de como devem ser exercidos os direitos fundamentais mostra-nos que a proibição do uso violento da liberdade de expressão através da criminalização do discurso de ódio resulta da primazia do princípio democrático sobre o direito fundamental à liberdade de expressão.

Os opositores a essa concepção afirmam que não é proporcional utilizar a esfera penal para a regulamentação de manifestações de discurso de ódio pois o potencial lesivo à dignidade ou reputação pessoal, como um bem resguardado em última instância, é diminuto em comparação ao que representa a penalização opressiva dessas condutas, com sua enorme carga aflitiva e estigmatizante, através da limitação da liberdade de expressão, que se estabelece na esfera dos direitos fundamentais<sup>168</sup>. Neste mesmo sentido, argumentam que o ódio é apenas um sentimento e, diferentemente da violência ou discriminação, não possui correlação com a execução de condutas lesivas opostas aos interesses pessoais. A incitação ao ódio reduz-se a tentativa de criar pontos de vistas, seja de rejeição ou de hostilidade, por meio da opinião. Partindo deste pressuposto, e considerando a ampla margem de exercício que deve ser concedida à liberdade de expressão, a punição penal ao incitamento ao ódio não seria mais do que a punição da manifestação de uma opinião e do desejo de convencer outras pessoas dessas opiniões, por mais reprováveis que possam ser para os padrões ético-políticos de uma democracia.

Segundo Guirao, um estado democrático negaria a si mesmo se reprimisse coercitivamente esse tipo de discurso que, por mais ofensivo que possa parecer, devem ser encarado apenas como a externalização de ideias, opiniões ou ideologias<sup>169</sup>. Desta forma, afirma que, mesmo que se desconsidere a importância do livre exercício de expressão, a baixa nocividade inerente aos comportamentos considerados abusivos devem levantar sérias dúvidas sobre sua punição e, portanto, de que o Direito Penal seja

---

<sup>167</sup> WALDRON, 2012, p. 37; 61

<sup>168</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, Racismo, xenofobia y Estado democrático, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº18, 2004, pp. 59-71, p. 60

<sup>169</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2016, p. 52

o meio mais adequado para remover as causas de discriminação e ou de que possa ser utilizado como um instrumento para combater a intolerância.

Opomos-nos a esses argumentos pois, como vimos nas páginas anteriores, para além do discurso de ódio impactar e causar profundos efeitos na reputação social de suas vítimas, as consequências da propagação desse tipo de discurso sobre a expectativa de terceiros em relação ao tratamento equitativo que deveria ser proporcionado a todos os cidadãos atinge os membros dos grupos vulneráveis em um de seus bens jurídicos mais caros, a dignidade, o que justifica a criminalização.

A legislação alemã nos fornece um bom exemplo de definição de critérios para a criminalização do discurso de ódio. Naquele país são proibidas condutas que tenham capacidade de alterar a paz pública e ações realizadas em relação a determinados grupos de pessoas que são capazes de gerar uma atmosfera favorável ao cometimento futuro de certos atos criminosos. Os chamados crimes de clima ou o comprometimento do ambiente social definido por Waldron não referem-se a atos concretamente realizados mas a condutas que, ainda que não violem nenhuma norma antidiscriminatória, apresentam potencial de provocar eventos futuros e capacidade objetiva de fragilizar a confiança dos membros de grupos vulneráveis em receber tratamento igualitário<sup>170</sup>.

A garantia da ordem pública figura como uma das principais justificativas para a criminalização do discurso de ódio. Ainda que certas formas de difamação possam evoluir para palavras de combate e brigas que podem ameaçar a paz pública e, conseqüentemente, a ordem pública, a criação de leis contra ataques sobre as características identitárias de um determinado grupo social é necessária não apenas para evitar a violência<sup>171</sup> mas, principalmente, para proteger a reputação dos membros de grupos vulneráveis contra tentativas de menosprezo ou de imputações criminosas que,

---

<sup>170</sup> WALDRON, 2012, p. 65-68; 81; 85 e 88

<sup>171</sup> Nos casos em que houve discussão judicial sobre a incitação direta e iminente a violência, se ponderou se as manifestações de discurso de ódio continham ameaças à violência ou incitavam a desordem e se eram apenas odiosas e difamatórias. De acordo com Waldron, (2012, p. 49-50) não é necessário olhar além das nossas fronteiras para perceber que esse tipo de discurso pode promover conflitos e tende a obstruir os múltiplos caminhos que conduzem a construção de uma vida livre numa sociedade plural. Conforme a história recente da humanidade nos ensina, é preciso sempre lembrar o quão poderosas podem ser manifestações de menosprezo a um determinado grupo social.

por exemplo, atente contra os elementos básicos do status social, da cidadania e da dignidade dos membros de uma sociedade democrática e justa. A manutenção da paz deveria ser assegurada por ser parte determinante do bom senso social e não só por determinação legal contudo, dada a necessidade de, em uma sociedade democrática, proteger-se a dignidade de todos os cidadãos, será preciso a utilização de ferramentas jurídicas para garantir a ordem pública.

A criminalização do discurso de ódio pode restabelecer a confiança no tratamento equitativo pelos demais cidadãos, garantir o direito a não ser discriminado e assim efetivar a dignidade desses grupos. Como dito anteriormente, as manifestações de discurso de ódio minam a confiança de que todos os integrantes da sociedade são merecedores de tratamento igualitário, o que ofende o princípio da dignidade humana, bem jurídico que buscamos tutelar com a criminalização. Ademais, os efeitos causados aos destinatários deste tipo de discurso, dentre os quais se destacam os ataques a reputação e o abalo na autoestima, o efeito silenciador e o efeito cumulativo, provocam danos a bens jurídicos de interesse social como a paz social, a ordem pública e o princípio democrático. Dito de outro modo, a criminalização do discurso do ódio se justifica por estarmos diante de manifestações antidemocráticas que violam o núcleo essencial do princípio democrático que é a da dignidade da pessoa humana em sua dimensão social, a garantia do bem público de que todos são iguais em dignidade.

O discurso de ódio atinge a dignidade de seus destinatários em seu sentido de condição social básica, base para reconhecimento de que todos são iguais, sujeitos de direitos humanos e como status de alguém que é membro de uma sociedade “em boa situação”, o que gera demandas de reconhecimento e de tratamento de acordo com esse status. Filosoficamente (e juridicamente também) pode-se dizer que a dignidade é inerente à pessoa humana mas enquanto status social ela precisa ser estabelecida, sustentada, mantida e reivindicada pela sociedade e pela lei. Para tal, todos os membros da sociedade devem agir de acordo com esses preceitos, de modo a assegurá-los e, para isso, abster-se de, nas interações e relações sociais, realizar, de maneira calculada, qualquer ação que denote menosprezo em função de raça, etnia ou religião que possa afetar a dignidade de outras pessoas.

A falta de limites à liberdade de expressão para o discurso de ódio faz com que seus destinatários já esperem ser tratados de forma degradante e aqueles que proferem esse

tipo de discurso sintam-se autorizados e ou livres para fazê-lo. Desta forma, a criminalização do discurso de ódio pode restabelecer a confiança no tratamento equitativo de todos os cidadãos, impedir que essas manifestações ameacem os direitos e garantir o direito de toda uma classe de cidadãos a não ser discriminado<sup>172</sup>. Essa conclusão deriva do fato de que os comportamentos discriminatórios atacam o modelo de convivência concebido constitucionalmente e ameaçam os valores do pluralismo, da tolerância e do respeito às diferenças, que estão na base de qualquer Estado social e democrático de direito<sup>173</sup>. Dada a relação de proximidade existente entre o princípio da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia de tratamento equitativo seria o mesmo que a garantia de dignidade a todas as pessoas<sup>174</sup>.

São exigíveis do Estado, também, ações positivas no sentido de assegurar a dignidade humana. Dentre estas ações está o dever de proteção que outorga ao indivíduo o correspondente direito de exigir do Estado que o proteja. O reconhecimento dos direitos fundamentais é uma exigência da dignidade da pessoa humana, que impõe ao Estado um dever maior do que o de meramente abster-se de afetar, de modo desproporcional e desarrazoado, a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade.

De acordo com Alexy, a ação protetiva estatal pode concretizar-se tanto por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos ou até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos. Incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas da parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares. Essa esfera protetiva toma especial relevo quando se trata de definir o que se deve exigir do Estado para que proteja os grupos alvo de discurso de ódio.

A restrição ao discurso de ódio justifica-se pelos impactos que o estigma social pode produzir em suas vítimas. Expressões ou imputações factuais como a de que “os negros são vagabundos”, que “nas periferias só tem bandido” ou que “os muçulmanos são terroristas” acabam por ser colocadas como conceitos gerais que podem ter profundos efeitos em seus destinatários no que se refere às oportunidades de educação, de cultura e

---

<sup>172</sup> WALDRON, 2012, p. 59; 86 e 61

<sup>173</sup> DE PABLO SERRANO, TAPIA BALLESTEROS, 2017, p.8-9

<sup>174</sup> WALDRON, 2012, p. 59; 86 e 61

lazer, uma vez que a dignidade está tanto ou mais ligada a reputação do grupo social a que se pertence do que a méritos individuais<sup>175</sup>. Ademais, observa-se que as manifestações de discurso de ódio proferidas a única pessoa ou a um grupo pequeno de pessoas são punidos com maior facilidade que manifestações coletivas, que gozam de uma proteção constitucional maior<sup>176</sup>. Contudo, as manifestações e discurso de ódio não devem ser tratadas individualmente pois, em geral, dirigem-se contra um coletivo de pessoas. Tratando-se de imputações atribuídas a "vários", a "muitos", a "todos", insultos e difamações dirigidos contra "judeus", "negros", "muçulmanos", "ciganos" fazem referência a características negativas ou estereotipadas comuns a todos os indivíduos que pertencem a um determinado grupo, o que impossibilita a defesa ou mesmo a imputação individual<sup>177</sup>.

Em relação a contribuição do Direito Penal para a redução do discurso de ódio, de fato, não se pode esperar que a criação de leis coercitivas que limitem a liberdade de expressão façam desaparecer do discurso público as manifestações odiosas, o que só de dará por conta de mudanças no comportamento das pessoas provocadas pela educação para direitos humanos baseada em princípios como a não discriminação, a dignidade e a igualdade e ou, ainda, por respostas efetivas às expressões de ódio no 'mercado livre das idéias'<sup>178</sup>. Contudo, como o papel do Direito, incluindo o Direito coercitivo é dar estabilidade para as relações sociais<sup>179</sup>, espera-se que a proibição de expressões de discurso de ódio, em todas as suas formas de manifestação, possam assegurar que os destinatários desse tipo de discurso não tenham de viver num ambiente hostil. Ademais, se a maioria dos ordenamentos jurídicos proíbe ofensas e difamações como, por exemplo, acusar falsamente alguém como ladrão ou estuprador, não se pode negar que o Estado tem poder de aprovar leis que proíbam essas mesmas difamações e ofensas falsas quando dirigidas contra grupos determinados a menos que o Estado escolha, intencional e voluntariamente, abrir mão da punição desses atos e da tutela da paz e do

---

<sup>175</sup> MACKINNON, 1993, p. 99

<sup>176</sup> WALDRON, 2012, p. 46-47; 57

<sup>177</sup> BRUGGER, 2002, p. 38

<sup>178</sup> WALDRON, 2012, p.51; 59; 79

<sup>179</sup> RAWLS, J. Justiça como Equidade: uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258

bem estar social. Tomando como exemplo a criminalização da homofobia, parece-nos que a criminalização do discurso de ódio também seria compatível com as pautas de Direito Penal mínimo por não produzir aumento da repressão penal, sendo considerada de ordem meramente diferenciadora ou de nomeação, vez que os crimes relacionados ao discurso de ódio encontram-se tipificados na maioria dos ordenamentos jurídicos - dentre os quais podemos destacar os crimes de injúria, ofensa, lesão corporal e, nos casos mais extremos, homicídio - não se tratando, portanto, de condutas ainda não criminalizadas<sup>180</sup>.

A legitimidade do Direito Penal se assenta nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. Nesse sentido, é tanto possível, quanto necessário, que os direitos fundamentais dos grupos alvo de discurso de ódio sejam fios condutores de um programa que se construa nos marcos de um Direito Penal mínimo. O caráter histórico, social, cultural dos efeitos provocados pelo discurso de ódio nas sociedades democráticas coloca o direito à proteção contra este tipo de violação como um direito fundamental dos destinatários desse tipo de discurso. Através do Direito Penal mínimo – único Direito Penal possível em acordo com os princípios constitucionais – espera-se que o Estado e a sociedade cumpram a obrigação de empenharem-se na busca de soluções relativas à situação de violência, de ameaças, de violações de direitos e de resolver conflitos e problemas sociais provocados pelo discurso de ódio que necessitam de respostas justas e adequadas. Segundo Baratta, a resposta punitiva que pode ser dada ao discurso de ódio deve estar em absoluto acordo com a Constituição e contribuir para a construção de uma cultura garantista, para a proteção dos direitos e da própria da sociedade democrática<sup>181</sup>.

De acordo com a doutrina de Luigi Ferrajoli, o Direito Penal tem por finalidade a redução da violência na sociedade, o que deve se dar através da prevenção dos delitos e das punições injustas, de modo que, através dele, seja possível proteger os mais fracos contra os mais fortes e assim assegurar a tutela dos direitos fundamentais<sup>182</sup>. Dito de

---

<sup>180</sup> CARVALHO, 2012, p. 200

<sup>181</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal: compilación in memoriam*. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2006. p. 149 e 151

<sup>182</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 310 e 335

outro modo, o garantismo baseia-se na tutela dos direitos fundamentais cuja defesa, ainda que contramajoritária, dos mais fracos contra os mais fortes mediante regras do jogo iguais para todos é o fim justificante do Direito Penal<sup>183</sup>.

Conforme nos ensina Alessandro Baratta<sup>184</sup>, dada a ampliação da perspectiva do Direito Penal Constitucional enquanto política integral de proteção dos direitos, o garantismo não deve ser entendido somente como limite em relação ao Estado mas também como garantismo positivo. Sendo assim, o Estado deve atender a necessidade de segurança de todos os direitos, inclusive dos que devem ser prestados pelo Estado (como os direitos culturais e sociais) e, especialmente, do dever de proteger a sociedade de agressões provenientes de condutas delitivas de determinadas pessoas ou grupos. A segurança dos cidadãos corresponde à necessidade de estar e sentir-se garantidos no exercício de todos os direitos: direito à vida, direito à qualidade de vida, direito à liberdade, direito a expressar-se e a comunicar-se, direito ao livre desenvolvimento da personalidade e das próprias capacidades, bem como o direito de exercer controle e influência sobre as condições das quais depende, objetivamente, a existência de cada um.

A crítica ao nosso posicionamento favorável a criminalização vem da doutrina de Zaffaroni, uma das mais importantes vozes da criminologia latino americana, para defender a criminalização do discurso de ódio é preciso superar a contradição que se estabelece quando, no afã de proteger alguns direitos, se limita outros. Do mesmo modo que é comum que grupos que lutam contra a discriminação critiquem o discurso legitimador do poder punitivo é comum que estes mesmos grupos passem a reivindicar seu uso pleno quando se veem como vítimas de discriminação e o fazem porque não percebem que o poder punitivo é sempre seletivo, operando com base em estereótipos e de acordo com a vulnerabilidade de seus destinatários<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 107

<sup>184</sup> BARATTA, Alessandro. La política criminal y del penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Revista de La Facultad de Derecho de La Universidad de Granada, nº. 2, 1999, p. 110

<sup>185</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. Discurso feminista e poder punitivo. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). Direito Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 49-84, p. 66.

Ainda que concordemos, em partes, com a crítica de Zaffaroni, nos filiamos a corrente que afirma que os direitos das minorias desempoderadas devem ser debatidos no âmbito do Direito Penal pois, ao não fazê-lo, apenas se contribui para estabilizar ainda mais as relações de poder existentes na sociedade<sup>186</sup>. De acordo com Ferrajoli, o Direito Penal é imprescindível para a contenção de reações públicas ou privadas arbitrárias. Sendo as minorias desempoderadas o grupo social que melhor conhece as consequências do exercício dos poderes extrajurídicos, busca-se que, através do Direito Penal, se possa proteger esses grupos dos ataques de discurso de ódio que causa efeitos deletérios não só para a vida de seus membros mas para toda sociedade.

Por fim, temos claro que a criminalização de uma conduta não se justifica a partir de um perigo em abstrato, ficando reservada somente às lesões concretas ou ao perigo de lesão concreta ao bem jurídico tutelado<sup>187</sup>, de modo que não há dúvidas que a criminalização das manifestações de discurso de ódio que gerem perigo concreto, como os casos de incitação à violência real que representam ameaça à integridade física e ao direito à vida, está de acordo com a teoria garantista do Direito Penal. Contudo, conforme demonstramos nas páginas anteriores, a propagação de discurso de ódio pode causar impactos concretos, sendo capaz, inclusive, de promover um clima de hostilidade e insegurança social entre os destinatários desse tipo de discurso, o que nos faz crer na possibilidade de sua criminalização, ainda que de modo abstrato<sup>188</sup>.

De todo modo, a sanção penal não deveria ser a única resposta para o discurso do ódio, principalmente por estarmos diante da limitação de um direito fundamental, o da liberdade de expressão. A exemplo da legislação alemã, entendemos que o problema do discurso de ódio pode ser enfrentado por outras áreas do direito e não apenas na seara do Direito Penal. A legislação administrativa daquele país prevê a possibilidade de

---

<sup>186</sup> Nesse mesmo sentido, tem sido realizado no Brasil um importante debate sobre a atuação da lei penal em relação às questões que envolvem as mulheres, seja como vítimas, seja como réus ou condenadas, na busca pela construção de um programa estabelecido nos marcos do direito penal mínimo. cf. MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.176.

<sup>187</sup> FERRAJOLI, 1995, p. 476 e ss

<sup>188</sup> BRUGGER, 2002, p. 9

proibição ou de dissolução de reuniões convocadas por partidos que tenham sido considerados inconstitucionais ou de assembleias públicas e que haja suspeita razoável de violação das regras de proibição ao discurso de ódio, bem como a proibição de associações que propagem mensagens de incitação ao ódio. No âmbito do direito privado, está prevista a pena de suspensão de negócios do comércio e da indústria em casos de ocorrência de manifestações de discurso de ódio e discriminação racial em estabelecimentos comerciais, inclusão em lista de circulação restrita de todo material escrito que cause riscos de ordem moral a crianças e jovens, proibição da veiculação de programas de televisão que incitem ódio contra alguns setores da população ou contra grupos específicos em razão de nacionalidade, raça, religião, origem étnica ou que propague violência ou discriminação contra esses mesmos grupos ou que ataquem a dignidade humana de outrem por meio de insultos, ridicularizações maliciosas ou difamações de partes da população, possibilidade de condenação civil de várias condutas consideradas como discurso de ódio, que poderá estar consubstanciada em penas como compensação por danos morais e ainda a previsão de direito de resposta<sup>189</sup>.

A introdução de sanções ao discurso de ódio na esfera administrativa em casos que possam alterar a paz pública poderia possibilitar, por exemplo, a restrição de direitos civis e políticos como forma de proibição a ofensas e condutas que ameacem o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de acautelar a ofensa ao princípio democrático. Em relação ao uso de proteção civil, a exemplo da jurisprudência do caso Lüth<sup>190</sup>, a partir da aplicação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a exigência de responsabilidade civil nos casos de discurso de ódio poderia apresentar-se como uma espécie de ação afirmativa para dar voz aos grupos desfavorecidos e promover um equilíbrio de forças capaz de restabelecer a participação no debate público daqueles que tem sua capacidade expressiva limitada por esse tipo de manifestações.

A articulação de espaços na mídia e nas redes sociais para o exercício do direito de resposta dos grupos sociais afetados poderiam ser medidas eficazes no sentido de empoderar as minorias vulneráveis e, ao mesmo tempo, evitar o desestímulo à participação na deliberação pública. O direito de resposta, ferramenta tradicionalmente utilizada no Direito Civil e na regulação dos meios de comunicação, apresenta-se como

---

<sup>189</sup> BRUGGER, *Op. cit.*, p. 11-19

<sup>190</sup> ROSENFELD, 2003, p. 181.

importante consequência jurídica e carrega consigo algum grau de sanção a ser suportada por quem difunde discurso considerado impróprio ou se omite diante de sua propagação e também como garantia do contradiscurso, como oportunidade de apresentar contra-argumentos que tenham o mesmo impacto que o discurso ofensivo. Através do direito de resposta é possível aferir a veracidade ou falsidade de informações, rebater insultos e difamações e neutralizar o discurso de ódio, de modo a reduzir a distorção comunicativa e assegurar a qualidade e a ampla participação de todos os membros da sociedade no debate público.

Em relação a concessão de direito de resposta, importa salientar que a retratação deve ser realizada através do mesmo canal ou meio utilizado para difundir as expressões de ódio, garantindo impacto idêntico e a mesma visibilidade na audiência às manifestações que as originaram. Nesse sentido, no que se refere às manifestações de discurso de ódio nas redes sociais, a retratação deve ocorrer na página ou no perfil que as publicou originalmente, mesmo que para isso seja necessário previsão legal para que, nos casos em que o agente social não cumpra a determinação de fazê-lo, a plataforma da rede social (Facebook, Instagram, Twitter, entre outros) o faça.

### **Conclusão**

As sociedades democráticas deveriam ser capazes de superar o problema do discurso de ódio sem a necessidade da limitação da liberdade de expressão ou de leis coercivas. Através da educação para direitos humanos e de respostas efetivas a esse tipo de manifestação no debate público deveria ser possível chegar a um desenvolvimento civilizatório onde todos os membros da sociedade fossem capazes de aceitar os princípios básicos da justiça e do respeito e de renunciar ao desejo ou a motivação para expressão de ódio, racismo ou qualquer outra forma de discriminação. Contudo, evidencia-se que a proteção das minorias vulneráveis, a prevenção dos efeitos do discurso de ódio sobre suas vítimas e, em última análise, da paz social, são tarefas que não podem ser renunciadas em uma democracia, mesmo que, para isso, seja necessário recorrer ao Direito Penal.

As expressões de discurso de ódio diferenciam-se das demais manifestações discriminatórias e ou difamatórias não apenas por tratarem-se de abusos e assédios dirigidos a determinados grupos sociais devido a alguma de suas características identitárias mas, principalmente, porque trazem em si uma espécie de motivação capaz

de agravar ofensas, calúnias e difamações, chegando ao ponto de incitar os demais membros da sociedade a tratar de forma degradante os grupos alvo deste tipo de discurso, tornando-se, inclusive, capaz de violar a paz social. Neste sentido, é preciso compreender como discurso de ódio mesmo as manifestações em que não houver incitação à violência ou a realização de qualquer ato ilegal contra qualquer membro dos grupos vitimados. Dado que a realidade é descrita através dos discursos e que a linguagem tem o poder de construir as narrativas que fazem parte do imaginário coletivo da sociedade, a limitação desse tipo de manifestação expressiva não trataria apenas de evitar a “antesala à violência” mas, sim, de reduzir os efeitos danosos para os membros dos grupos sociais afetados e, se possível, evitar a atmosfera de ódio que nega tratamento igualitário entre todos os membros da sociedade, o que representa uma ameaça não só à dignidade dos destinatários desse tipo de discurso mas também a democracia.

Neste estudo, preocupa-mo-nos, especialmente, com a influência das redes sociais na amplificação das manifestações de discurso de ódio, com o impacto e a extensão das publicações nas redes sociais e com a vida útil da difamação, dos insultos e das demais manifestações de discurso de ódio nestes espaços uma vez que as palavras faladas se dissolvem no tempo e no espaço – ainda que possam permanecer por muito tempo na memória de seus destinatários – mas o que é escrito permanece e perpetua, tornando-se visível e tangível, parte do que as pessoas podem ver e sentir em seu ambiente social. Essa discussão permitiu-nos, em última análise, concluir que as redes sociais transformaram-se em canais de propagação e amplificação de discurso de ódio porque atrás da tela fina de um eletrônico conectado a internet não é possível sentir a dor do outro. Através das redes sociais da internet é possível estar próximo de quem está física ou geograficamente distante, mas sempre mantendo um afastamento seguro. É possível dizer tudo (ou quase tudo) quando há entre locutor e interlocutor, primeiro a tela protetora de um eletrônico, depois a distância e, no mais das vezes, o anonimato dos perfis fake que garante, de algum modo, a segurança de expressar-se sem preocupação com qualquer tipo de limite e sem medo de ser apanhado. Como bem a experiência Milgram evidencia, é muito fácil ser cruel com quem não vemos nem ouvimos e, ainda mais, com aqueles que a distância da internet nos aparta.

Por fim, a partir da análise da dicotomia da liberdade de expressão versus o uso violento das liberdades expressivas concluímos que a restrição da liberdade de expressão através

da criminalização do discurso de ódio resulta da primazia do princípio democrático sobre o direito fundamental à liberdade de expressão. A criminalização do discurso de ódio pode restabelecer a confiança das minorias vulneráveis de que todos os integrantes da sociedade são merecedores de tratamento igualitário, garantir o direito a não ser discriminado e assim efetivar a dignidade desses grupos, bem jurídico que buscamos tutelar com a criminalização. Ademais, os efeitos causados aos destinatários deste tipo de discurso, dentre os quais destacam-se os ataques à reputação e o abalo na autoestima, o efeito silenciador e o efeito cumulativo, provocam danos a bens jurídicos de interesse social como a paz social, a ordem pública e o princípio democrático. Dito de outro modo, a criminalização do discurso do ódio se justifica por estarmos diante de manifestações antidemocráticas que violam o núcleo essencial do princípio democrático que é a da dignidade da pessoa humana em sua dimensão social, a garantia do bem público de que todos são iguais em dignidade.

## **Bibliografia**

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, nº. 18-11, pp. 1-55.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-02, pp. 2-32

ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation in: *International Journal of Constitutional Law*, Volume 03, 2005, Issue 4, pp. 572-581, Disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/moi040>. Acesso em 07 jun 2018

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. São Paulo, 2015, p. 450

AMARAL, Adriana; COIMBRA, Michele. Expressões de ódio nos sites de redes sociais: o universo dos haters no caso #eunãomereçoserestuprada. *Revista Contemporanea | Comunicação e Cultura*, vol.13, nº.01, maio-ago 2015, p. 294-310

AMARAL, Adriana; MOSCHETTA, Pedro Henrique. Visibilidade e reputação nos sites de redes sociais: a influência dos dados quantitativos na construção da popularidade a partir da percepção dos usuários. In: José Carlos Ribeiro. (Org.). *Performances Interacionais e Mediações Sociotécnicas*. 1ed. Salvador: EDUFBA, 2015

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal: compilación in memoriam*. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2006.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y del penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de La Facultad de Derecho de La Universidad de Granada*, nº. 2, 1999, p. 110

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989

BOYD, Danah. M., e ELLISON, Nicolle. B. Social Network Sites: Definition, history, and scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 13(1), article 11. 2007. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x> Acesso em 26 jun 2018.

BRUGGER, Winfried, The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I), Vol. 3, nº 12 *German Law Journal*, 2002. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/volume-03-no-12>. Acesso em 30 mar. 2018.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Tradução de Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Direito Público* nº 15, Jan-Fev-Mar/2007, pp. 117-136.

CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. *Revista do IBCCRIM*, São Paulo, nº.99, 2012, pp.187-211.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

Council of Europe: European Commission Against Racism and Intolerance (ECRI), ECRI General Policy Recommendation N°15 on combating Hate Speech, 8 December 2015. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/58131b4f4.html>. Acesso em 03 abr 2018.

DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. Trad. Beatriz Sidou, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2001.

DE PABLO SERRANO, Alejandro Luís, TAPIA BALLESTEROS, Patricia, Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. Diario La Ley, nº 8911, Sección Doctrina, 30 de Enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

DONATH, Judith S. Identity and Deception in the Virtual Community. In KOLLOCK Peter. e Marc Smith. (org) Communities in Cyberspace. Routledge. New York, 1999.

DWORKIN, Ronald. Foreword. in: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. in: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses. New York: Cambridge University Press, 2012.

DWORKIN, Ronald, Justice for Hedgehogs, Cambridge, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Ed. Trotta, 1995

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FREIRE FILHO, João. A comunicação passional dos fãs: expressões de amor e de ódio nas redes sociais. In: BARBOSA, Marialva; MORAIS, Osvando (Ed.). Comunicação em tempo de redes sociais: afetos, emoções, subjetividades, pp. 127-154. São Paulo: INTERCOM, 2013.

FISS, Owen M., The Irony of Free Speech. Cambridge: Harvard University Press, 1996

FISS, Owen M., The Supreme Court and the Problem of Hate Speech, Faculty Scholarship Series. Paper 1323, 1996, pp. 281-291 Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1323](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1323) Acesso em 26 set 2018.

FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. Aula inaugural no Collège de France. Pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola: 1996.

GOFFMAN, Erving. Stigma: Notes On The Management Of Spoiled Identity. Englewood Cliffs, N.J. Prentice-Hall, 1963.

GRIMM, Dieter. The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany in: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (ed). Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2010

HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. William Rehg, Cambridge, Massachusetts, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez, Madrid, 1998.

HAUPT, Claudia E. Regulating Hate Speech – Damned If You Do And Damned If You Don't: Lessons Learned From Comparing The German And U.S. Approaches. 2005: Boston University International Law Journal, Vol. 23(299), pp. 299-335.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KYMLICKA, Will, Multicultural Citizenship, Oxford, 1995.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, Racismo, xenofobia y Estado democrático, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº18, 2004, pp. 59-71

LEBRUN, Jean-Pierre. O futuro do ódio. Org. Maria Fleig. Trad. João Fernando Chapadeiro Corrêa. Porto Alegre: CMC, 2008.

LEMOS, André. A arte da vida: diários pessoais e webcams na internet. XXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Salvador, 2002. Anais do XXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Salvador, 2002.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. O futuro da Internet: Em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulos, 2012

LEWIS, Anthony. Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment. Nova Iorque: Basic Books, 2007.

GARD, Stephen W., Fighting Words as Free Speech, vol. 58, Washington University Law Review. 1980, pp. 531-581. Disponível em: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol58/iss3/6](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol58/iss3/6) Acesso em 28 jun 2018.

MACKINNON, Catharine A., Only Words, Harvard University Press, 1993

MATSUDA, Mari J., LAWRENCE III, Charles R., DELGADO, Richard e CREENSHAW, Kimberlé W., Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment, Routledge, New York, 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia Feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, Stuart. Sobre a liberdade. 2a ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1991

PENACHIONI, Julia; GUIORDI, Patricia Cucio; PRADA, Thiago. A banalidade do mal na atualidade: as redes sociais online como espaços de guerra. *Aurora: revista de arte, mídia e política*, São Paulo, vol.9, nº.25, fev.-mai. 2016, pp. 76-96.

POPPER, Karl. *The Open Society and its Enemies*. 5ª. ed., Princeton: Princeton University Press, 1966

POST, Robert. Hate Speech. in: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (ed). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

POST, Robert , *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, Faculty Scholarship Series, 1991 Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/208](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/208), pp. 267-327. Acesso em 25 set 2018

RAWLS, J. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, T ed., México, FCE, 1995.

RAWLS, John, *O Liberalismo Político*, Trad. Dinah de Abreu Azevedo, 2ª ed., Editora Ática, São Paulo, 2000

RAZ, Joseph e MARGALIT, Avishai. National Self-determination. *The Journal of Philosophy* Vol. 87, nº 9 (Sep., 1990), pp. 439-461

RECUERO, Raquel. *Redes Sociais na Internet*. Porto Alegre, Sulina, 2009.

REY MARTÍNEZ, F., “Discurso de odio y racismo líquido”, en: *Revenga* (director), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, 2015, pp. 51-88

ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudência constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional*. Año XI. Nº11. 2003, pp. 153-198

SCHAUER, Frederick, "Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, 1978. Faculty Publications. Paper 879, pp. 685-732. Disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879>. Acesso em 20 set 2018

SANTOS, Marco Aurelio Moura dos. *O Discurso do Ódio em Redes Sociais*. 1. ed. Lara Editorial, São Paulo, 2016

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do 'Hate Speech'. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, no. 4, out./dez. 2006, pp. 53-106

SIBILA, Paula. Os diários íntimos da internet e a crise da interioridade psicológica. XII Encontro Anual da Compós, 2003, Recife. *Anais do XII Encontro Anual da Compós*, 2003

SILVA DIAS, Augusto. A experiência Milgram e a responsabilidade jurídico-penal: um ensaio sobre a banalidade do mal, in *Andrade/Costa/Rodrigues/Moniz/Fidalgo*

(org.), *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais - homenagem ao Professor Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, 2013, pp. 212 e ss.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 37-63, junho de 2015. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso) Acesso em 18 out. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

SIMPSON, Robert Mark, *Dignity, Harm and Hate Speech*, *Law and Philosophy*, 2013, Vol. 32, ed. 6, pp 701–728. Disponível em <https://doi.org/10.1007/s10982-012-9164-z>. Acesso em 30 mar 2018.

SUNSTEIN, Cass R., *Conformity and Dissent*, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 34*, 2002, p. 70-75. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Acesso em 27 out 2018.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994,

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012.

WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. Estrasburgo: Council of Europe, 2009.

WEST, Caroline., “Words That Silence? Freedom of Expression and Racist Hate Speech”, en: Maitra/McGowan, *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford, 2012, pp. 222-248.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editor Nacional/ Editora da Universidade de São Paulo, 1968.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Discurso feminista e poder punitivo*. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp. 49-84.