

LIBERDADE DE EXPRESSÃO LIBERDADE DE IMPRENSA E DISCURSO DE ÓDIO



COORDENADORES
António Manuel de Almeida Costa
Sandra Oliveira e Silva

ACTAS DO COLÓQUIO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO
LIBERDADE DE IMPRENSA
E DISCURSO DE ÓDIO**

COORDENADORES

António Manuel de Almeida Costa

Sandra Oliveira e Silva

PUBLICAÇÃO CORRESPONDENTE ÀS ACTAS DO COLÓQUIO LUSO-BRASILEIRO

«Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio»

Porto e FDUP, 3 de março de 2020

COORDENADORES

António Manuel de Almeida Costa

Sandra Oliveira e Silva

EDIÇÃO

Universidade do Porto • Reitoria

EXECUÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

ISBN

978-989-746-285-6

2020

SUMÁRIO

NOTA INTRODUTÓRIA	7
A.M. Almeida Costa · Sandra Oliveira e Silva	
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA <i>ERA DIGITAL</i> : A RECONFIGURAÇÃO DE UM DIREITO HUMANO?	9
Jorge dos Reis Bravo	
A (I)MODERAÇÃO DE COMENTÁRIOS <i>ONLINE</i>	21
Luísa Neto	
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CENSURA NO BRASIL	41
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho	
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO	49
André Gustavo Corrêa de Andrade	
O DISCURSO DE ÓDIO EM PERSPECTIVA PENAL.....	69
Nuno Brandão	

NOTA INTRODUTÓRIA

A Faculdade de Direito da Universidade do Porto promoveu, a 3 de março de 2020, o Colóquio Luso-Brasileiro «Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio». O encontro científico reuniu vozes da Academia e do Foro, de um e de outro lado do Atlântico, para discutir algumas das projeções da relação conflitual entre a liberdade de expressão e outros direitos ou interesses merecedores de tutela: a honra, a igualdade e a não discriminação, a dignidade humana ou a paz pública.

Seria ocioso sublinhar a atualidade e delicadeza dos temas tratados. A acessibilidade indiscriminada a novos meios de produção e difusão de conteúdos, o anonimato e o distanciamento consentidos pela *internet*, a tendencial perpetuidade ou não apagamento dos dados produzidos suscitam perplexidades inéditas e exponenciam quase ao paroxismo as clássicas dificuldades de compatibilização entre direitos fundamentais. Com efeito, a dissolução do “paradoxo da liberdade” pela introdução de limites à própria liberdade não encontra respostas fáceis numa sociedade tecnológica, massificada e plural como a atual. E essas dificuldades acentuam-se quando se pretender introduzir o direito penal na equação: a antecipação ou o alargamento das fronteiras da punição contribui para pôr em crise a ideia de subsidiariedade da intervenção penal e, no limite, poderá conduzir à erosão do próprio Estado de Direito.

A par da indiscutível relevância e complexidade do objeto de análise, a excelência dos oradores e o envolvimento ativo do público contribuíram para a elevada qualidade científica do Colóquio, que projetou o seu interesse fora do estrito plano universitário, na esfera pública e na vida comunitária.

São os textos das comunicações então apresentadas que agora se coligem e dão a conhecer ao leitor em edição dupla, que toma em Portugal a forma do presente *e-book* e no Brasil dará corpo a um número especial da Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro.

Porto, outubro de 2020

A.M. Almeida Costa
Sandra Oliveira e Silva

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: A RECONFIGURAÇÃO DE UM DIREITO HUMANO?

Jorge dos Reis Bravo*

SUMÁRIO: 1. Porquê a liberdade de expressão? – 2. A Era digital: novos dados e sua incessante modificação. – 3. Liberdade de expressão: um conceito em mutação? – 4. Metodicas de ponderação entre a liberdade de expressão na Era digital com outros direitos. – 5. Considerações conclusivas.

“Espanta-me, por ingénuo que possa parecer às pessoas, que se possa usar a linguagem para amar, construir, perdoar, mas também para torturar, para odiar, para destruir e para aniquilar”

George Steiner

1. Porquê a liberdade de expressão?

A liberdade de expressão é reconhecida, desde há muito, como um dos mais importantes direitos humanos, em si mesma e enquanto fundamento de outros direitos e liberdades democráticos. No direito internacional, a li-

* Magistrado do Ministério Público

berdade de expressão encontra-se consagrada num conjunto de significativos instrumentos internacionais e regionais do sistema de direitos humanos – no art. 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no art. 19.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no art. 13.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), no art. 9.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Foi já pertinentemente observado que, se o direito à liberdade de expressão fosse garantido, os demais direitos civis e políticos seriam redundantes.

Existem três razões principais pelas quais a liberdade de expressão é vista como importante, em diversas épocas e geografias.

Em primeiro lugar, é essencial para o desenvolvimento integral da pessoa humana, na sua capacidade comunicacional. A (liberdade de) comunicação é a base das comunidades humanas. Essa capacidade e possibilidade de nos expressarmos em palavras, desenho, música, dança ou qualquer outra forma de expressão é essencial para a realização da nossa humanidade.

Em segundo lugar, a liberdade de expressão é a base de outros direitos e liberdades. Sem a liberdade de expressão, não seria possível organizar, informar, alertar ou mobilizar-se em defesa dos direitos humanos. Os sistemas políticos dos Estados democráticos não podem funcionar de modo adequado se não for garantida a liberdade de expressão, sobretudo na esfera pública, o que exige meios de comunicação independentes e aptos a oferecer uma plataforma pública para o intercâmbio de opiniões e visões do mundo.

Por último, como Amartya Sen argumentou de modo penetrante, a liberdade de expressão é uma pré-condição para o desenvolvimento social e económico¹, afirmando que a questão da fome não é um problema de falta de alimentos, mas de falta de informação.

O impacto da Sociedade de Informação e da Internet pode, porém, implicar a reformulação destas coordenadas.

2. A Era digital: novos dados e sua incessante modificação

A aceleração do progresso tecnológico da Humanidade pode ser visto com o seguinte cronograma: Idade da Pedra: milhares de anos; idade do Metal: cinco mil anos; Revolução Industrial (início do séc. XVII ao fim do séc. XIX): duzentos anos; Era Elétrica (início do séc. XX até à 2.ª Guerra Mundial): 50 anos; Era Eletrónica: 25 anos; Era da Informação: passou do que se pode chamar *Infólítico inferior* para o *Infólítico superior* ou *Informação Hipermedia*, em 40 anos².

¹ AMARTYA SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999.

² Quadro cronológico apresentado por JOSÉ B. TERCERO, *Socied@de Digit@l: do homo sapiens ao homo digitalis*, Lisboa, Relógio d'Água, 1997.

A Era digital introduz novos elementos relativamente a épocas anteriores, em que a Informação já era divulgada de forma célere (v.g. rádio e televisão). O elemento instantaneidade não é, por isso, privativo da *Era digital* (sendo comum a anteriores meios de comunicação como a televisão, a rádio, entre outros).

A Internet, o instrumento por excelência da Era digital, foi criada e desenvolvida com um forte pendor de autorregulação (ou desregulação) pelos seus precursores, animados por ideários californianos pró-libertários, mas foi oportunisticamente “tomada de assalto” por interesses, mais ou menos inconfessáveis, de natureza económica (*e-commerce*) e ideológica (*blogs, sítios, páginas e media digitais, redes sociais, etc.*).

Não é, por isso, fácil a apreensão de um mapa estabilizado das potencialidades da Internet, impondo-se a constatação de uma permanente instabilidade e evolução dos sistemas e das redes digitais, das aplicações de Inteligência não biológica, das relações “máquina-máquina”, que podem constituir-se como realidades sempre “em fuga pelos dedos” das certezas sobre os cenários que, parecendo presentes, se desatualizam incessante e rapidamente.

A *Era digital* fornece um elemento de (pelo menos, aparente) democraticidade e de confusão entre consumo e produção da informação. A Internet possibilitou que, de meros consumidores de conteúdos dos *Media* criados por terceiros, os seus utilizadores possam ser produtores ou reprodutores de conteúdos, criados por si ou por outros, recortando-se, surgindo o conceito de “producers”. Através de plataformas e redes digitais, os utentes convertem-se em sujeitos colaborativos interagindo com grupos mais ou menos numerosos de outros indivíduos, partilhando dados, imagens, informações e opiniões, próprios ou alheios, com poucas ou nenhuma barreira. E tais processos tanto podem ter uma natureza e finalidade inócuas, como uma nova receita gastronómica, como podem dirigir-se a produzir efeitos mais gravosos, por vezes à escala mundial, como interferir em processos eleitorais globalmente relevantes³.

A Internet não é, pois, um novo *Media* nem potencia (apenas) novos *Media*; é uma “galáxia” ou “infoesfera”, como a designa Manuel Castells, distinta, com uma lógica, uma semântica e uma gramática próprias. Reconhece-se, hoje, nessa outra dimensão da comunicação o espontâneo estabelecimento de verdadeiros ecossistemas digitais, em que poderão vir a pontificar relações estabelecidas entre máquinas.

As sociedades com modelos de desenvolvimento mais avançados são vistas, também, paradoxalmente – mas inexoravelmente –, como “sociedades líquidas” (conceito de Zygmunt Bauman) ou “sociedades de transição”: transição de paradigmas religiosos para paradigmas seculares, do comunitarismo para o individualismo, dos modelos de crescimento para modelos de decréscimo económico, de uma economia de aquisição para uma economia de

³ Cfr. a particular atenção que tal questão vem suscitando, preconizando-se que a moderação de conteúdos gerados por utilizadores em plataformas de comunicação digital deve obedecer aos princípios e às regras recomendadas pelo Relator Especial da ONU para a Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/38/35) e os Princípios de Manila sobre a responsabilidade dos Intermediários.

utilização. As sociedades da Hipermodernidade são sociedades de transição energética, tecnológica e digital, em função de novas concepções civilizacionais e de desafios globais, nos domínios energético, de emergência climática e de preservação da biodiversidade.

No que aqui nos interessa, assistimos ao processo de transição para um modelo de globalização digital.

A digitalização da informação é apenas uma das implicações da transição das sociedades para o ambiente digital, onde se observam já complexas realidades co-geridas por algoritmos e tecnologias de Inteligência não biológica, como as criptodivisas (moedas digitais), a tecnologia *blockchain*, *machine learning*, os *smart-contracts* e outras realidades imponderáveis e imprevisíveis há poucos anos.

Qualquer dado digitalizado e inserido na Internet, mesmo que não preordenado a lá figurar — porventura destinado a ficar a coberto de segredo ou da reserva de intimidade — é um dado com uma vocação de potencial irreversibilidade e publicidade perene ou duradoura na Internet.

A preocupação com o potencial de devassa da privacidade individual por parte de organizações, empresariais e de outro tipo, possibilitado pelo acesso cruzado e acumulado a formidáveis bases de dados pessoais, que permitem o escrutínio da vida pessoal e a produção de perfis pessoais⁴, levou já a União Europeia a adotar instrumentos jurídicos de proteção de tais dados (o Regulamento Geral de Proteção de Dados), faltando saber, em rigor, qual o impacto e consequências de tal instrumento. São, aliás, os receios da transferência e controlo crescente das grandes plataformas de Inteligência não biológica e de interconexão de bases de dados pessoais (*Big Data*) para o domínio de entidades privadas, que enfraquece o papel dos reguladores estaduais e potencia dificuldades acrescidas na produção de prova digital em processos judiciais, reduzindo o papel e a capacidade de atuação das entidades de investigação criminal. Esses incidentes não são mais do que um episódio da tensão entre a exigência de transparência do funcionamento das instituições e a opacidade dos segredos de Estado, de indústria e das profissões e de privacidade individual.

A Internet, sendo originariamente um meio democrático, pode, assim, converter-se num instrumento anti-democrático ou totalitário, sendo questionável a sua neutralidade e a sua transparência.

⁴ Cfr., sobre a questão do controlo tecnodigital na China, abordando o cenário de "cotação social dos cidadãos" em função do seu comportamento escrutinável digitalmente, RAQUEL VAZ PINTO, "A China e o sistema de crédito social", *Brotéria* 190 5/6 — maio-junho 2020, pp. 535-541.

3. Liberdade de expressão: um conceito em mutação?

Não é muito usual reconhecer-se a liberdade de expressão como um direito humano. No entanto, essa é uma das liberdades que estão previstas de forma mais consolidada em instrumentos jurídicos internacionais e nas Constituições de muitos Estados.

Na América e em França, a revolução liberal procurou declarar os direitos humanos inatos, invioláveis, impostergáveis e irrenunciáveis, em solenes “Declarações” ou “Proclamações de direitos”. E só depois, sobre a base dessas declarações solenes, aprovar constituições políticas. Precisamente para sinalizar que não eram as constituições políticas que criavam (e, portanto, moldavam) os direitos humanos. Assim, os direitos humanos não foram historicamente declarados pelas constituições políticas da revolução liberal. Estas constituições limitaram-se a reconhecer e a consagrar os direitos fundamentais já solenemente “declarados” como tal; e, depois, a institucionalizar a sua instrumental garantia. Nessa linha se encontra a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, e, posteriormente, o PIDCP, a CEDH, a CDFUE, além da CIADH e outros instrumentos no mundo muçulmano e asiático, instrumentos jurídicos que não são constituições.

A primeira finalidade da DUDH e dos instrumentos subsequentes, não era regulamentar direitos, mas sim servir como um parâmetro mínimo de proteção para os indivíduos e, especialmente, de condicionamento das atividades limitadoras dos Estados. A relevância da DUDH traduziu-se, em primeiro lugar, no caldo de uma ampla discussão sobre liberdade de expressão, sem restringir as possibilidades de regulamentação que efetivamente vieram a ocorrer em momentos seguintes. Em segundo lugar, ao inserir a liberdade de expressão entre outros direitos, pretende significar que a liberdade de expressão não seja utilizada para a violação de outros direitos humanos.

Esta é, porém, uma inferência que, com o advento da *Era digital*, pode ser questionada.

Os dados empíricos parecem sugerir que a liberdade de expressão se pode converter, cada vez mais, num instrumento contra outros direitos humanos. O que suscitará a correspondente tentativa dos poderes políticos para introduzir restrições cada vez mais amplas, proibições, silenciamentos e formas de censura e condicionamento de tal liberdade.

Contra essa eventualidade, diversas instâncias se veem preocupando e sensibilizando os poderes estaduais, desde há algum tempo, tais como (para referir apenas as que têm impacto no panorama europeu):

Em 2011, a ONU deliberou incluir no elenco dos Direitos Humanos o direito à Internet.

A Conferência Geral da UNESCO, em 2015, validou o conceito de Universalidade da Internet, que reafirma os quatro pilares são centrais para o desenvolvimento integral da rede: a) direitos humanos; b) abertura; c) acesso e d) governança *multistakeholder*.

A ONU (através do relator especial para a Liberdade de Opinião e de Expressão), a OSCE (pelo representante para a Liberdade nos *Media*), a OEA (pelo relator especial para a Liberdade de Expressão) e a Comissão Africana para os Direitos Humanos e dos Povos (pelo relator especial para a Liberdade de Expressão e Acesso à Informação - ACHPR) densificaram as perspetivas respeitantes à Liberdade de Imprensa na *Era Digital*, num conjunto de documentos (em várias Declarações) sucessivamente aprovados desde 2011,⁵.

O Conselho da Europa, por seu turno, com a "Declaração do Conselho da Europa sobre Princípios de Governança da Internet", a "Declaração sobre Direitos Humanos e a Internet", de 2005, a "Declaração sobre a proteção da liberdade de expressão e da liberdade de reunião e de associação no que diz respeito às plataformas de internet operadas por privados e aos prestadores de serviços em linha", de dezembro de 2011, as recomendações sobre Inteligência Artificial e Direitos Humanos aprovadas em 26 e 27 de fevereiro de 2019 pela Conferência de Helsínquia (organizada pelo Conselho da Europa, reafirmando que "os direitos humanos continuam a ser o valor fulcral das sociedades democráticas e devem pôr-se em ação os mecanismos para evitar a sua violação e obstar à desigualdade e discriminação").

Também se prevê para breve a adoção de diretrizes de Direitos Humanos para motores de pesquisa e redes sociais,

Por fim, a União Europeia, com a aprovação das Linhas de Orientação sobre direitos humanos e liberdade de expressão "on-line" e "off-line", do Conselho de Ministros dos Negócios Estrangeiros, de 12 de maio de 2014 (Bruxelas), o relatório sobre direitos humanos e tecnologia: o impacto da intrusão e dos sistemas de vigilância nos direitos humanos em países terceiros - 2014/2232(INI), de 03.06.2015, o Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (diretamente aplicável na ordem jurídica interna dos Estados-membros, vindo a Lei n.º 58/2019, de 08.08. assegurar a sua exequibilidade na ordem jurídica nacional), as Linhas de Orientação sobre o uso da Inteligência Artificial, apresentadas pela Comissão Europeia em 1 de abril de 2019.

Por seu turno, várias Organizações não Governamentais têm concorrido com instrumentos e contributos diversos, salientando-se o "Forum de

⁵ Cfr. os documentos respeitantes a diversas temáticas em: <https://www.osce.org/fom/66176> (acedido em 20.02.2020): 2010: Tenth Anniversary Joint Declaration: Ten Key Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade; 2011: Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet; 2012: Joint Declaration on Crimes Against Freedom of Expression; 2013: Joint Declaration on the Protection of Freedom of Expression and Diversity in the Digital Terrestrial Transition; 2014: Joint Declaration on Universality and the Right to Freedom of Expression; 2015: Joint Declaration on Freedom of Expression and Responses to Conflict Situations; 2016: Joint Declaration on Freedom of Expression and Countering Violent Extremism; 2017: Joint Declaration on Freedom of Expression and "Fake News", Disinformation and Propaganda; 2018: Joint Declaration on Media Independence and Diversity in the Digital Age.

Governance da Internet", que elaborou em 2014 uma sugestão de "Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet".

Todos estes documentos apontam para a necessidade de se redefinir o conteúdo dos direitos humanos no ambiente digital – falando-se inclusivamente em "direitos digitais fundamentais", como o direito ao acesso à Internet, o direito à literacia digital, o direito a não ser incluído em plataformas digitais, o direito ao esquecimento, o direito à identidade, à cibersegurança, à neutralidade e ao bom uso da Inteligência não biológica, com particular ênfase no tocante às relações da liberdade de expressão com os direitos à privacidade, à honra e ao bom nome, à imagem e à palavra e ao pudor.

Mas uma questão prévia se deve colocar: deverão esses direitos, para revestirem efetividade, manter uma estrutura tradicional, radicando no sujeito individual sendo oponíveis ao Estado e a terceiros? Ou, face à natureza difusa da responsabilidade pelos conteúdos do ambiente digital, devem contemplar outro conteúdo material e adjetivo? Logo, outra natureza.

Outra característica da *Era digital* refere-se ao protagonismo que pode assumir a atividade probatória no ambiente digital de difusão de informação, conhecidas que são inúmeras técnicas de despistagem e de camuflagem (acesso ilegítimo, furto de identidade, *spoofing*, etc), sendo questionável que meios de obtenção de prova se podem produzir (?); por quem (?); em que casos (?).

Sabendo da desterritorialização dos servidores das operadoras de comunicações digitais, é avisado concluir pela completa inadequação das formas convencionais de tutela criminal [da difamação, da devassa da vida privada, das fotografias ou gravações ilícitas, da violação de segredos] no contexto das plataformas de difusão digital e em rede, devendo mesmo colocar-se a hipótese de uma jurisdição universal, considerando a desterritorialização das condutas ilícitas. Por outro lado, será imperioso reconhecer a obsolescência dos meios convencionais de investigação criminal de tais condutas com conexão a mais de um ordenamento jurídico – já pela celeridade da sua consumação, já pela facilidade do seu encobrimento e anonimato –, logo, a imprestabilidade dos mecanismos processuais de cooperação judiciária internacional.

Importará responder a inquietantes questões, p. ex., como localizar e documentar os suportes mediáticos em causa? Quem notificar e identificar como responsável? Que legislação substantiva aplicar? De acordo com que regras processuais de produção de prova proceder? Utilizar intensivamente as "ações encobertas em ambiente virtual"? Converter os operadores de servidores de serviços digitais em fiscais ou "polícias" da informação divulgada, impondo-lhes deveres de colaboração com as autoridades, e sob cominações sancionatórias (modelos de *compliance mediático-digital*)? Responsabilizar e opor injunções judiciais aos operadores de serviços de comunicações eletrónicas que não cooperem voluntariamente? Responsabilizar (objetivamente) as entidades que pagam o serviço digital que veicula os atendados aos valores referidos?

Estes problemas, que apenas incipientemente aqui se intuem, comprometem todo um conjunto de conceções que se tem como válido e assente à luz

de um paradigma normativo para o universo da comunicação social tradicional. Reclamam, por isso, outras equações e outras respostas.

Algumas, julgamos que será possível extraí-las do sistema normativo – jurídico-criminal e civilístico – vigente. Outras, porém, cremos que são incompatíveis com os mecanismos jurídico-substantivos e processuais existentes, e terão de ser decantadas a partir de uma reflexão multidisciplinar.

Será, assim o cremos, caso de se repensar o enquadramento e a configuração da própria tutela da liberdade de expressão (e de informação) enquanto direito humano na *Era digital*.

4. Metódicas de ponderação entre a liberdade de expressão na Era digital com outros direitos

A interpretação jurisdicional da Primeira Emenda (da constituição dos EUA) tem levado a que a conceção da liberdade de expressão nos EUA conheça uma amplitude que não tem paralelo na Europa, admitindo a legitimidade de discursos violentos, ofensivos, racistas, antissemitas e antirreligiosos, desde que não instiguem (de forma direta) a violência propriamente dita ou se reconduzam a discursos de ódio⁶.

A configuração normativa e jurisprudencial do sistema da CEDH e do TEDH não tem correspondência com essa interpretação da liberdade de expressão, muito menos com a amplitude reconhecida nos EUA, conforme abaixo se verá melhor e resulta, desde logo, do n.º 2. do artigo 10.º da CEDH. Não tendo a dimensão (quase) intocável que assume no tratamento jurisprudencial norte-americano, constitui também uma liberdade fundamental, não só com relevo individual mas também estrutural em termos sociais, só podendo ser restringida com razões especialmente ponderosas.

A nossa jurisprudência maioritária aponta, na senda de significativa doutrina, para a adoção de critérios de equivalência entre a liberdade de expressão e o direito à honra e ao bom nome, não atribuindo uma prevalência de princípio àquela sob pena de violação do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Entende-se

⁶ O discurso de ódio é proibido pelos instrumentos internacionais, de acordo com o art. 20.º do PIDCP. O discurso de ódio é proibido dentro e fora do ambiente virtual. Embora não exista uma definição universalmente aceite no direito internacional, para o Relator Especial da ONU para Liberdade de Opinião Expressão, há dois elementos chaves para a caracterização do discurso de ódio. O primeiro é a apologia do ódio e o segundo é a configuração da incitação a um dos três resultados previstos no Pacto. Assim, a defesa do ódio nacional, racial ou religioso será indicativo da existência de discurso de ódio para o Pacto. Mas só integrará um discurso de ódio se também constituir incitação à discriminação, hostilidade ou à violência, i. e, quando o agente pretenda produzir reações de parte do público a que dirige a mensagem e quando haja uma ligação muito próxima entre a expressão e o risco de que ela resulte em efetiva discriminação, hostilidade ou violência. Donde, para o Relator da ONU, a avaliação do contexto ser essencial para determinar se uma expressão constitui ou não incitação (o Relator Especial da ONU foi estabelecido por resolução da Comissão da ONU para os Direitos Humanos em 1993).

que, na aplicação dos cânones interpretativos do artigo 10.º da CEDH, quando estejam em causa conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à honra ou ao bom nome, não pode ignorar-se a disciplina do artigo 18.º da CRP, apesar de se procurar fazer uma aplicação atualista e evolutiva do conteúdo dos direitos fundamentais em questão.

A metódica adequada dentro de uma lógica de compatibilização deve passar pela consideração dos bens jurídicos que em concreto sejam tutelados pelos direitos fundamentais em conflito. Podemos, pois, concluir pela aplicação de uma metódica dos critérios de concordância prática e de maximização do conteúdo dos direitos fundamentais quando o direito à liberdade de expressão (e de informação) conflitua com outros direitos fundamentais, admitindo, de princípio, a hipótese de prevalência do mesmo, em circunstâncias que concretamente dispensem a procura (e obtenção) de um tal ponto de equilíbrio, nomeadamente quando esteja em causa um interesse ostensivamente público na base da divulgação de certo facto, mesmo que não devidamente averiguado ou demonstrado, ou opinião, mesmo que grave.

Do mesmo passo, não estamos convencidos de que a operação de prevalência deva prosseguir sempre uma opção em favor do direito da liberdade de expressão, podendo também reconduzir-se à sua postergação, nos casos de comprovada falsidade, inutilidade ou quando as notícias, factos ou opiniões sejam desprovidas de interesse público.

A CEDH (o seu artigo 10.º) e praticamente toda a jurisprudência referencial do TEDH no domínio da liberdade de expressão, foram, todavia, produzidas e elaboradas sem contemplar as premissas e as implicações das novas tecnologias de comunicação e informação (e, no caso da CEDH, sem o conhecimento ou intuição do impacto destas).

Se a *Internet* é um campo de oportunidades de informação e de formação, também pode converter-se num vasto território de difusão de falsidades, de calúnias e de discursos discriminatórios e de ódio, sem que se torne viável imputar a responsabilidade com alguma certeza e rigor. A *Internet* pode, ao mesmo tempo que amplifica a difusão da informação negativa ou nefasta — com a possibilidade virtualmente infundável de replicação de mensagens por um número significativamente superior aos dos leitores de jornais e das assistências televisivas —, servir de reduto de impunidade dos seus responsáveis. Um outro aspeto privativo da comunicação digital que importa anotar é a impulsividade do discurso nos *Media* digitais e a irreversibilidade da colocação de dados (quer a palavra escrita, quer verbal) no ambiente digital.

No capítulo dos “novos direitos” do RGPD vem previsto o direito ao apagamento de dados — o “direito a ser esquecido” — e o direito à portabilidade, que adquirem especial relevo. A consagração de um “direito a ser esquecido” deverá, presuntivamente, conferir efetiva oportunidade aos utilizadores da *Internet* de terem um maior controlo sobre os seus dados pessoais.

Parecem estar longe a salvaguarda do *right to be alone* e do *right to be let alone*, enquanto aquisição do património jurídico ocidental, preconizados no prospetivo artigo “The Right to Privacy”, de Louis Brandeis e Samuel Warren (na

Harvard Law Review n.º 4, de 1890), em que originariamente foi construída, já de forma consistente a atual, a tese da responsabilidade pela violação da *privacy*.

Note-se, contudo, que o artigo 17.º do RGPD (direito ao apagamento de dados; "direito a ser esquecido") introduz no seu n.º 3 algumas exceções ao direito ao esquecimento, em que se incluem, justamente, situações em que o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação (alínea a)), ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial (alínea e)).

Outra inquietante implicação que pode surgir com a generalização dos modos de produção e informação digital está associada às tecnologias de Inteligência não biológica na criação e construção de discursos em ambientes digitais automáticos, em que a aplicação combinada dos desenvolvimentos das neurociências e da linguística e da *machine learning* pode permitir a construção de sistemas cognitivos que escapem em ampla medida ao controlo humano. Essa eventualidade pode constituir também um desafio sério à dogmática tradicional no sentido da determinação e imputação da responsabilidade criminal, individual ou coletiva. O que parece ser uma decorrência pouco discutível de todo este complexo cenário, é a necessidade de se equacionar uma reelaboração do catálogo e conteúdo material dos direitos humanos devido ao impacto do feixe de problemas colocados pela sociedade de informação e dos ambientes e plataformas digitais. E, dentro, de tais preocupações, deverá pontificar a ponderação de uma reformulação do conteúdo do direito à liberdade de expressão e de informação em contexto digital, face à eventualidade de as consequências dos factos ilícitos poderem ter efeitos muito mais devastadores e intensos, virtualmente à escala global.

O que parece poder sugerir a ponderação de um tipo de responsabilidade sancionatória objetiva, coexistindo com a responsabilidade criminal, que manteria a culpa como referencial subjetivo.

A mudança qualitativa dos modos de produção de informação – em espaços noticiosos convencionais (imprensa escrita, rádio, televisão, *online*) ou não convencionais – sítios de *internet* pessoais ou de grupos, *blogs*, redes sociais, caixas de comentários – é atravessada transversalmente por uma ameaça, que se vem convencendo chamar de "pós-verdade", com a crescente proliferação de *fake news* (notícias falsas); estas, podem traduzir-se em 1) notícias parcialmente falsas, 2) desinformação – i. é., informação que, podendo ser verdadeira, é apresentada segundo filtros opinativos que pretendem manipular e condicionar a opinião pública –, ou 3) informação falsa, difundindo factos totalmente inverídicos.

Este quadro de manipulação da informação não é propriamente inédito, pois que são conhecidos de há muito os princípios e metodologias que guiaram e guiam a propaganda política de muitos regimes políticos, ou o *marketing* publicitário de muitas empresas⁷.

⁷ Por outro lado, os algoritmos das plataformas digitais e das redes sociais ao cruzarem os dados pessoais, desenvolvem perfis em que reproduzem informações unilateral-

A novidade é o meio onde se produzem (e replicam) as *fake news* – no ambiente digital *online* –, bem como as suas finalidades – orientadas de acordo com certos princípios ideológicos que pretendem desinformar sobre as mais variadas opções político-económicas, e manipular, condicionar, dessa forma, a opinião pública. A verdade passa, assim, a ser um valor secundário; importa que fique inscrita, pelo público recetor da mensagem, a opinião emitida em certa direção e com propósito específico, sobre um facto – verdadeiro ou falso –, mas em detrimento deste.

Parece, assim, assistir-se à passagem de uma Sociedade de Informação para uma Sociedade de Desinformação.

5. Considerações conclusivas

A *Era digital* potencia uma experiência de expansão virtualmente ilimitada da liberdade de expressão, mas, por outro lado, dada a amplitude, dispersão e capacidade de encobrimento dos meios tecnológicos que dificultam a identificação e responsabilização, permite aumentar e avolumar os respetivos excessos e violações, com o risco de grandes margens de impunidade.

A resposta a este cenário é, por isso, um desafio sem precedentes a considerar pelos Estados, no sentido de se procurarem soluções normativas para a regulação de um setor cujo nível de desorganização parece tornar-se altamente inquietante.

A pretexto da inalienável necessidade de tutela de certos direitos fundamentais e humanos, não pode, de acordo com uma adequada metódica de ponderação, subalternizar-se sistematicamente a liberdade de expressão, transformando um cenário de expectativa de desenvolvimento civilizacional das sociedades pluralistas, multiculturais e inclusivas enformadas pelo Estado de direito numa realidade indesejavelmente distópica.

Mas será que o Estado deve – e pode, ainda – garantir o pluralismo de ideias e de opiniões nas sociedades da Hipermodernidade, com acentuadas clivagens éticas, ideológicas e religiosas?

Convirá, em vez de dar respostas "à flor da pele" e de prever punições, estudar a evolução dos fenómenos comunicacionais em rede e tentar intervir sobre eles, regulá-los, à escala global – como será inevitável – para, só assim, minorar efeitos não só indesejados como contraproducentes, relativamente a um meio que tem um crédito de expectativa de liberdade e de desenvolvimento do potencial humano.

Ser prudente na Hipermodernidade talvez signifique, como observa Karl Popper, não ter certezas – ou, pelo menos, muitas certezas – e ter de "prosseguir no desconhecido, no incerto, no inseguro".

mente orientadas e de acordo com as preferências do utente, ocultando informação contraditória ou alternativa, gerando um quadro informativo não pluralista.

A (I)MODERAÇÃO DE COMENTÁRIOS ONLINE

Luísa Neto*

SUMÁRIO: 1. O contexto: a redefinição do espaço público. — 2. A discussão dos possíveis níveis de controlo: auto-regulação, co-regulação, hetero-regulação. — 3. A autoria da lesão: o problema do anonimato na *Internet*. — 4. A suscetibilidade de lesão: os bens protegidos. — 4.1. Em geral, a proteção poliforme da vida privada. — 4.2. Direito à honra e ao bom nome. — 4.3. Direito à imagem. — 5. Em especial, a discussão da restrição das liberdades de informação e expressão. — 6. As formas de tutela como irradiação das previsões constitucionais: o nexo de causalidade e a potenciação do dano; Conclusão.

1. O contexto: a redefinição do espaço público

O tema que nos propomos tratar¹ implica uma delimitação clara do contexto da eventual moderação de comentários *online* que expressem uma estru-

* Prof. Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e CIJE-FDUP (Ineto@direito.up.pt).

¹ Texto correspondente a comunicação apresentada no seminário Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto no dia 3 de março de 2020. A autora havia abordado já o tema em *Um outro tipo de "freios e contrapesos": a comunicação social no contexto do Estado de Direito Democrático*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, FDUL, Coimbra Editora, Volume II (Direito Constitucional e Justiça constitucional) Coimbra Editora, 2012, pp. 455-509 e *Informação e liberdade de expressão na Internet e violação de direitos fundamentais: um conflito de (im)possível resolução*, in *Informação e liberdade de expressão na internet e a violação de direitos fundamentais, comentários em meios de comunicação on line* – INCM/ Procuradoria-Geral da República, Coleção Direito, Jurisprudência e Doutrina, Junho de 2014, pp. 27-48. A autora escreve segundo as regras ortográficas anteriores ao Acordo de 1990.

tura e intenção de discurso de ódio, num quadro de consideração dos direitos e bens envolvidos e respetiva suscetibilidade de restrição. Por um lado, a liberdade de expressão sempre funcionou como válvula catártica de escape no espaço público. Por outro lado, a delimitação impõe a vedação de comportamentos que correspondam a um potencial de dano discriminatório (v.g. intersectorial). Ora, no contexto cibernético atual, a intersecção dos bens protegidos implica uma reconceptualização dos fundamentos em causa.

Declarou em tempos Pierre Bourdieu que “[L]’*opinion publique n’existe pas*”², na alusão à opinião pública e impessoal como forma discursiva efémera. Parece-nos que nunca tal asserção foi tão verdadeira como no contexto da web 2.0³. De facto, e como afirmou Hillary Clinton na Washington University em 15 de fevereiro de 2011⁴: “*The Internet has become the public space of the 21st century – the world’s town square, classroom, marketplace, coffeehouse, and nightclub*”.

Sabemos que o ambiente de Estado de Direito democrático reclama um contexto de transparência tão bem sintetizado por David Brin no título da sua obra de 1998⁵. Neste sentido, as matérias atinentes à sociedade de informação suscitam o interesse da comunidade em geral e integram os “fundamentais do Estado”, por serem hoje pedra de toque do discurso democrático e da construção de uma sociedade formal e materialmente inclusiva, colocando desafios importantes quanto ao próprio desenho do que sejam as tradicionalmente entendidas divisão e separação de poderes.

Assim, a actual ágora ou o espaço público moderno delineado por Habermas⁶ apresenta necessidades e condicionantes diferentes, numa tentativa de so-

² *L’opinion publique n’existe pas*, in Questions de Sociologie, Paris : Minit, 1984. Veja-se ainda DOMINIQUE REYNIÉ, *Le triomphe de l’opinion publique*, Paris : O. Jacob, 1998.

³ Para tratamento aturado das questões aqui pressupostas vejam-se, por todos, JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, Coimbra: Almedina, 2012 e JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, Dissertação do Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Porto: FDUP, 2012.

⁴ HILLARY CLINTON, “Internet Rights and Wrongs: Choices & Challenges in a Networked World”, George Washington University, 15 de Fevereiro 2011, disponível em <https://2009-2017.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2011/02/156619.htm>

⁵ DAVID BRIN, *The Transparent Society*, Boston: Addison Wesley, 1998.

⁶ J. HABERMAS, *L’Espace Public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris: Payot, 1978 (ed. orig., 1962)/ JURGEN HABERMAS, *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. Em termos de actualização, vejam-se por todos, CÂNDIDO MONZÓN, *Opinión Pública, Comunicación y Política*, Madrid: Tecnos, 1996, JAMES CURRAN, “Rethinking mass communication”, in James Curran, David Morley e Valerie Walkerdine (eds), *Cultural Studies and Communications*, Londres: Arnold, 1996 e N. FRASER, “Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy”, in C. CALHOUN (ed), PETER DAHLGREN (ed), *Communication and citizenship: Journalism and the public sphere*, London and NY: Routledge, 1997 (reprint). Veja-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático, Direito à Informação ou deveres de protecção informativa do Estado”, Revista da FDUP, Edição comemorativa dos dez anos da FDUP, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 623-651, em especial quanto aos conceitos de “comunicação hierarquizada” e “comunicação reticular”.

pesagem de tendências de desregulamentação, privatização e liberalização e num duplo sentido, complementar, de mundialização e localização.

Entendida a informação numa acepção mais estrita, de comunicação social, a questão é hoje já outra: “a ‘revolução digital’ rompeu as fronteiras que antes separavam as três formas tradicionais de comunicação: o som, a escrita e a imagem. Permitiu o surgimento e o avanço da Internet, que representa um quarto modo de se comunicar, uma nova maneira de se expressar, de se informar, de se distrair”, como escrevia Ignacio Ramonet⁷. E continuava: “três esferas que antes eram autónomas: de um lado, a cultura de massa, com sua lógica comercial, suas criações populares, seus objectivos basicamente mercantis; de outro, a comunicação, no sentido publicitário, o marketing, a propaganda, a retórica da persuasão; e, finalmente, a informação, com suas agências de notícias, boletins de radiodifusão ou de televisão, a imprensa, as redes de informação contínua (...) foram-se misturando pouco a pouco, até constituírem uma única esfera, ciclópica, na qual é cada vez mais difícil distinguir as actividades pertencentes à cultura de massa, à comunicação ou à informação”⁸.

Numa outra abordagem, Javier Echevarria⁹ lembrava que “a nova forma de ser súbdito consiste em dedicar quotidianamente algum tempo a escutar ou a ver a corte”. Ora, se a liberdade dos *media* não é mais do que a extensão da liberdade colectiva de expressão, fundamento da democracia, os novos desafios dos *media* resultam hoje da necessidade de considerar suportes diferenciados que permitam o *animus* sociocultural da nova sociedade da informação¹⁰, em contextos que são hoje também os de uma — ao menos no entender de alguns — ciberdemocracia¹¹.

Sucedem que esta — *quod erat demonstrandum* — ciberdemocracia, que enlaça a sociedade da informação, impõe exigências diferenciadas ao ramo de Direito que delas se ocupa, dada a necessidade de contemporização com a reserva do “tecnologicamente possível”¹² e a inexistência de claros limites espaciais de aplicação normativa.

⁷ Editorial do *Monde Diplomatique* de Outubro de 2003.

⁸ *Idem*, op. e loc. cit. s. Vejam-se ainda LUÍSA NETO, “Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global de informação”, in *A informação jurídica na era digital*, 24 e 25 de Fevereiro de 2011, Porto: Afrontamento, CETAC Media, 2012, pp. 41-55 e LUÍSA NETO, “Um outro tipo de “freios e contrapesos”: a comunicação social no contexto do Estado de Direito Democrático”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, FDUL, Coimbra: Coimbra Editora, Volume II (Direito Constitucional e Justiça constitucional) Coimbra Editora, 2012, pp. 455-509.

⁹ *Apud* FRANCISCO RUI CÁDIMA, *Desafios dos novos media: a nova ordem política e comunicacional*, 2ª ed, Lisboa: Editorial Notícias, 1999, p. 26.

¹⁰ J. FERREIRA SALGADO, *Informação e civilização*, Ordem dos Advogados, Conselho Distrital do Porto, 1973, Conferência proferida pelo autor em 11 de Maio de 1973.

¹¹ Vejam-se TIMOTHY FENOULHET, *Democracy and the information society*, European Commission, DG XIII, January 1996, NOAM CHOMSKY, *Necessary Illusions*, London: Pluto, 1989 e PIERRE LÉVY, *Ciberdemocracia*, Lisboa: Instituto Piaget, 2003, pps. 28, 33 e ss e 171.

¹² Sobre este conceito, leia-se CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de DF na era tecnológica”, RFDUP, Coimbra: Coimbra Editora, A. 7, 2010, pp. 19-34.

Assim, se a protecção da individualidade da pessoa em contexto cibernético deve ser a continuidade da protecção garantida pelo Estado na realidade *offline*, a imaterialidade¹³ convoca todavia desafios acrescidos. Trata-se pois de saber se é ainda possível a utilização dos “odres velhos” para conter e disciplinar o “vinho novo” da Internet¹⁴, em especial quanto à susceptibilidade de aplicação da dogmática comum da responsabilidade civil e penal e da protecção dos direitos fundamentais à realidade fáctica da Internet, em particular no que respeita aos conteúdos gerados em contexto que não diferenciam o emissor e o receptor de informação (*producers*)¹⁵.

Fundamentalmente, a discussão da responsabilização pela liberdade de expressão e informação digital *online* – *rectius*, pela respetiva possível ilícita violação – encontra escolhos na imensidão da informação disponível, não filtrada, constantemente actualizada e virtualmente impossível de apagar¹⁶, contribuindo para a qualificação de Castells de sociedade em rede ou para aquilo a que Domingos Farinho já qualificou como “verdadeiro ecossistema virtual”¹⁷. Ora, este ecossistema é composto por uma miríade de diferenciados agentes – não raro com interesses últimos contraditórios e de difícil compatibilização, como operadores de telecomunicações, fornecedores de acesso à Internet, fornecedores de bens e serviços *online*, gestores dos *websites* e, claro, os utilizadores, ou cibernautas – e ancora-se no já referido carácter não espacial de aplicação da regulação e de escolha e, ainda, no *a priori* lícito anonimato digital¹⁸.

A edição electrónica – que corresponde no fundo ao Webcasting e à “colocação em linha”, e o acesso às mensagens ou a sua transmissão por solicitação individual ou a pedido do destinatário (“ponto a ponto”) – traz novi-

¹³ CARLA PRINO, *O enquadramento legal do facebook*, dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012.

¹⁴ Expressão celebrizada por MANUEL CARNEIRO DA FRADA em “Vinho novo em odres velhos?», *A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, II, Abril de 1999), depois objecto de republicação em *Direito da Sociedade de Informação*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹⁵ Para dilucidação do conceito, na terminologia de conceitos gerados por utilizadores (CGU), veja-se JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, pp. 30 ss.

¹⁶ A ‘reserva do tecnologicamente possível’ impede a real concretização do *right to be forgotten* (*droit à l’oubli*) em atual equação acrescida desde a repectiva previsão no artigo 17.º do Regulamento Geral de Protecção de Dados – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados -, a que em Portugal acresce a consideração da Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto.

¹⁷ DOMINGOS SOARES FARINHO, *Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 14. No mesmo sentido, Daniel J. Solove, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*, New Haven e Londres: Yale University Press, 2007, pp. 4 e 5.

¹⁸ Neste sentido, JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., pp. 79 ss e JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im) possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit., p. 18.

dades no próprio conteúdo das mensagens comunicadas na Internet, já que as mesmas utilizam suporte digital e se expressam em código binário. Ou seja: a Internet não apenas é multimédia pelo facto de reunir vários meios de comunicação num só, mas as próprias mensagens que veicula podem ser, elas mesmas, multimédia.

Ora, se a violação dos direitos potencialmente ciberenvolvidos não é novidade exclusiva do mundo *online*, o certo é que novas formas de perpretação e de escusa — parcialmente legítima às responsabilidades — contribui para o ferrão da “letra escarlata digital” de que fala Daniel Solove¹⁹.

Assim, se os meios de comunicação *on line* são veículo da liberdade de expressão e informação, importará perceber se a forma de regulação dos comentários que surgem em ambiente digital — v.g. através da obrigatoriedade de registo de leitores para efeitos de comentários, prévia aferição, colocação de filtros, aposição de *disclaimer* de responsabilidade, *maxime* remoção — cumpre e não viola o princípio da proporcionalidade e, muito em especial, o princípio da proibição do excesso. Os modelos são diversos, mas a atenção ao tema é óbvia.

Em Portugal, a alteração da abrangência subjetiva do conceito de comunicação social²⁰, resultava já evidente de deliberação (1/DF-NET/2007) da Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERCS) que veio prever que, a partir de então, todas as pessoas que sentissem violados os seus direitos de expressão em sítios da Internet que cumprissem uma função de veículo de comunicação pública pudessem ver as suas queixas atendidas pelo Conselho Regulador²¹, atendendo a que a este órgão compete a salvaguarda do respeito pelos direitos, liberdades e garantias na promoção de um espaço público mediatizado que se quer livre e democrático. Na sua Deliberação 2/CONT-NET/2011, o Conselho Regulador tinha condenado o Jornal de Notícias “por ter[em] ultrapassado limites que devem ser respeitados pelos órgãos de comunicação social em todos os conteúdos que transmitem, sejam ou não da sua autoria imediata, (...) e instado, a “de futuro, não validar[em] os comentários online que tenham as características *supra* referidas” e na Deliberação

¹⁹ Veja-se DANIEL J. SOLOVE, *The Future of Reputation...*, op. cit., pp. 76 ss.

²⁰ Para análise da perspectiva da liberdade de comunicação social para não jornalistas, sugere-se a leitura de DOMINGOS SOARES FARINHO, “TODOS têm direito à liberdade de imprensa? A propósito do caso Apple vs Doe e da decisão do tribunal de apelo do estado da Califórnia”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 12, Outubro-Dezembro 2007, em especial p. 64.

²¹ Recorde-se que em Maio de 2008 pela primeira vez em Portugal um *blog* foi suspenso na sequência de uma decisão de um tribunal que determinava que a Google tinha de impedir de imediato o acesso ao blogue. O blogue Póvoa Online era acusado pelo presidente e vice-presidente da Câmara da Póvoa do Varzim, Macedo Vieira e Aires Pereira, de os difamar. O tribunal considerou que “a maior parte do conteúdo do blogue” consistia em “artigos de opinião” e que os autores criticavam Macedo Vieira e Aires Pereira, não apenas como presidente e vice-presidente da Câmara, mas também como “cidadãos, pais, familiares e amigos”. A sentença considerou também que diversos textos do Póvoa Online não eram feitos como “uma crítica construtiva, baseada em factos provados, concretos e objetivos, mas com o objetivo de difundir, junto do público, de forma gratuita, a ideia de que os requerentes são corruptos e corruptíveis”.

210/2013 (CONTJOR-I), aquele Conselho determinou que o mesmo órgão de comunicação adotasse “um sistema que permita o eficaz controlo dos comentários publicados online, de modo a evitar a presença no seu sítio eletrónico de conteúdos ofensivos da dignidade da pessoa humana e que manifestamente ultrapassam os limites da liberdade de expressão”.

A discussão passou a ter parâmetros mais claros com a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 10 de outubro de 2013, no caso *Delfi AS vs Estónia* (Processo n.º 64569/09). A *Delfi SA* é um portal de notícias na Estónia, que foi jurisdicionalmente censurada por se ter entendido que “podia ter feito mais” para evitar determinado tipo de comentários, assim legitimando as restrições à liberdade de expressão *online*.

Por outro lado, mais recentemente, leis em Estados europeus acentuam a relevância da matéria, como no caso da Itália ou da Bélgica e, *maxime*, com a entrada em vigor em 1 de janeiro de 2020, na Alemanha, da nova *NetzDG* (*Netzdurchsetzungsgesetz*, Lei de Fiscalização da Rede, em tradução livre), com regras claras e temporalmente exigentes quanto à remoção de comentários.

Sabemos que a definição dos níveis de visibilidade digital cabe — ao menos parcialmente — a cada prestador de serviço, bem como a definição das opções de perfil privado de perfil público e de semi-público, e de moderação ou não de comentários *on line*. Mas a responsabilidade decorrente do exercício de tal opção pode ainda depois revelar-se agigantada com a possibilidade de partilha (*share/link*), impossibilitando uma real linha de fronteira com redes sociais como o Facebook ou o Twitter e trazendo novos desafios aos diplomas reguladores gerais da lei de imprensa.

Se a Internet se assume como um espaço por excelência para a perpetuação de violações de direitos de propriedade industrial e, em particular, atentados contra marcas registadas no mundo analógico²², até que ponto é legítimo fazer impender sobre o fornecedor do serviço de armazenagem de meios de comunicação social a obrigação imediata de retirar ou impossibilitar, por si mesmo, sem ordem de nenhum tribunal ou entidade administrativa competente, o acesso a esse determinado conteúdo? ²³ Aliás, um primeiro problema na matéria de que nos vimos ocupando pode ser desde logo o da qualificação, para efeitos de direitos de autor, de alguns tipos de propriedade digital. Os caracteres novos desta forma de transmissão de mensagens implicam a necessidade de tratamento técnico-sistemático dos problemas que esta admirável “propriedade tecnodigital” coloca²⁴. Hoje em dia não se

²² Sobre técnicas de *cyber squatting* e uma miríade de insuspeitas questões, veja-se SOFIA FILGUEIRAS, *Direitos de Autor Relativos a Criações Virtuais e Avatares*, RFDUP, Coimbra: Coimbra Editora, Ano VI — 2009, pp. 511 e 516, ss e SOFIA FILGUEIRAS, “Problemas Reais da Propriedade Intelectual nos mundos virtuais”, in *A informação jurídica na era digital*, org. Luísa Neto, Fernanda Ribeiro, Ricardo Perlingeiro, Porto: Afrontamento, CETAC Media, 2012, pp. 159 ss.

²³ Sobre o assunto, veja-se ainda BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

²⁴ Os direitos de autor — enquanto feixes complexos de direitos de índole pessoal e patrimonial — são particularmente vulneráveis nos casos de ilicitude de conteúdos colocados e difundidos na Internet, sendo prática reiterada o *upload* e *download* de obras protegidas sem

deve visar impedir a reprodução mas sim conseguir assegurar que essa reprodução seja feita em condições²⁵.

Por outro lado, a proibição geral de dispositivos que impeçam o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma eletrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços. Por esta razão, a matéria da proteção da propriedade digital encontra-se também ligada de forma clara à matéria da privacidade e proteção de dados pessoais, regulada entre nós pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante RGPD).

Outra matéria com óbvia intersecção é a da nova regulamentação e obrigação de arquivo aberto, que pode de alguma forma conflitar com os prazos de domínio público. Nesta senda, é interessante compulsar a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto – com alterações –, que aprovou o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, transpondo a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro.

Acresce que as regras do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – em especial as relativas às condições de reprodução e de participação financeira – não foram feitas para regular este novo meio de comunicação, como acentuam o Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal e o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico. É certo que o referido Código em vigor – mormente na versão republicada com a Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, correspondendo à transposição da Diretiva 2001/29/CE – é aberto aos meios de comunicação vindouros mas não oferece uma regulamentação específica com sistematicidade suficiente para as novas questões do multimédia.²⁶

Ora, o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro²⁷ que aprovou o Regime Jurídico do Comércio Eletrónico (doravante RJCE) veio prever caber aos

o consentimento do respetivo dono.

Veja-se a Declaração do Conselho da Europa sobre a atribuição e gestão do dividendo digital e o interesse público (20-02-2008) e ainda ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Problemas atuais da gestão do direito de autor : gestão individual e gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação", Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, 2003, pp. 17-37.

²⁵ Leia-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "O Direito de autor no ciberespaço", *Portugal-Brasil ano 2000*, Tema Direito, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 83 e ss, neste caso p. 102. Para igual desenvolvimento do tema veja-se ainda do mesmo autor, "O direito de autor no ciberespaço", [S.l.] : [s.n.], 1999, pp. 45-64, Sep. de RDR, nº 14, Maio e, ainda, *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*, Coimbra: Almedina, 2001. Veja-se, ainda, por todos, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital", Coimbra: Coimbra Editora, 2001, BFDUC, *Studia Iuridica*, 55.

²⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, veja-se LUÍSA NETO, *Novos direitos...*, op.cit., Capítulo VIII, pp. 153 e ss.

²⁷ Este diploma veio transpor a Diretiva n.º 2000/31/CE. Foi entretanto já alterado de forma significativa pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 40/2020, de 18 de Agosto.

prestadores intermediários de serviços “a obrigação, para com as entidades competentes, de satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem”, acrescentando que o “prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento da atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação”, pelo que ao que parece está a obrigar o prestador de serviços a retirar o acesso logo que exista uma denúncia. A solução encontrada pelo legislador pode parecer adequada em casos de, por exemplo, manifesta “incitação à violência”, mas na maior parte das vezes a ilicitude pode não ser tão evidente.

2. A discussão dos possíveis níveis de controlo: auto-regulação, co-regulação, hetero-regulação

O Direito não é alheio à necessidade de regulação *hoc casu*. Há normas, e há sanções. Já questão diferente é a da susceptibilidade ou da facilidade na sua aplicação.

Tal como salienta José de Oliveira Ascensão²⁸, está provavelmente hoje em causa a opção entre a regulamentação ou regulação, ou a visão da regulamentação como entrave à regulação. Mas este debate tem variadas perspectivas paralelas e reciprocamente subsidiárias: económica, jurídica, tecnológica.

Seja como for, a questão deve ser vista à luz da evidência de que a eventual restrição – e/ou mero condicionamento – de direitos, liberdades e garantias como os que ao caso subjazem, não pode deixar de acolher os critérios de legitimidade constitucionalmente previstos na lei fundamental portuguesa – que acompanha nesta matéria aliás os principais documentos internacionais atinentes à matéria. De facto, o direito à informação vem claramente previsto em instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁹. Veja-se por exemplo o artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou, na mesma linha, o artigo 10.º da Convenção Europeia, relativo à liberdade de expressão³⁰. É aí patente que esse direito é indissociável da liberdade de opinião que é o seu

²⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “E agora? Pesquisa do Futuro Próximo”, in AA.VV., *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 62.

²⁹ Entre nós merece desenvolvimento primordial na Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) de 1976, diretamente nos seus artigos 37.º a 41.º, depois de decorrer já dos princípios gerais enformadores do sistema.

³⁰ O artigo 9.º deste mesmo último texto internacional refere-se à liberdade de pensamento, consciência e religião, enquanto a protecção da actividade social e política vem prevista no artigo 11.º, em articulação com as liberdades de reunião, associação, criação e filiação, sindicatos, livres eleições e a previsão do artigo 3.º.

fundamento e exige concatenação, num sentido ainda mais específico, com a garantia de acesso a uma informação objectiva e pluralista.

No entanto, abstendo-se de ingerências preventivas ilícitas e de excessivas cláusulas de limitação, o Estado pode adoptar uma de várias atitudes não exclusivas ou excludentes entre si face ao direito à informação, dos informados e dos que informam: a de abstenção e/ou neutralidade, o traçar de linhas de política, a participação na gestão, a total gestão³¹. Trata-se de gerir as opções políticas de base que sustentam um direito à verdade e à transparência, discutindo a preferência por um modelo de auto-regulação (por muitos referenciada como *netiquette*), co-regulação – v.g. com aprovação de códigos de conduta *inter pares* – ou hetero-regulação ou, ainda, a da asunção de um modelo cumulativo.

Muitos são os que alertam para o facto de a economia depender fortemente da informação – e sobretudo da informação personalizada que permita ao mercado actuar de forma cada vez mais precisa. É aliás provavelmente nesta sede que surge como mais evidente a intersecção com a evidência de que já se falou: a informação como mercadoria, neste caso paredes meia com a ideia da regulação dos serviços da sociedade da informação como incluindo o comércio electrónico³².

“É evidente que a crença na virtude da informação livre é mais profunda do lado liberal, porque se ajusta à institucionalidade da democracia representativa. Assim, os *media* devem ser um dos mecanismos de escrutínio dos representantes políticos, colocando no domínio público tudo o que cabe na relação entre a sociedade o Estado. Ou seja, contrabalançando o potencial opressor dos Estados através da desocultação e da publicitação em nome do interesse público, de modo a capacitar o cidadão para avaliar e decidir (...)”³³ No entanto “o ideal democrático requer não apenas um público informado, mas também que o debate dos assuntos de importância pública seja aberto a uma pluralidade de vozes e perspectivas (...). Deste ponto de vista, a deliberação política deve incluir formas de debate e reflexão alargadas e transparentes no espaço público mediático”³⁴. É que, hodiernamente, mais do que instância de mediação, os *media* vão muito para além do papel de produção de informações,

³¹ Para análise concreta em especial das relações entre imprensa, democracia e totalitarismo, a relação desta com outras ideologias ao longo da História e as suas múltiplas manifestações na democracia dos nossos dias em especial nos meios de comunicação social, veja-se PAULO OTERO, *A Democracia totalitária: do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária* – a influência do totalitarismo na democracia do século XXI, Lisboa: Principia, 2001. Veja-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Direito Constitucional aplicado, Viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos*, Lisboa: Quid Juris, 2007, em especial a Parte V (Informação, Direitos e Estado – pp. 315 e ss).

³² Neste sentido específico, vejam-se B.D. LOADER, “The governance of cyberspace. Politics, technology and global restructuring”, in B. D. Loader (ed.), *The Governance of Cyberspace*, 1997, Londres: Routledge, pp. 1-19, J. Slevin, *The Internet and Society*, 2000, Oxford: Polity Press, pp. 1-10 e pp. 214-235.

³³ JOSÉ RICARDO CARVALHEIRO, “O triângulo bloqueado: media, política e cidadãos na democracia local”, UBI/LabCom, disponível *on line* em <http://bocc.ubi.pt>, Biblioteca on line de Ciências da Comunicação, p. 5.

³⁴ *Idem*, op. cit., p. 6.

para se tornarem em actores cuja presença e características têm implicações na própria configuração dos vértices da política e da cidadania.

Aliás, não pode deixar de se assinalar que a Internet opera, ainda, a transformação do direito de autor em acto económico de consumo, sendo curioso que as matérias do "direito de autor tecnológico" estejam hoje a ser tratadas no domínio do regime do comércio electrónico³⁵ ou da concorrência desleal. De facto, a proibição geral de dispositivos que impeçam o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma electrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços. Assim, a *World Wide Web* veio introduzir no tratamento dos direitos de autor questões novas, como as da digitalização, da convergência e da interactividade³⁶.

3. A autoria da lesão: o problema do anonimato na Internet

O anonimato — *id est*, a mera identificabilidade do IP (Internet Protocol)³⁷ que sinaliza apenas o computador que emite os dados para serem transportados na rede sem identificabilidade da pessoa física do utilizador que acede à Internet— foi magistralmente espelhado no cartoon de Peter Steiner publicado 5 de Julho de 1993 no jornal *New Yorker*: "*On the internet, nobody knows you're a dog*".

Este anonimato pode ser visto como corolário do direito à reserva da intimidade da vida privada, mas há-de ceder, como em qualquer situação de conflito ou colisão, perante outros direitos ou outros bens constitucionalmente protegidos — *maxime*, em caso de ilicitude³⁸.

³⁵ Esta é matéria que está naturalmente apartada do escopo do nosso tema, nos termos em que foi o mesmo delimitado previamente. Ainda assim, para além do Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, veja-se ainda ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Serviços da sociedade da informação: alguns problemas jurídicos do comércio electrónico na Internet*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001.

³⁶ Veja-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "E agora? Pesquisa do Futuro Próximo", op. e loc. cit.

³⁷ Excluir-se-á aqui a referência a técnicas de *spoofing* que implicam a apropriação de elementos informáticos alheios como forma de evitar a localização real na rede.

³⁸ É aliás esse o sentido da *disclosure* exigida pelo Regime Jurídico do Comércio Electrónico, quando prevê a obrigação de os prestadores intermediários de serviços identificarem os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem face a pedido da entidade competente. JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., p.80, admite no entanto que "[O] Decreto-lei não estipula em que situações o pedido ou a satisfação do mesmo deve ser cumprido, mas, em nosso entender, de acordo com o supra exposto, apenas será legítimo à entidade competente solicitar tais informações quando tiver fundadas suspeitas de que o utilizador em causa praticou um acto ilícito, sob pena de violação do direito ao anonimato.

4. A susceptibilidade de lesão: os bens protegidos

Apesar da confusão e intersecção com os conceitos de direito à honra, à imagem, à reputação e ao bom nome, a protecção poliforme da vida privada tende a proteger a paz e a tranquilidade da vida pessoal e familiar e, por consequência, a liberdade, e não deve ser confundida com a protecção de interesses inspirados em fim diferente.

4.1. Em geral, a protecção poliforme da vida privada

A protecção da vida privada visa garantir instrumentalmente a liberdade de cada um se determinar a si próprio num "espaço vital" ao abrigo da indiscrição alheia.

Mas a ideia de sociedade transparente leva a perguntar qual pode ser actualmente o conteúdo último do *right to be let alone* destacado por Samuel Warren e Louis Brandeis?³⁹ De facto, se em 1890 *Brandeis* definia este direito como *the most valued by civilized*, algumas décadas depois, mesmo se a formulação parece ainda exprimir uma evidente sensatez, é cada vez mais difícil de perceber como poderá esse "direito" ser assegurado na sua totalidade⁴⁰. Não parece que possa, ao menos aprioristicamente, fazer-se uma enumeração completa e indiscutível deste conteúdo, nem o legislador teve essa pretensão, utilizando uma cláusula geral e afastando qualquer tipo de taxatividade⁴¹.

A noção integra o direito de se opor às ingerências de outrem, mas não ficam por aqui as possibilidades de enriquecimento do conceito, a pressupor elaboração doutrinal e jurisprudencial permanentes, nomeadamente num tempo em que as ameaças aos direitos fundamentais que decorrem da eficácia horizontal – da comunidade – se apresentam provavelmente com tanta força como as que tradicionalmente correspondiam às ameaças estaduais – eficácia vertical.

Acresce que o direito à reserva é simultaneamente previsto como direito fundamental e como direito de personalidade: os primeiros relevam do direito constitucional e pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relevam do direito civil e regulam tendencialmente relações de igualdade, os primeiros colocam a pessoa perante o poder público, os segundos apontam-lhe uma esfera autónoma de realização, mesmo face a outros cidadãos.

³⁹ Para desenvolvimento, veja-se SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, V. IV, n.º. 5, 1890, pp. 193 ss.

⁴⁰ LUÍSA NETO, *Novos Direitos – ou novos objectos para o Direito?*, Porto: Editora Universidade do Porto, 2010, Capítulo IV, pp. 65 ss.

⁴¹ Neste sentido, veja-se a doutrina expendida nos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º s 120/80, 17/83 e 92/91. No que tange ao recorte constitucional do direito à privacidade, veja-se por todos Paulo Mota Pinto, "A protecção da vida privada no Tribunal Constitucional", *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, Abril-Junho 2006.

A protecção da vida privada — mormente em contexto *online*⁴² — projecta-se ainda na previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade também previsto entre nós constitucionalmente.

E uma das matérias hoje mais sensíveis quanto à delimitação ordinária da protecção da vida privada radica na “autodeterminação informacional” a que se refere o artigo 35.º da CRP.

A consideração das lesões deve ser avaliada *in concreto*, mas não prescinde de um juízo de adequação social que conforma a exigência de licitude. Ou seja, se todos realçamos a importância da protecção da vida privada na complexidade das relações jurídico-sociais, se têm aqui operância as teses quanto à vinculação do legislador ordinário pelos direitos fundamentais, há também que não ter medo de afirmar que se deve atender à chamada teoria das bagatelas como princípio de interpretação e conformação social: de facto, tal como o direito penal exclui a protecção típica quando entende não existir adequação social, é importante que percebamos que o âmbito de protecção do direito à reserva da vida privada exige hoje, no mundo actual, uma configuração obviamente distinta daquela a que se referia Brandeis no final do século XIX. Mormente no cenário *online*.

4.2. Direito à honra e ao bom nome

A honra, o crédito e o bom nome⁴³ de uma determinada pessoa são direitos de personalidade frequentemente lesados na Internet. De facto, importa aliás aqui lembrar o aumento possivelmente exponencial de ofendidos para além daqueles inicialmente configurados pelo autor dos factos danosos, devido ao efeito de multiplicação da mensagem da rede.

No entanto, o legislador apenas considera ilícitos os comportamentos violadores do bom nome e do crédito quando estes consubstanciem afirmações ou declarações de facto, daí que se encontrem excluídos os juízos de valor ou meras opiniões, uma vez que estas estão integralmente legitimadas pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Esta linha tem sido seguida pela jurisprudência — *v.g.* dos tribunais da Relação e até do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — que tem vindo a aderir à admissão (que se reputa excessiva) do ataque desproporcionado, salvaguardando a sátira e assumindo a distinção entre notícia e crónica para afastar de alguns cenários de discurso político os pressupostos de aplicação dos artigos 70.º e 483.º do Código Civil, não raro com recurso à doutrina da causalidade adequada.

⁴² Poderemos ver como claras violações da reserva da intimidade de vida privada a obtenção de dados pessoais sem autorização do respectivo titular, nomeadamente através da aposição de *cookies* — históricos de navegação.

⁴³ Sobre este ponto, veja-se, por todos, FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra: Almedina, 2011.

Devem aqui ser operativamente trazidos à colação, decisões do TEDH em que este alto tribunal tem feito pender a balança no sentido do predomínio da liberdade de expressão em detrimento do direito à honra⁴⁴, em especial:

- Acórdão Oberschlick contra Áustria, de 1 de julho de 1997;
- Acórdão Bladet Tromso e Stensaas contra a Noruega de 20 de maio de 1999;
- Acórdão Colombani e outros contra a França, de 25 de junho de 2002;
- Acórdão Ernst e outros contra a Bélgica, de 15 de julho de 2003;
- Acórdão Amihalachioaie contra a Moldova, de 20 de abril de 2004;
- Acórdão Karhuvaara e Iltalehti contra a Finlândia de 16 de novembro de 2004;
- Acórdão Brunet-Lecomte e SARL Lyon Magazine contra a França de 20 de Novembro de 2008⁴⁵.

Entre nós, será também de trazer à colação o caso Manuel Maria Carrilho contra António Barreto, decidido pelo Tribunal da Relação do Porto em 2002⁴⁶,

⁴⁴ Comentado por EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, no *Jornal Público*, em 27 de Agosto de 2007. No mesmo sentido, CLARA VIANA, *O espaço da vida privada encolheu para os políticos*, *Público*, P2, Domingo, 13 de Abril de 2008.

⁴⁵ FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão, os casos portugueses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, elenca os casos a partir da pp. 21 :

Lopes Gomes da Silva contra Portugal, 2000

Urbino Rodrigues contra Portugal, 2005

Roseiro Bento contra Portugal, 2005

Almeida Azevedo contra Portugal, 2007

Colaço Mestre contra Portugal, 2007

Leonel Alexevedo contra Portugal 2008

Campos Dâmaso contra Portugal, 2008

Women on waves e outros contra Portugal, 2009. Este último caso foi também abordado em "A liberdade de expressão não diz apenas respeito às ideias", Francisco Teixeira da Mota, *Público*, 14 de Fevereiro de 2009. Por outro lado, e por ser exemplificativa nesta matéria, faz-se igualmente apelo à jurisprudência mais significativa do Supremo Tribunal Federal dos EUA: *Brown v. Oklahoma*, *Cantwell v. Connecticut*, *Chaplinsky v. New Hampshire* (landmark case), *Cohen v. California* (landmark case), *Doe v. Michigan*, *Feiner v. New York*, *Gooding v. Wilson*, *Lewis v. City of New Orleans*, *R. A. V. v. St. Paul*, *Rosenfeld v. New Jersey*, *Terminiello v. Chicago*, *Wisconsin v. Mitchell*, *Associated Press v. Walker*, *Barber v. Time*, *Beauharnais v. Illinois*, *Braun v. Flynt*, *Cantrell v. Forest City Publishing*, *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets*, *Cohen v. Cowles Media*, *Cox Broadcasting v. Cohn*, *Curtis Publishing v. Butts*, *Dietemann v. Time*, *Galella v. Onassis*, *Gertz v. Welch* (landmark case), *Hustler Magazine v. Falwell*, *Lambert v. Dow Chemical*, *Masson v. New Yorker*, *Milkovich v. Lorain Journal*, *Monitor Patriot v. Roy*, *New York Times v. Sullivan* (landmark case), *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, *Rosenblatt v. Baer*, *Spahn v. Julian Messner*, *Time v. Hill*, *Wilson v. Layne*, *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*.

⁴⁶ Estava em causa um artigo de António Barreto sobre Manuel Maria Carrilho intitulado 'Um homem sem qualidades', publicado no *Público* a 14.11.1999. O tribunal de instrução criminal decidiu a favor de Barreto em inícios de 2002 e em Novembro de 2002 também o Tribunal da Relação mandou arquivar processo de Carrilho contra Barreto.

e o caso Pedro Burmester contra Augusto M. Seabra, decidido pelo mesmo tribunal em Outubro de 2007⁴⁷, e em que o tribunal expressamente declarou: “não nos parece ocorrer ataque pessoal gratuito: o artigo de opinião em causa é apenas mais um, em que o crítico desanca de modo desabrido a política cultural do autarca”.

Em 2007, o Tribunal da Relação do Porto, delimitava, em acórdão⁴⁸: “A expressão usada, mesmo concedendo que o assistente se considerou ofendido, não atinge, sequer, o limiar da relevância penal.” E recordava um acórdão de 2002⁴⁹, em que se determinava que “o direito não pode intervir sempre que a linguagem utilizada incomoda ou fere susceptibilidades do visado. Só o pode fazer quando é atingido o núcleo essencial de qualidades morais que devem existir para que a pessoa tenha apreço por si própria e não se sinta desprezada pelos outros. Se assim não fosse a vida em sociedade seria impossível. E o direito seria fonte de conflitos, em vez de garantir a paz social, que é a sua função”.

4.3. Direito à imagem

Se adoptarmos um conceito lato de comentário, importará ainda fazer referência ao direito à imagem, previsto no artigo 79.º do Código Civil, que proíbe no respectivo nº 1 que o retrato de uma pessoa possa ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela, sem que sejam aplicáveis as causas de exclusão de ilicitude do nº 2. A possibilidade de violação desta proibição surge naturalmente agigantada na Internet, através da circulação de ficheiros contendo fotos ou imagens ou através da gravação de vídeos e da sua posterior publicações em sites de partilha de vídeos (como o Youtube) ou em redes sociais (como o Facebook)⁵⁰.

⁴⁷ FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA comenta o caso na sua crónica do Jornal Público de 17.1.2009. Como enquadramento, vejam-se ainda BERNARD BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Paris: LGDJ, 1995, e AUGUSTO SILVA DIAS, *Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e injúrias*, Lisboa: AAFDL, 1989.

⁴⁸ O Acórdão, tirado no Processo 745811, apresenta o seguinte sumário: “A expressão ‘és um palhaço’, ainda que proferida para manifestar desconsideração, não é ofensiva da honra ou consideração do lesado”.

⁴⁹ Acórdão tirado em 12.6.2002, no Recurso 332/2002.

⁵⁰ Outro tipo de violações ocorrem não pela simples divulgação de uma determinada foto ou imagem, mas da deturpação da mesma (v.g. através de fotomontagens, como no caso do site “Fototanga” ou do caso decidido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 2002, Processo 02B2966, Relator: Ferreira Girão).

5. Em especial, a discussão da restrição das liberdades de informação e expressão

Definido minimamente o conteúdo dos direitos envolvidos, passemos agora à análise das respetivas e inerentes possibilidades de restrição. É que, ao invés do que muitas vezes se entende agitar como bandeira, não obstante a sua aplicação directa e a sua vinculação de entidades públicas e privadas, os direitos, liberdades e garantias são passíveis de restrição, nos termos constitucionalmente adequados, quais sejam os de se visar a concordância prática para a resolução de uma colisão entre este direito e um bem jurídico da comunidade ou do Estado – *v.g.* para o que aqui nos interessa, a amplificação das liberdades de expressão e informação – ou de um conflito entre dois direitos fundamentais distintos, e desde que se manifestem cumpridos os pressupostos da intervenção legislativa proporcional e não retroactiva, e que se não atinja o núcleo mínimo essencial da previsão jusconstitucional.

Recorde-se também que há muito já se abandonou um critério hierárquico de solução de conflitos e colisões: o referido critério da concordância prática incide sobre o tipo e intensidade da lesão em causa, que pode muitas vezes ser mínima, ancorado fortemente no princípio da proporcionalidade nas suas três vertentes: necessidade, adequação e proibição do excesso.

Acresce ainda que a possibilidade de restrição nos termos do artigo 18.º da CRP não é a única forma de conceber a definição de tal núcleo. De facto, da mera sistematização constitucional se retira a possibilidade da consideração de limites imanescentes, restrições implícitas, ou das chamadas teorias de *Tatbestand* alargado ou da conversão – todas estas expressões que de originalidade têm apenas a forma, porquanto sempre se referem à inevitabilidade de compatibilização hermenêutica interna do texto constitucional.

A opção pela moderação ou não moderação de comentários⁵¹ pode por exemplo convocar discussão sobre a obrigatoriedade de possibilitar depois o exercício de direito de rectificação e/ou resposta – fazendo aqui, *stricto sensu*, a distinção entre a reposição do direito à verdade e a consideração do direito à honra – e o papel a assumir por um meio de comunicação *on line* na arbitragem entre leitores.

E é neste contexto que emerge a discussão sobre a regulação de um eventual direito ao esquecimento, criticado pelos que erigem a liberdade de expressão em conduta irrestringível – e “incensurável” – e condenam a possibilidade de remoção de conteúdos partilhados na WWW.

⁵¹ Seja ela de tipo automática ou mediada por operador humano.

Peter Fleischer elencou três situações susceptíveis de contender com a liberdade de expressão⁵², analisadas por Jeffrey Rosen⁵³. Assim, num primeiro momento, estaria em causa o direito de ver eliminado da Internet algo que o próprio tenha publicado: trata-se de remoção de conteúdo com cópia e republicação não autorizadas, assim salvaguardando a atividade jornalística, artística ou literária como excepção para a remoção de informação^{54/55}.

Questão diferente é a da situação em que o titular original daquele conteúdo contacta a plataforma em questão para que remova a informação de quaisquer terceiros que dela se tenham apoderado, esta deverá tomar "todas as medidas razoáveis, incluindo medidas de carácter técnico"⁵⁶ para se assegurar que, também estes, procederam à sua remoção, uma vez que, se assim não proceder, incorrerá em pesadas sanções pecuniárias.

Gradativamente, a previsão mais radical é a da pretensão do indivíduo de ver apagada uma informação, verdadeira ou não, publicada sobre si, situação que levanta as maiores preocupações quanto ao confronto presentemente em estudo, em especial quando convoca a invocação de um direito ao esquecimento. A consideração da eventual inversão do ónus da prova leva a que alguns digam que o direito ao esquecimento regulado pela União Europeia implica afinal "não um direito a apagar a informação *detida* por si, mas um direito a apagar a informação *sobre* si"⁵⁷.

No entanto, esta perspectiva parece redutora e olvida a possibilidade de cumulação entre mecanismos diversos de regulação – ainda que proceduralmente de mais difícil implementação e/ou fiscalização. Trata-se no fundo de aplicar *online* as restrições que operam *offline*: a ponderação casuística da eventual ilicitude poderá ali ser mais difícil, mas não são diferentes os pressupostos de cogitação.

⁵² PETER FLEISCHER, *Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, *Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, 09.03.2011, disponível em: <http://peterfleischer.blogspot.pt/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>

⁵³ JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit, pp. 55 e ss.

⁵⁴ Na verdade, já antes do referido RGPD, a Diretiva n.º 95/46/CE consagrava excepção para o tratamento de dados pessoais com fins exclusivamente jornalísticos, ou de expressão literária ou artística.

⁵⁵ Para maior desenvolvimento, JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op. cit, p. 56.

⁵⁶ Vide ainda a letra do artigo 17.º do RGPD.

⁵⁷ Veja-se JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit, p. 57. Ainda assim, já ficou claro que o 'direito ao esquecimento' não foi concebido tendo como destinatário a atividade jornalística, referindo-se, em exclusivo, à recolha e utilização não autorizada de informação por parte das empresas.

6. As formas de tutela como irradiação das previsões constitucionais: o nexo de causalidade e a potenciação do dano

São irradiação das previsões constitucionais a tutela civil (incluindo a laboral, no que respeita à eventual relevância de comportamentos extralaborais como as de utilização de redes sociais para comentários depreciativos sobre a entidade patronal) e a *ultima ratio* da tutela penal – ainda que não isenta de dúvidas quanto à responsabilidade colectiva –, com agravação de molduras penais para o caso de ilícito cometido através da comunicação social e com consideração de regras específicas na Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime.

A estes dois códigos básicos de regulação e sanção há-de acrescer o mecanismo da resolução provisória de litígios consagrado no Regime Jurídico do Comércio Eletrónico, que, no entanto, reclama uma especialização de aplicadores e julgadores. No entanto, uma vez mais, e como dissemos, é apenas na área da propriedade intelectual que se têm dado alguns passos, o que de novo faz relevar a evidente importância desta área do direito da sociedade da informação⁵⁸.

De uma forma ou de outra, são sempre, no entanto identificáveis dois núcleos básicos de problemas a dirimir:

- i) a da identificação do nexo de causalidade e da potenciação do dano, atendendo ao meio utilizado:
- ii) a eventual relevância da conduta (voluntária) do lesado.

É que se o dano de violação do direito à reserva de vida privada ou do direito à honra pode ser imputado ao acto ilícito, a verdade é que muitas vezes os efeitos poderão ser praeter intencionais, consoante existam formas de associação e partilha não pensadas a priori pelo agente. Repare-se que estamos aqui a falar de mais do que a mera agravação da moldura em virtude de ser crime cometido através da comunicação social.

Uma vez mais, é um juízo concreto de aferição da causalidade (socialmente) adequada que deve suportar a possibilidade de consideração de responsabilidade e da respectiva medida de ressarcimento. Ou seja, e como refere João Fachana⁵⁹, “a verdade é que um conteúdo ilícito colocado em rede constitui condição *sine qua non* dos danos que provoca, independente-

⁵⁸ Aliás, mesmo nos Estados Unidos, têm sido o PROTECT IP Act (PIPA) e o Stop Online Piracy Act (SOPA) a centrar o debate sobre a questão. Por outro lado, em Portugal a tutela garantida ao artigo 35.º da Constituição pela Comissão Nacional de Protecção de Dados e ao artigo 268.º da mesma lei fundamental pela Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – v.g. no quadro da Lei n.º 42/2007 – há-de também contribuir sistematicamente para a protecção do bem ‘informação’.

⁵⁹ JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., p. 70.

mente da difusão que sofra. Caso o agente não tivesse colocado o conteúdo ilícito na rede, as difusões do mesmo não existiriam e, por conseguinte, nenhum dano seria causado”⁶⁰, mas por outro lado, “a previsibilidade da difusão do conteúdo ilícito é legitimamente expectável por parte da generalidade dos utilizadores”⁶¹, ainda que se conseguisse afastar — o que não é fácil — o “contributo, mesmo que inconsciente, dos prestadores de serviços intermediários que fornecem as ferramentas aos utilizadores para estes colocarem e difundirem conteúdos”⁶².

Conclusão

A impraticabilidade da efectivação da responsabilidade parece não resultar de deficiente ou lacunar regulação normativa, mas das acrescidas dificuldades — face ao mundo *offline* — de fazer prova *online* — e, ainda, de distribuir o respectivo ónus.

A opção inelutável pela manutenção do anonimato como pressuposto da circulação de informação necessária à concretização de uma sociedade efectivamente democrática comporta — ao menos parcialmente — a impossibilidade de responsabilização última por conteúdos — v.g. comentários — anónimos lesivos de direitos (fundamentais e de personalidade).

Mas uma política de neutralidade⁶³ como a advogada nos Estados Unidos da América⁶⁴ parece não ser também suficiente para acautelar os interesses em presença e justificar a intervenção governamental — ou supra governamental — sobre fornecedores de serviços ou providenciadores de meios de exercício de conduta ilícita e mesmo a eventual monitorização *a priori* de conteúdos (v.g. com recurso a filtros, como no caso do regime belga).

Não tendo uma perspectiva ideologicamente neutra, o panorama vigente remete-nos meramente para a consideração da ausência de um dever geral de vigilância, não obstante a expressa previsão da responsabilidade — por acção ou omissão — em caso de simples transporte ou fornecimento de acesso, da responsabilidade em caso de armazenagem temporária ou principal, da responsabilidade por associação de conteúdos.

⁶⁰ *Idem, op.cit.*, p. 74.

⁶¹ Quanto a condições de exclusão de responsabilidade por esta potenciação do dano, veja-se JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, *op.cit.*, p. 74.

⁶² MIGUEL PEGUERA POCH *apud* JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, *op.cit.*, p. 75.

⁶³ Em 2010, um relatório emitido pela Federal Communications Commission — *Preserving the free and open Internet* —, veio resumir a política da Internet a três regras básicas: *transparency, no blocking and no unreasonable discrimination*. FCC 10-201, disponível em: <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf>.

⁶⁴ Com contornos, no entanto, de bastas contraditoriedades, como as resultantes dos casos *wikileaks* e *Snowden*.

“Os novos meios tecnológicos conseguiram, simultânea e paradoxalmente, alargar a liberdade de informação e desresponsabilizar os intervenientes”⁶⁵. De facto, a ideia de sociedade transparente a que já aludimos mostra bem que a questão hoje em dia se deslocou da discussão sobre “o que cabe no âmbito de protecção” para a necessidade de tutela face a novos meios. “Muitos dos que hoje falam e escrevem sobre os *media* não perceberam ainda que no universo da informação se deu recentemente uma mudança fundamental. Esta mudança teve que ver com o aparecimento da Internet – que introduziu nesta área regras novas e novos modos de funcionamento. Antes de a Internet aparecer, existia sempre um filtro entre quem produzia a informação e quem a consumia. Nos jornais, nas rádios e nas estações de televisão existia, entre o jornalista que redigia a notícia e o público, uma cadeira hierárquica que avaliava a qualidade do texto, a sua veracidade, o seu respeito por princípios éticos e deontológicos, etc. Na Internet, isso não existe. (...) Claro que isto não teria grande importância se se circunscrevesse ao universo da Internet, com todas as reservas que existem sobre o que lá circula. Só que a Internet começou a contagiar os outros *media*”, lia-se já num Editorial do Expresso de 17.1.2004.

Mas a responsabilidade pela definição do modo de acesso e a modulação dos cambiantes de visibilidade cabe a cada agente, em especial e *hoc casu*, a cada órgão de comunicação. No entanto, não pode deixar-se de dizer que essas opções têm decerto custos – até financeiros e de alocação de recursos humanos.

Afirmada uma linha de continuidade entre o *online* e o *offline* não conseguiremos, no entanto, e provavelmente, a solução apenas com um mero *update* das regras existentes, ainda que a transparência dos procedimentos de restrição de direitos deva ser sempre centrada num modelo de legitimação procedimental ancorado num teste triplo da proporcionalidade – necessidade, adequação e proibição do excesso -, que parece simplista, mas que é, ao invés, exigente e clarificador.

⁶⁵ Vejam-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático, Direito à Informação ou deveres de protecção informativa do Estado”, op.cit., p. 341, e Dominique Wolton, *Internet et après ?*, Paris: Flammarion, Coll. “Champs”, 2000 (DOMINIQUE WOLTON, *E depois da Internet? Para uma teoria crítica dos novos media*, Lisboa: Difel, 2000).

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CENSURA NO BRASIL

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho*

É muito significativo estarmos reunidos na cidade do Porto para discutirmos liberdade de expressão, porque foi exatamente aqui, nesta cidade, que os portugueses levantaram a bandeira da liberdade de expressão pela primeira vez. Isso ocorreu no dia 24/8/1820, na Praça da República, por ocasião da Revolução do Porto. Tratava-se de uma rebelião de matriz liberal que tinha uma pauta de reivindicações muito ampla e ambiciosa: o retorno da família imperial para a Portugal, uma nova constituição, exclusividade de comércio com o Brasil, fim da influência inglesa, recolonização do Brasil e liberdade de imprensa¹.

Posteriormente, a mesma bandeira foi levantada novamente em outra revolta, a Revolução dos Cravos, que eclodiu em 24/4/1974 e que significou o fim da ditadura fascista de António de Oliveira Salazar, completada por Marcelo Caetano após a incapacidade mental e morte daquele. Postulava-se, naquele momento, um programa político de respeito aos direitos humanos e às liberdades públicas (dentre elas a liberdade de expressão e o fim da censura) e que contemplasse direitos sociais.

* Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, Doutor pela UERJ e Mestre pela PUC-RJ.

¹ Boa parte das reivindicações foram atendidas: a família imperial retornou a Portugal, aprovou-se a Constituição de 1822, monárquica liberal, pondo fim ao absolutismo em Portugal.

A Revolução dos Cravos mantém, ainda hoje, no Brasil, uma aura romântica, cujos princípios inspiram até hoje a esquerda brasileira. Não é a toa que Chico Buarque de Holanda lhe dedicou uma canção² famosa, censurada no Brasil:

*Foi bonita a festa pá
Fiquei contente
Ainda guardo renitente
Um velho cravo para mim*

No Brasil, não foi preciso fazer uma revolução para recuperarmos a democracia e a liberdade de expressão — antes tivéssemos feito — porque a ditadura militar brasileira ruiu sozinha por conta do caos econômico e da falta de legitimidade, deixando uma inflação de 225%, dívida externa de 100 bilhões de dólares, queda de renda per capita de 2.200 para 1.600 dólares, produto interno bruto negativo em 4.3%.

Naturalmente, portanto, o Brasil recuperou a democracia e a liberdade de expressão, consagrada no artigo 5º, IX³, e 220⁴ da Constituição de 1988.

Na esteira da Constituição, o Supremo Tribunal Federal coleciona decisões favoráveis à liberdade de expressão, sendo as mais relevantes a que considerou não recepcionada pela Constituição a antiga Lei de Imprensa, bastante restritiva⁵; e a que permitiu programas de humor também em período de propaganda eleitoral, em que se vedava qualquer menção a nomes de candidatos a cargos políticos⁶.

Essa jurisprudência se mantém firme até agora, mas, o momento político brasileiro é flagrantemente ameaçador da liberdade de expressão. Isso tem acontecido porque a democracia brasileira está em crise. Uma pesquisa da

² Tanto Mar.

³ Artigo 5º, IX — é livre a liberdade da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

⁴ Artigo 220 — a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

⁵ STF ADPF 130/2008: ...A MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, A CRIAÇÃO, A EXPRESSÃO E A INFORMAÇÃO, SOB QUALQUER FORMA, PROCESSO OU VEÍCULO NÃO SOFRERÃO QUALQUER RESTRIÇÃO, OBSERVADO O DISPOSTO NESTA CONSTITUIÇÃO... A IMPRENSA COMO PLEXO OU CONJUNTO DE ATIVIDADES GANHA A DIMENSÃO DE INSTITUIÇÃO-IDEIA, DE MODO A PODER INFLUENCIAR CADA PESSOA DE PER SE E ATÉ MESMO FORMAR O QUE SE CONVENCIONOU CHAMAR DE OPINIÃO PÚBLICA...

⁶ STF ADI 4451/2018: "... Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão, de comunicação, de informação e de criação artística, mostrando-se inaceitável qualquer deliberação estatal, cuja execução importe em controle do pensamento crítico, com o consequente comprometimento da ordem democrática...É por isso que o acesso à informação — que também se exterioriza em programas humorísticos, charges, sátiras e espetáculos transmitidos no curso do processo eleitoral — qualifica-se como objetivo primacial de uma sociedade livre e democrática! ...Essa estranha (e preocupante) tentação autoritária de interferir, de influenciar e de cercear a comunicação social, especialmente quando ela traduz crítica mordaz, dura e implacável, não pode ser tolerada nem admitida por esta Suprema Corte..."

Universidade de Cambridge revelou que menos de 20% dos brasileiros prezam o regime democrático, como se vê no quadro abaixo:



Nesses momentos de crise é que surgem os salvadores da pátria, os messias, que abrem o caminho para regimes de exceção. A História o comprova inúmeras vezes.

Apresento alguns fatos que comprovam que o ambiente político no Brasil tende à censura, que é realizada de múltiplas formas.

Atualmente, no Brasil, há um embate entre a liberdade de expressão manifestada em obras literárias e supostos valores éticos e sociais da pessoa e da família, do que é exemplo a decisão do prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, de ordenar a apreensão de uma história em quadrinho, da Marvel, na XIX Bienal do Livro, de 2019⁷. O motivo é que há uma cena de um beijo entre dois homens, retratada na história, que é a seguinte:



A motivação do prefeito seria que cenas que possam ofender os valores éticos e sociais da família, como um beijo entre dois homens, deveriam ser comercializados em embalagens opacas e lacradas e, como não estavam,

⁷ https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/08/politica/1567961873_908783.html. Acesso em 9/9/2019.

os fiscais da prefeitura tinham ordem de apreender os exemplares. A ação provocou uma guerra de liminares. A segunda instância do tribunal de justiça do Rio de Janeiro entendeu que a decisão do prefeito seria inconstitucional e proibiu a apreensão, bem como a cassação da licença municipal da bienal. O caso foi levado ao presidente do tribunal do mesmo estado que determinou a suspensão da decisão anterior. Levada a questão ao presidente do Supremo Tribunal Federal, em caráter também de urgência, este revogou a decisão do presidente do tribunal local e manteve a decisão anterior que proibiu o prefeito de apreender os quadinhos e de cancelar o alvará. Todas essas medidas e decisões foram tomadas em regime de plantão do judiciário e durante um final de semana. O processo deve ter prosseguimento e um julgamento ainda deverá ocorrer na justiça do Rio de Janeiro.

Em primeiro lugar, o que se deve refletir é se um agente político ou administrativo pode determinar restrições à liberdade de expressão. A existência de determinados direitos fundamentais de superlativa importância tem levado a doutrina constitucional a admitir que alguns deles só podem ser limitados por decisão judicial. Não se trata da mera possibilidade de recorrer ao Judiciário quando de sua restrição por outra autoridade não-jurisdicional, mas do reconhecimento de que, diante de certos direitos fundamentais, o judiciário tem sempre a primeira e a última palavra.

Por exemplo: a pena criminal, o domicílio (exceto em caso de crime ou desastre, previstos na constituição), a conversação telefônica, a liberdade de ir e vir (exceto no caso de flagrante delito, por autorização constitucional), só podem ser restringidos pelo judiciário e mediante o devido processo legal, que importa em garantia de ampla defesa e de contraditório. Não por qualquer outro poder, ou agente político ou administrativo.

A liberdade de expressão e a de informação se candidatam, legitimamente, a ingressar nesse rol seletivo. A legitimação advém de uma já sólida jurisprudência do STF que tem afirmado estas liberdades (vejam-se os julgamentos sobre a não recepção da antiga lei de imprensa, sobre as biografias, sobre a proteção do sigilo da fonte de informação, sobre classificação meramente indicativa do poder público sobre filmes e espetáculos públicos, enfim, sobre a vedação de censura por qualquer forma e modo).

Assim, o grau de importância que a constituição atribuiu à livre expressão, como direito fundamental, a põe a salvo de certas investidas do poder público. Consequentemente, aos agentes políticos e seus auxiliares administrativos não cabe imiscuírem-se na liberdade de expressão, a título de controlar sua legitimidade e legalidade, mesmo para proteger supostos valores éticos e sociais da pessoa e da família, ou a indevida comercialização de material impróprio ou inadequado por estarem sem embalagens opacas e lacradas.

Em segundo lugar, o ato é inconstitucional. Inegavelmente está eivado de preconceito sexual, como deixaram claras as manifestações do prefeito. O pano de fundo seria considerar um beijo entre homens como violador dos valores éticos e sociais da família. Ora, as relações homoafetivas não foram somente chanceladas pelo STF, como incluídas como bem jurídico

penal para efeito de criminalização da homofobia. Pretender impor lacres ou a apreensão de obra que contenha beijo entre homens, ou entre mulheres, é como querer apreender ou censurar cenas cotidianas da vida.

Por qualquer lado que se veja a questão que agitou a Bienal, o prefeito não poderia ter agido como agiu. Era o caso de perguntar ao prefeito porque ele não toma a mesma decisão quando os quadrinhos estampam um beijo entre um homem e uma mulher. Se não o faz, é porque há preconceito sexual, e o preconceito não é admitido pela constituição brasileira, nem por reiteradas decisões do STF.

Bem decidiu a questão o presidente do STF, ministro Dias Toffoli⁸.

Desde 2017 percebe-se intolerância em relação a obras de arte no Brasil. Nesse mesmo ano, vários graves incidentes de censura ocorreram no País, quase que simultaneamente. Em Porto Alegre, uma exposição particular denominada Queermuseu foi tirada de cartaz após protesto de que promoveria a blasfêmia, a pedofilia e a zoofilia⁹. Depois, a mesma exposição foi rejeitada pelo prefeito do Rio de Janeiro, que não permitiu a cessão de teatro público. Entre as obras que despertaram protestos estão as dos artistas Adriana Varejão, Bia Leite e Fernando Baril. Este último foi acusado de blasfêmia pela obra Cruzando Jesus Cristo com a Deusa Shiva, abaixo retratada. As duas proibições foram objeto de críticas de setores da sociedade e somente após uma bem sucedida campanha de financiamento privado, que arrecadou cerca de um milhão de reais, foi possível realizar a exposição no ano seguinte, nesta última cidade. Mas, no dia da abertura da exposição, uma liminar da justiça da infância e da juventude proibiu a entrada de menores de 14 anos, mesmo acompanhados dos responsáveis, ao fundamento de que haveria obras de nudez e com conteúdo sexual¹⁰.



⁸ STF. Medida cautelar na suspensão de liminar 1.248 – Rio de Janeiro.

⁹ <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/mostra-queermuseu-e-desmontada-em-porto-alegre-e-deve-sofrer-uma-pausa-ate-ser-reaberta.ghtml>, acesso em 14/8/2018.

¹⁰ O Globo, 18/8/2018.

Em 2018, uma peça de teatro foi proibida de ser encenada por decisões de primeiro grau, confirmadas por decisões do segundo grau de jurisdição¹¹. A peça *Evangelho Segundo Jesus: A Rainha do Céu* apresentava, como Jesus, um ator transexual e foi considerada atentatória à religião e à moralidade pública, retratado abaixo:



Na mesma direção de intolerância religiosa, houve um sensível aumento de violência contra religiões de matrizes africanas¹².

A intolerância tem sido crescentemente violenta e, no final de 2019, desembocou para o atentado terrorista na sede do grupo de humor Porta dos Fundos pela divulgação de um especial de Natal em que se ironizava a história bíblica do nascimento de Jesus Cristo¹³.

A verdade histórica e a ciência também têm sido atacadas: integrantes do alto escalão do governo federal brasileiro são adeptos do terraplanismo, negam a existência da ditadura militar, negam o aquecimento global, sustentam que o nazismo é uma doutrina de esquerda. E, por conta disso, pretendem revisar os livros didáticos.

A cultura também tem sido atacada. O governo se considera o único legitimado a produzir cultura: o que não for cultura produzida pelo governo, *não será nada*. A frase, embora repetida por um brasileiro, o secretário de cultura

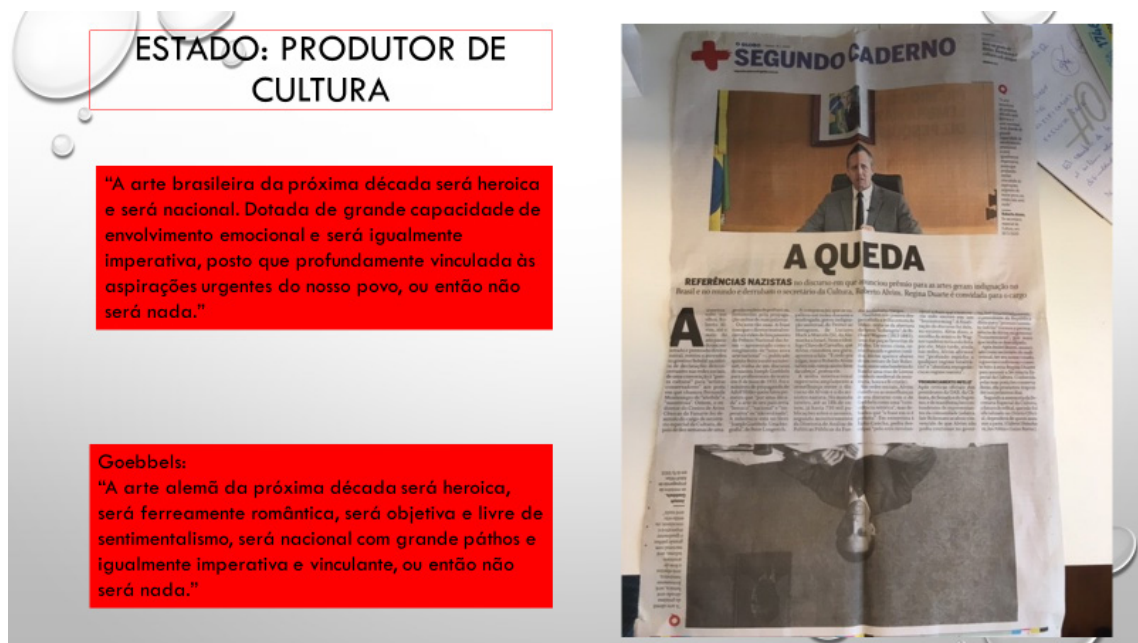
¹¹ <https://vejasp.abril.com.br/atracao/o-evangelho-segundo-jesus-rainha-do-ceu/>

¹² <https://www.camara.leg.br/noticias/619029-praticantes-de-religoes-de-matriz-africana-reclamam-de-intolerancia-e-violencia/>

¹³ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50919841>

Roberto Alvim, é de autoria de, nada mais, nada menos, Joseph Goebbels, o chefe da propaganda do nazismo, homem de confiança de Adolf Hitler.

No quadro abaixo, há uma página do jornal O Globo com a foto de Alvim em cima, no momento em que ele anunciou a política cultural brasileira, e a foto de Goebbels, abaixo, também em pronunciamento público à nação nazista. Veja-se que a ambiência é muito parecida, a vestimenta de ambos os oradores, o mesmo penteado, as fotos dos chefes acima, as bandeiras... tudo remetendo ao nazismo. No quadro de cima está as exatas palavras do secretário brasileiro e no quadro de baixo as frases de Goebbels. As duas falas terminam com a onipotente exclamação ameaçadora: *não será nada!* Ou seja, não haverá cultura fora do governo.



Esse momento de ruptura democrática ainda está sendo agravado pela revolução tecnológica que nos envolve, em escala mundial. Vivemos um momento de excesso de informações de baixa qualidade (recebemos 100 mil palavras por dia), há robôs que disparam *fake news* (no Brasil, a maioria delas é produzida pelo alto escalão do governo federal), desprezo à memória, à História e à ciência de modo geral. Tudo somado tem produzido a perda de empatia entre os jovens, na ordem de 40%¹⁴.

A neurocientista Maryanne Wolf traça um preocupante diagnóstico:

*É receita certa para a ignorância, medo e incompreensão inconscientes, capazes de levar a formas belicosas de intolerância...*¹⁵

¹⁴ MARYANNE WOLF, *O Cérebro no Mundo Digital*, São Paulo: Editora Contexto, 2019.

¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

O quadro que vivemos hoje no Brasil tem alguns componentes preocupantes: nacionalismo exacerbado; militarização/paramilitarização (relações profundas do alto escalão do governo com as milícias); intolerância política, cultural e religiosa; desconsideração das minorias; desconsideração da cultura, da ciência e da memória; fim do pluralismo e eliminação da esquerda; e populismo. Os componentes são os mesmos do fascismo.

A desconsideração de uma determinada minoria – indígenas – tem despertado preocupação internacional, em razão das manifestações do Presidente da República de que pretende explorar as terras indígenas, concedendo-as a empresas mineradoras (obviamente internacionais). A propósito destas manifestações, escrevi um artigo publicado num jornal do Rio¹⁶ que terminava com a seguinte poesia:

*Os índios já são gente,
Senhor Presidente,
Mas gente diferente.
Precisam somente
Que a Constituição os proteja
De gente como a gente.*

No Brasil, há um ditado que diz que tudo termina em samba. Pois também vou terminar com um samba, o samba da Mangueira, no Carnaval de 2020:

*Favela pega a visão
Não tem futuro sem partilha
Nem messias de arma na mão.*

¹⁶ Jornal do Brasil.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

André Gustavo Corrêa de Andrade*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceituando o discurso de ódio. – 3. O preconceito, a discriminação e a intolerância. – 4. O discurso de ódio contra indivíduos específicos e contra grupos. – 5. Quais grupos? – 6. O carácter multifacetado do *hate speech*. – 7. Situações não consensuais. – 8. Restringir ou não restringir o discurso de ódio? – 9. Alguns argumentos contrários à restrição do *hate speech*. – 10. Quando o discurso de ódio deve ser alvo de punição? O discurso de ódio extremo. – 11. A diferença entre ação e expressão e o princípio do dano. – 12. O contradiscurso como forma de combater o discurso de ódio

1. Introdução

O *hate speech*, ou discurso de ódio, como tem sido denominado esse fenômeno nos países de língua portuguesa, constitui um desafio para o Estado Democrático de Direito, porque testa os limites da liberdade de expressão. Trata-se de fenômeno que não é novo, mas que, com o advento da internet e a popularização das mídias sociais, se potencializou e disseminou de tal maneira que hoje se fala que vivemos em uma “cultura do ódio” ou uma “era do ódio”. Mensagens ofensivas e discriminatórias, antes restritas no tempo e no espaço, passaram a ser disseminadas em altíssima velocidade e a ter alcance global, superdimensionando a gravidade dessas manifestações.

O discurso de ódio é, antes de tudo, um fenômeno social complexo, que remete a situações diversas e heterogêneas entre si. A compreensão des-

sa complexidade é fundamental para uma adequada análise sistemática do problema, que não recaia em simplificações, casuísmos ou reducionismos, comumente geradores de divergências artificiais entre aqueles que se debruçam sobre o tema. A expressão remete a uma multiplicidade de manifestações e condutas discursivas, que se revestem das mais variadas formas e se desenvolvem em uma infinidade de contextos diferentes, o que torna impossível dar um tratamento uniforme ao problema.

A busca de medidas ou estratégias eficazes para lidar com o discurso de ódio, sejam essas medidas de ordem jurídica (civil ou criminal) ou extrajurídica, tais como o incentivo ao contradiscurso e campanhas de combate à discriminação e ao preconceito, deve partir, primeiramente, da compreensão de que se cuida de um fenômeno multifacetado do ponto de vista sociológico, porque pode revestir-se de um número virtualmente infinito de formas.

2. Conceituando o discurso de ódio

A expressão discurso de ódio ou *hate speech* remete a um conceito não unívoco, de limites relativamente imprecisos, e é empregada para designar condutas expressivas muito heterogêneas, que, quando olhadas em conjunto, não apresentam uma essência ou característica definidora.

Alexander Brown observa que essa heterogeneidade própria do discurso de ódio não inviabiliza a percepção do fenômeno, que pode ser identificado através de um conjunto de características cruzadas que, em seu conjunto, formam aquilo que Wittgenstein denominou de "semelhanças de família"¹, ou seja, um conjunto de objetos que possuem semelhanças entre si, sem compartilharem uma essência ou característica comum a todos eles².

Assim acontece com o conceito de discurso de ódio, que remete a diversas instâncias comunicativas assemelhadas, mas que não apresentam um elemento definidor único dessas múltiplas instâncias. Não há, pois, algo que possa ser indicado como uma essência ou um elemento fundamental que represente esse conceito. O que há é uma variedade de situações que pelo uso identificamos com essa expressão.

Ainda que não se possa falar em uma *essência* de discurso de ódio, ou de um elemento definidor que permita formular um conceito unívoco, é possível identificar, aqui e ali, alguns elementos mais frequentes ou constantes em

¹ * Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Doutor em Direito pela UNESA, Diretor-Geral e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Cf. ALEXANDER BROWN, "What is hate speech? Part. 2: Family Resemblances", *Law and Philosophy*, Vol. 36, 2017, p. 593.

² LUDWIG WITTGENSTEIN, *Investigações Filosóficas*, 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1996, par. 66, p. 51.

relação a esse tipo de conduta expressiva. Entre esses elementos estão o *preconceito*, a *discriminação* e a *intolerância*.

Com base nesses elementos, podemos definir o discurso de ódio como a *manifestação ou expressão, motivada por preconceito ou intolerância, através da qual uma pessoa ou um grupo é discriminado, com base em suas características identitárias*.

A seguir serão analisados os elementos que frequentemente se encontram presentes no discurso de ódio.

3. O preconceito, a discriminação e a intolerância

O preconceito é o juízo preconcebido acerca de algo ou alguém, sem o devido exame ou consideração, baseado em informações incompletas, opiniões errôneas, crenças infundadas, supergeneralizações ou estereótipos. Aqui a referência é ao preconceito *ilegítimo* ou *inautêntico*, que se refere a um julgamento prévio rígido e desfavorável sobre um indivíduo ou grupo.

Na formação do preconceito entram componentes *cognitivos*, tais como crenças e estereótipos; componentes *afetivos*, como antipatia, desprezo, aversão ou ódio; e componentes *volitivos*, indicativos de uma predisposição de se comportar negativamente em relação a um grupo³.

O preconceito pode decorrer de uma multiplicidade de fatores: de ordem histórica, sociocultural, situacional, psicológica, fenomenológica e pessoal⁴.

Na base do preconceito está o medo, a aversão ou a desconfiança em relação ao diferente. O preconceituoso – seja ele racista, sexista, homofóbico ou de outro tipo –, porque vê o outro como não igual, acredita que este tem menos direitos, ou, até, nenhum direito, não se dando conta de que não é porque as pessoas são iguais que têm os mesmos direitos, mas é por terem os mesmos direitos que são iguais⁵.

A *discriminação* consiste na atribuição de tratamento diferenciado e injusto a indivíduos ou pessoas integrantes de um grupo social. Ela é a exteriorização do preconceito.

Tomando por base o *racismo*, pode-se dizer que o *preconceito racial* se situa no plano das ideias ou das convicções pessoais, enquanto a *discriminação racial* se revela como a exteriorização e a prática das ideias preconceituosas⁶.

³ JOHN F. DOVIDIO *et al.*, *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, London: Sage, 2013, p. 5.

⁴ *Ibidem*, p. 206 e ss.

⁵ Cf. ANDRÉ COMTE-SPONVILLE, Verbete "Igualdade", in: *Dicionário Filosófico*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 297.

⁶ Sobre a diferença entre racismo, preconceito racial e discriminação racial, veja-se: SILVIO LUIZ DE ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, São Paulo: Pólen, 2019, p. 32.

Preconceito e discriminação andam de mãos dadas, reforçando-se mutuamente. O preconceito com frequência gera a discriminação, que, por sua vez, pode levar a um preconceito mais profundo e intenso. Quando o preconceito se intensifica e aprofunda, pode difundir-se e passar a fazer parte do próprio tecido social, tornando-se normativo em uma dada sociedade, através de processos de naturalização, socialização e conformismo. Cria-se uma tradição cultural de preconceito, que tende a passar de uma geração a outra, pela doutrinação e pelo exemplo dos mais velhos⁷.

O discurso de ódio não deriva sempre e necessariamente de um preconceito. Em determinadas instâncias, alguém pode expressar uma mensagem discriminatória contra um grupo social não porque parta de um prejulgamento equivocado em relação a esse grupo, mas por não saber conviver com a diferença ou diversidade. A mensagem, nessa hipótese, estaria fundada não no preconceito, mas na *intolerância*.

Mas a circunstância de o preconceito não estar na base dos insultos e das ofensas contra um grupo não descaracteriza a manifestação como discurso de ódio. De certo ângulo, a intolerância pode ser vista, pelo menos em alguns casos, como um problema até mais grave do que o preconceito. Isso porque o preconceituoso quando destila o seu preconceito, discriminando arbitrariamente uma categoria ou algum de seus integrantes, o faz com base em ideias equivocadas e infundadas. A ignorância está, assim, na base de seu comportamento. Pelo menos do ponto de vista teórico, isso sugere que se trate de um problema ou defeito que pode ser corrigido pela educação ou instrução. No caso da intolerância isso parece ser mais difícil, porque o intolerante, a despeito de eventual ignorância ou de algum juízo equivocado a respeito do grupo alvo de sua manifestação, simplesmente não aceita conviver com a diferença ou a diversidade.

De todo modo, embora preconceito e intolerância possam e devam ser distinguidos do ponto de vista teórico, com grande frequência esses dois elementos aparecem entrelaçados ou amalgamados no mundo dos fatos, de modo que o discurso de ódio apresenta traços tanto da ignorância, típica do preconceito, quanto da falta de aceitação da diversidade, característica do intolerante.

4. O discurso de ódio contra indivíduos específicos e contra grupos

O discurso de ódio pode ter como alvo uma ou mais pessoas específicas, integrantes de um grupo social e exatamente porque façam parte desse grupo. Pode, também, ser dirigido contra todo um grupo de pessoas iden-

⁷ ROBIN M. WILLIAMS JR., Verbete "Preconceito", in: *Dicionário do pensamento social do século XX*. (Ed. William Outhwaite e Tom Bottomore, Editoria brasileira por Renato Lessa e Wanderley Guilherme dos Santos), Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 604.

tificadas por características comuns, tais como raça, nacionalidade, etnia, crença religiosa, orientação sexual. É importante ressaltar a diferença entre o discurso discriminatório que tenha como alvo um indivíduo e aquele que tenha em mira todo um grupo social.

A importância dessa distinção reside no fato de que manifestações discriminatórias dirigidas contra indivíduos específicos já são, em geral, objeto de tratamento jurídico com base em institutos jurídicos tradicionais no direito. Reconhece-se, sem maiores questionamentos, que manifestações discriminatórias contra o indivíduo não se encontram ao abrigo do princípio garantidor da manifestação de pensamento, vindo a caracterizar, por exemplo, violações à sua honra. É o que ocorre no Brasil, em que as manifestações ofensivas em geral dirigidas à pessoa podem caracterizar violação de sua honra, parte de seu direito da personalidade, protegida expressamente pela Constituição Federal, no art. 5º, V e X. Em havendo a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, a ofensa configura injúria qualificada, nos termos do art. 140, § 3º, do Código Penal. Na esfera civil, a ofensa assacada contra o indivíduo pode dar ensejo a indenização por dano moral.

Situação distinta é a do discurso de ódio voltado contra um grupo social. Em relação a esse tipo de situação, recaem profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas aos limites da liberdade de expressão e à aplicação dos princípios da dignidade humana e da igualdade.

5. Quais grupos?

Uma das maiores dificuldades enfrentadas por aqueles que buscam censurar o discurso de ódio está na identificação dos grupos mercedores de proteção. Alguns autores vinculam o *hate speech* às manifestações discriminatórias dirigidas contra grupos historicamente oprimidos, subjulgados ou vitimizados, como os negros e judeus⁸. Mas não é consensual entre os estudiosos do tema a presença dessa característica. Objeta-se que ela desconsidera vários outros grupos que também são alvos frequentes de mensagens discriminatórias.

A imprevisível proliferação de grupos que poderiam reivindicar igual tratamento da lei é apontada como uma das grandes dificuldades referentes à ideia de regulação ou restrição do *hate speech*. E não se trata de uma dificuldade que não parece possa ser superada com uma escolha arbitrária dos grupos que seriam mercedores de proteção, porque esse arbítrio poderia ferir o princípio da igualdade.

⁸ Cf. RAPHAEL COHEN-ALMAGOR, *The Scope of Tolerance: Studies on the costs of free expression and freedom of the press*, E-book, London and New York: Routledge, 2006, p. 153.

Alguns poderão legitimamente questionar os motivos pelos quais alguns grupos são protegidos, enquanto o seu não merece igual proteção. Se os grupos devem ser protegidos em razão de sua raça, por que não em razão de sua proveniência ou nacionalidade, como no caso de imigrantes, tantas vezes discriminados pelo só fato de não terem nascido na localidade em que se encontram? Se o discurso contra os judeus deve ser proibido, por que não aquele dirigido contra os cristãos, muçulmanos, os crentes de religiões de matriz africana, ou os cientologistas? Se os religiosos devem ser protegidos, por que não os ateus? E por que deixar de fora gays, lésbicas, transexuais, que são alvos constantes de discriminação por sua orientação sexual? Por razões semelhantes, também poderiam reivindicar igual proteção os deficientes físicos e mentais, tantas vezes discriminados, de forma ostensiva ou velada. Do mesmo modo, as pessoas com nanismo, que sempre foram vítimas de zombarias e manifestações preconceituosas. Também as pessoas obesas, com frequência ridicularizadas e objeto de comentários depreciativos e maldosos. E, se os obesos puderem reivindicar proteção contra essas manifestações, por que não os magros demais? E por que não os idosos, que volta e meia são vítimas de um tipo de discriminação que se denominou de ageísmo?⁹ E se os velhos puderem fazê-lo, porque não as crianças e os adolescentes, que também podem ser discriminados em certas situações pela sua pouca idade, em fenômeno que já se denominou de adultismo?¹⁰ E a lista poderia crescer indefinidamente, na medida em que integrantes de outros grupos potencialmente alvos de discriminação se sentissem privados de proteção legal¹¹.

6. O caráter multifacetado do *hate speech*

A evocação da expressão *hate speech* traz à mente a ideia da manifestação vazada em linguagem agressiva, raivosa, abusiva, insultuosa, carregada de epítetos e termos claramente ofensivos e discriminatórios. Mas o discurso de ódio não se materializa sempre nesses termos.

Pode ele vir disfarçado de discurso sério, contido, de caráter político, acadêmico ou científico, com aparência de manifestação racional, despida de emotividade. Pode estar camuflado de manifestação jornalística, artística ou humorística; ou utilizar-se de eufemismos e palavras aparentemente

⁹ V., a respeito: MARGARET MORGANROTH GULLETTE, *Ending Ageism, or How Not to Shoot Old People*, New Brunswick: Rutgers University Press, 2017; TODD D. NELSON, *Ageism: Stereotyping and Prejudice Against Older Persons*, Cambridge, MA: MIT Press, 2017; ASHTON APPLEWHITE, *A Manifesto Against Ageism*, New York: Networked Books, 2017.

¹⁰ Já há uma literatura dedicada ao exame da discriminação contra os mais jovens, denominada de adultismo. V., a respeito: ADAM FLETCHER, *Facing Adulthood*, Washington: CommonAction, 2015.

¹¹ TIMOTHY GARTON ASH, *Liberdade de Expressão: Dez Princípios para um Mundo Interligado*, Lisboa: Temas e Debates — Círculo de Leitores, 2017, p. 250.

neutras, mas carregadas de ironia, sarcasmo ou duplo sentido, que visam a atingir de forma mais sutil um grupo minoritário.

Pode, também, ser sutil, de feição moderada, despido de emotividade. A mensagem de ódio pode ser transmitida por piadas ambíguas, insinuações e imagens¹².

A mensagem discriminatória pode aparecer sob a forma de literatura séria, de natureza política ou histórica, como ocorre com livros e textos que, sob a capa de estudos críticos de um acontecimento histórico, trazem uma mensagem subliminar discriminatória. Assim, os textos que buscam minimizar ou negar o Holocausto, ignorando ou repudiando como fraudulento o volume imenso de evidências da sua ocorrência. As teses defendidas nesses textos poderiam ser simplesmente repudiadas e consideradas como simples manifestações e opiniões absurdas e risíveis, como a de que a terra é plana, ou a de que o homem não pisou na lua. No entanto, vários países têm criminalizado essas manifestações, por considerá-las uma forma de demonizar os judeus, retratando-os como pessoas malévolas, não confiáveis, capazes de inventar uma história de horror para atender a interesses próprios, e que, por conseguinte, seriam uma ameaça a ser combatida e eliminada. A negação ou minimização do Holocausto constituiria um discurso de ódio velado ou implícito.

O humor pode ser usado como veículo para transmissão de mensagens discriminatórias contra uma categoria de pessoas. Relembre-se o caso do humorista francês Dieudonné M'bala M'bala, condenado a dois meses de prisão em corte da Bélgica por comentários considerados discriminatórios, antissemitas, negacionistas e revisionistas, durante um show na cidade de Herstal, em 14 de março de 2012. Referindo-se a diversas declarações daquele humorista de conteúdo discriminatório sobre judeus e episódios envolvendo o nazismo e o holocausto, Daniel Schneidermann, jornalista especializado em mídia, observou que, a partir do momento em que se deixa de fazer humor para se engajar em polêmicas e assuntos sérios, não há mais o benefício da famosa "presunção humorística", e o humorista deve ser tratado como um cidadão ordinário no que concerne a suas manifestações¹³.

A praticamente infinita variedade de formas que pode assumir a comunicação humana, nos mais variados contextos, pode criar dúvidas ou divergências sobre a identificação de uma manifestação como caracterizadora de discurso de ódio. O reconhecimento de que esse tipo de discurso pode se apresentar com roupagens variadas já é, por si, indicativo da complexidade de que se reveste o problema.

¹² BHIKHU PAREKH, "Is There a Case for Banning Hate Speech?", in: *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses* (Ed. Michael Herz e Peter Molnar), New York: Cambridge University Press, 2012, p. 41.

¹³ DANIEL SCHNEIDERMANN, ÉTIENNE LÉCROART, *Liberté d'expression: a-t-on le droit de tout dire?* Montreuil: La Ville Brûle, 2015, p. 49.

7. Situações não consensuais

A linha divisória entre o que é ou não discurso de ódio nem sempre é clara.

Pense-se no debate sobre alguns temas sensíveis, como o da questão migratória, que tem gerado acesas discussões políticas em diversos países. Como discernir a mera opinião ou posição política antiimigratória do discurso de ódio contra imigrantes?

Outra questão que com frequência ocupa o debate público é a que se refere à reivindicação de certos direitos por homossexuais. O que diferencia um discurso (de base religiosa ou não) que vê a homossexualidade como um pecado ou um desvio moral de um discurso de ódio aos homossexuais? É, no mínimo, controversa a ideia de que discursos religiosos que descrevam os homossexuais como pecadores ou discursos não religiosos que vejam os integrantes desse grupo como moralmente inferiores estejam fora do âmbito do discurso de ódio (como conceito geral, não jurídico), a despeito de sua motivação¹⁴.

A religião também é tema central de manifestações e debates importantes. Como discernir entre a crítica, a sátira e o humor envolvendo figuras religiosas e o discurso de ódio camuflado contra um grupo religioso?

E o que dizer de formas mais sutis de discriminação, como o "*casual racism*"¹⁵ e as chamadas *microagressões*? Devem ser enquadradas no conceito de discurso de ódio?

A piada que faça uso de um estereótipo negativo ligado à raça deve ser vista como discurso de ódio contra um grupo racial? Para Adilson Moreira, o humor feito a partir de estereótipos raciais, que ele denomina de "racismo recreativo", constitui: "um projeto de dominação que procura promover a reprodução de relações assimétricas de poder entre grupos raciais por meio de uma política cultural baseada na utilização do humor como expressão e encobrimento de hostilidade racial"¹⁶. Entendimento semelhante é expresso por Dennis Howitt e Kwame Owusu-Bempah, para quem piadas racistas não devem ser vistas como simples piadas, porque não apenas fornecem oportunidades para ideias de superioridade racial de um grupo sobre outro, mas também reforçam continuamente o uso de categorias raciais em nosso imaginário¹⁷.

Esse entendimento peca pelo seu absolutismo. Se por um lado não é aceitável a frequente escusa geral de que uma piada racista é "só uma piada" e não deve ser levada a sério, também não se afigura razoável considerar

¹⁴ Veja-se, nesse ponto, ALEXANDER BROWN, "What is Hate Speech?", cit., p. 450. Ao tema se voltará mais adiante.

¹⁵ Sobre o "casual racism", veja-se Australian Human Rights Commission: <<http://www.humanrights.gov.au/news/stories/what-casual-racism>>.

¹⁶ ADILSON MOREIRA, *Racismo recreativo*, São Paulo: Pólen, 2019, p. 148.

¹⁷ DENNIS HOWITT, KWAME OWUSU-BEMPAH, "Race and Ethnicity in Popular Humour", in: *Beyond a Joke: The Limits of Humour*, New York: Pallgrave Macmillan, 2009, p. 64.

que toda piada que apele para estereótipos étnicos ou raciais constitua expressão de racismo e deva ser considerado discurso de ódio, independentemente de todo o contexto. Como observa Michael Billig, como regra geral, é necessário entender o contexto em que uma piada é contada, e não ficar limitado ao seu sentido em abstrato ou à sua análise semântico-formal¹⁸.

Além disso, mesmo que se considere que toda piada que faça uso de estereótipos étnicos ou raciais deva ser considerada discurso de ódio, a partir de um conceito sociológico alargado, ainda assim haveria necessidade de distinguir em termos de gravidade e reprovabilidade os diversos tipos de manifestação.

Seja como for, a linha que separa a manifestação humorística, protegida pela liberdade de expressão, do discurso racista ou discriminatório muitas vezes não é clara, embora em certas situações possa se apresentar de forma mais ostensiva ou evidente, como ocorre no caso das piadas racistas e de conteúdo violento que são postadas na internet por supremacistas raciais. Mas esses são casos extremos. Em geral, os limites entre o que deve contar ou não como discurso de ódio no humor são esfumados e controvertidos.

Essas e outras situações demonstram quão enganosa é a ideia de que o discurso de ódio pode ser facilmente identificado onde ele é assistido ou ouvido.

8. Restringir ou não restringir o discurso de ódio?

Vários são os argumentos a favor e contra a restrição do discurso de ódio. Os juristas norte-americanos, em sua maioria, tendem a resistir à ideia da restrição do *hate speech*, firmes na ideia de que a liberdade de expressão constitui um valor de vital importância para a democracia e tem um *status* privilegiado (*preferred position*), não devendo ser limitada com base em seu conteúdo, por mais desagradável ou ofensiva que seja a expressão. Juristas de outros países, em especial da Europa, são mais propensos a aceitar a restrição do *hate speech*, pelo menos em algumas de suas formas, na convicção de que a liberdade de expressão deve ser ponderada ou sopesada com princípios com os quais possa conflitar, notadamente os da dignidade humana e da igualdade. Além disso, acreditam que essas restrições não apenas não são incompatíveis com a democracia, mas podem até promovê-la.

Tragam-se alguns desses argumentos, com as objeções a eles feitas.

Viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. A noção de dignidade é comumente invocada como fundamento para a restrição ao discurso de ódio. Parte-se da premissa de que essa manifestação discursiva é nociva em si mesma, a despeito de qualquer consequência danosa que possa produzir, porque viola o direito fundamental de todo ser humano de ser tratado com igual dignidade e respeito, em razão de sua própria e

¹⁸ MICHAEL BILLIG, "Violent Racist Jokes", in: *Beyond a Joke: The Limits of Humour*, New York: Pallgrave Macmillan, 2009, p. 33-34.

intrínseca humanidade. O discurso de ódio, por veicular conteúdo discriminatório com referência a outro ser humano, tido como inferior ou menos digno de reconhecimento ou proteção, não estaria protegido pelo princípio que assegura a liberdade de expressão.

A esse argumento objeta-se que os princípios da dignidade e da igualdade estariam sendo usados de forma meramente retórica. Embora o emissor do discurso de ódio expresse desdém ou desconsideração pelos direitos decorrentes da dignidade do grupo discriminado, isso não constitui literalmente uma negação da dignidade ou da igualdade, no sentido do *impedimento* do seu exercício. A negação da dignidade humana, no sentido de sua violação ou do impedimento do seu exercício, só ocorre nas hipóteses da criação ou provocação de danos a algum dos direitos decorrentes dessa dignidade, ou de criação de algum obstáculo à sua realização prática.

A falácia consiste em pretender atribuir abstrata e genericamente ao discurso de ódio algo que lhe é contingente e circunstancial: o dano a algum dos direitos decorrentes da dignidade humana dos integrantes do grupo visado. Pretender acoplar ao discurso de ódio, em si considerado, independentemente das circunstâncias concretas, a ideia de violação da dignidade humana ou da igualdade é sugerir como real algo que pode não existir na prática, mas apenas no plano meramente simbólico ou retórico.

É despido de valor social intrínseco. Argumentam que expressões de racismo, antissemitismo, homofobia e outras formas de discurso discriminatório nada acrescentam para a sociedade. Ao contrário, por serem fundadas em preconceitos negativos, derivados da ignorância ou da intolerância, não contribuem para o descobrimento da verdade, nem para o debate público, constituindo, na verdade uma manifestação inconveniente ou uma perturbação para o mercado de ideias.

Sucedem que a falta de valor social de uma manifestação não constitui, em si, justificativa para a sua restrição. Uma expressão não tem que ser socialmente útil ou valiosa para merecer proteção constitucional. A liberdade de expressão não foi instituída para, seletivamente, assegurar as expressões ou manifestações que possam ser consideradas úteis ou socialmente valiosas. Se a utilidade ou o valor social de uma manifestação fosse a medida de sua proteção constitucional, muito provavelmente viveríamos em uma sociedade na qual a comunicação se tornaria extremamente dificultosa ou, mesmo, insuportável.

Além disso, traz o risco da criação de uma sociedade pasteurizada, em que a censura ou a autocensura é a tônica, com previsíveis prejuízos não só para o desenvolvimento do indivíduo, mas da sociedade como um todo. A tentativa de criar, artificialmente, via interdição legal, um ecossistema comunicativo livre de preconceito e de discriminação tende, paradoxalmente que possa parecer, a afetar negativamente esse ecossistema, porque empobrece o discurso público.

Além de não ser justificável a restrição fundada na falta de valor social do discurso preconceituoso, pode-se, mesmo, questionar a premissa de que essa forma de discurso é desprovida de valor social. Isso porque, ainda que indiretamente, o discurso discriminatório revela e traz à tona o problema do preconceito e da discriminação, criando a oportunidade para o debate público sobre temas de grande importância social.

Causa danos aos integrantes dos grupos discriminados. Um dos argumentos mais frequentes e de maior apelo para restringir o discurso de ódio é o de que ele pode provocar e com frequência provoca danos psicológicos, muitas vezes de natureza grave, com reflexos inclusive na saúde física de membros do grupo discriminado. Diferentemente dos insultos ou das agressões verbais que todos podemos ocasionalmente sofrer, o discurso de ódio seria potencialmente mais grave e ainda mais prejudicial à saúde mental ou psicológica de integrantes do grupo, por se referir a suas características identitárias.

Caberia indagar se tais efeitos seriam decorrência de uma manifestação discriminatória específica ou de uma sucessão de manifestações discriminatórias ao longo do tempo. Neste último caso, seria no mínimo questionável punir uma manifestação discriminatória que não constituísse, em si mesma considerada, causa eficiente de um dano. Além disso, o argumento suscita a indagação sobre se os apontados efeitos sentidos pelos integrantes de grupos discriminados seriam uma decorrência do discurso de ódio em si ou dos atos de preconceito e discriminação sofridos concretamente por esses indivíduos na sociedade.

Ofende os integrantes do grupo alvo do discurso. O discurso discriminatório seria sempre ofensivo aos membros do grupo alvo do discurso, por atingi-los naquilo que lhes é particularmente sensível: a sua identidade. Constituiria, assim, um insulto assacado contra todos aqueles que compartilham das mesmas características indicadas direta ou indiretamente no discurso.

Mas não existe um direito geral de não ser ofendido por um discurso ou uma manifestação de pensamento. Com frequência, palavras ferem e magoam, manifestações e opiniões desagradam e provocam sentimentos de ira e indignação. Essas reações psicológicas não constituem justificativa para a restrição da liberdade de expressão. Magoar o sentimento de alguém não constitui um argumento válido para restringir um princípio tão importante para a democracia e para o indivíduo. Pode-se, mesmo, dizer que o direito de ofender é da essência da liberdade de expressão, cuja existência somente se justifica como forma de proteção de manifestações ou expressões polêmicas, controversas, desagradáveis e ofensivas.

Como observado por Oliver Wendell Holmes Jr., em julgamento de caso submetido à Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁹, a liberdade de expressão

¹⁹ United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929).

não é necessária para as ideias daqueles que concordam conosco, é, antes de tudo, a “liberdade para as ideias que odiamos”. No mesmo sentido, o Justice William Brennan Jr., para quem o Governo não pode proibir a expressão de uma ideia “simplesmente porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável”²⁰.

Não há que cogitar de um direito de não ser ofendido, a não ser que esta ofensa constitua violação de um direito individual, como ocorre, por exemplo, com uma manifestação infamante ou que afete a privacidade alheia.

Silencia as vozes de integrantes do grupo discriminado. Argumenta-se que o discurso de ódio provocaria um efeito silenciador (*chilling effect*) sobre os integrantes dos grupos discriminados, especialmente porque esse tipo de discurso comumente tem ocorrido em contextos sociais nos quais a ocupação de espaços sociais e a reivindicação de direitos por mulheres, negros, imigrantes, homossexuais e outras minorias, historicamente, veio antecedida por atos de discriminação, violência (física ou verbal) e humilhação, que os integrantes desses grupos têm receio de vir a sofrer novamente, caso respondam às manifestações preconceituosas. Com medo de represálias, as vítimas do discurso discriminatório preferem se retirar da arena pública, deixando de expressar suas opiniões²¹.

Sem desconsiderar a força deletéria que as palavras podem ter, em especial as palavras ofensivas e insultuosas de caráter preconceituoso, não é razoável associar um efeito silenciador a toda e qualquer manifestação discriminatória, como se se tratasse de uma decorrência necessária de todos os discursos desse tipo, em qualquer tempo e lugar.

Esse efeito constitui fenômeno circunstancial, presente em contextos de tempo e lugar específicos, onde haja um histórico de sérios conflitos sociais, permeados de preconceito e discriminação contra determinado grupo, cujos membros pudessem, por ocasião do discurso, se sentir intimidados e tolhidos em sua liberdade de expressão.

9. Alguns argumentos contrários à restrição do *hate speech*

Há alguns bons argumentos no sentido do desacerto ou da inconveniência de buscar combater o discurso de ódio através da lei. Aqueles que defendem essas razões reconhecem que o discurso de ódio é um problema sério e que deve ser enfrentado, mas entendem que o combate a essa forma de discurso não se dá com menos liberdade de expressão, mas com mais liberdade. O mau discurso se combate com o bom discurso. Por isso, as más ideias não devem ser silenciadas, mas confrontadas com as boas ideias.

²⁰ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

²¹ DOUGLAS M. FRALEIGH, JOSEPH S. TUMAN, *Freedom of expression in the marketplace of ideas*, E-book, Los Angeles: Sage, 2011, p. 162.

Dentre os principais argumentos contrários à restrição do hate speech estão os seguintes.

Nega a autonomia e a responsabilidade moral dos cidadãos. A liberdade de expressão tem uma dimensão constitutiva, que a torna valiosa, independentemente de qualquer benefício que ela possa trazer: ela é essencial para a autonomia e a dignidade individual. Ronald Dworkin argumenta que o traço característico de uma sociedade política justa é o tratamento, pelo Estado, de todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como *agentes morais responsáveis*²². Por isso, o Estado nega a autonomia ou capacidade de seus cidadãos, violando-lhes a dignidade, quando considera, de um lado, que eles não têm responsabilidade moral suficiente para ouvir determinadas opiniões, ao fundamento de que tais opiniões são perigosas ou desagradáveis, e que talvez as pessoas não estejam aptas a ouvi-las e ponderá-las. Arroga-se, assim, indevidamente, o poder de decidir, em lugar das pessoas, o que é e o que não é bom para a vida destas²³.

Combate a intolerância com mais intolerância. A própria ideia de limitar ou sancionar o discurso de ódio revela uma forma de intolerância, voltada contra aqueles que expressam ideias consideradas socialmente inaceitáveis, por preconceituosas e discriminatórias. Seria, pois, combater uma conduta intolerante com intolerância, substituir uma forma de intolerância por outra, ou, usando uma imagem expressiva ou retórica, seria "combater fogo com fogo".

Em uma sociedade que se pretende democrática, proibir ou restringir o discurso de ódio parece ser uma medida drástica, a ser tomada em situações excepcionais, como último recurso, quando a opinião pública e o livre debate não forem suficientes como forma de contenção desse tipo de manifestação intolerante, e apenas quando houver o risco real ou potencial para a democracia ou para a sociedade.

Karl Popper, que cunhou a chamado "paradoxo da tolerância", segundo o qual a "a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância", observa que proibir manifestações intolerantes nunca deve ser o primeiro, mas o último recurso. Segundo o filósofo austríaco: "Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devemos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia"²⁴.

O direito de não tolerar os intolerantes surge a partir do momento em que a razão e o livre embate de ideias não se mostram suficientes para impedir que a intolerância ou a incitação à intolerância se torne um risco para o con-

²² RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana* (tradução de Marcelo Brandão Cipolla), Coleção Justiça e Direito, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

vívio social. Só então, como último recurso, se mostra, não apenas prudente, mas sábio combater a intolerância.

Além de não eliminar ou reduzir o preconceito, constitui uma distração em relação às causas deste. As manifestações racistas, ou de qualquer modo discriminatórias constituem, na verdade, a manifestação de problemas mais sérios e mais profundos, de natureza social, econômica, cultural, psicológica e outras que devem ser compreendidos para que possam efetivamente ser enfrentados. Restringir as expressões preconceituosas não ataca a raiz do problema. Ataca-se o sintoma, sem eliminar verdadeiramente a patologia que o provoca²⁵.

Calar o *hater* não só não elimina o preconceito, como também constitui uma forma de distração em relação aos problemas sérios que levam à formação da mentalidade preconceituosa e intolerante. Por isso, em lugar de proscrever ou restringir o discurso, deve-se buscar combater as suas causas.

Transforma certos temas em dogmas inquestionáveis. Proscrever o discurso discriminatório traz o risco, para o qual alertou Stuart Mill, de transformar verdades compartilhadas pela maior parte da comunidade — como a de que todo ser humano é detentor de direitos decorrentes da dignidade e merecedor de igual consideração de interesses — em um dogma estéril ou uma mera crença formal, que acabaria por fazer com que as pessoas, com o tempo, perdessem a habilidade de justificar e explicar racionalmente essa importante verdade²⁶.

O debate franco e aberto sobre raça, orientação sexual, gênero, identidade nacional, crença religiosa, deficiência física e mental e outros temas vinculados a identidade de grupos tende a produzir efeitos favoráveis e a reforçar a defesa dos grupos vulneráveis ao discurso de ódio, na medida em que expõe a irracionalidade do preconceito e da discriminação.

Cria ressentimentos e aumenta o risco de ações violentas. A liberdade de expressão exerce uma função que Frederick Schauer chama de “catártica”²⁷. Podendo se manifestar em palavras, os indivíduos seriam menos propensos a expressar suas frustrações e sua raiva através de ações violentas. Embora as palavras tenham a aptidão de agredir, ofender e ferir, é preferível que o preconceito seja expresso em discursos agressivos ou manifestações verbais hostis, e não traduzido em agressões físicas ou ações violentas. Parafraseando o exemplo retórico de Schauer, é melhor ter pessoas gritando umas com as outras do que atirando umas nas outras²⁸.

²⁵ NADINE STROSSEN, “Interview with Nadine Strossen”, in: *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulations and Responses* (Ed. Michael Herz e Peter Molnar), New York: Cambridge University Press, 2012, p. 380.

²⁶ JOHN STUART MILL, *Sobre a Liberdade* (tradução de Pedro Madeira), Lisboa: Edições 70, 2016, p. 100.

²⁷ FREDERICK SCHAUER, *Free speech: a philosophical enquiry*, New York: Cambridge University Press, 1982, p. 81.

²⁸ *Idem*.

A ideia de que uma maior tolerância em relação aos discursos ofensivos e discriminatórios funcionaria como uma válvula de escape, por possibilitar aos indivíduos liberar sua raiva e insatisfação, encontra apoio nos estudos psicanalíticos. O indivíduo que se vê cerceado em sua possibilidade de expressar seus instintos hostis e agressivos em palavras seria mais propenso a fazê-lo através de ações violentas.

Leva o hater a agir na penumbra. O preconceituoso não deixará de ser preconceituoso, nem deixará de disseminar o seu preconceito por lhe ser vedado expor publicamente seu pensamento, apenas destilará seu preconceito de forma privada ou mais cautelosa. Vale aqui a noção de que o melhor meio de combater o inimigo é conhecê-lo. Identificar o preconceituoso e o seu pensamento torna possível enfrentar e rebater, com bases racionais, a mensagem discriminatória. É preferível que o *hater* venha à luz do dia expor o seu preconceito para que se possa enfrentá-lo.

Cria um efeito de autocensura e empobrece o discurso público. Afora os casos extremos de discursos franca e abertamente discriminatórios, há uma imensa gama de manifestações que se encontram em uma zona nebulosa, e que são ou não julgados como discurso de ódio punível de acordo com o subjetivismo do intérprete. E não há critérios suficientemente objetivos que permitam aprioristicamente apontar com precisão e segurança quais, dentre a gama virtualmente infinita de manifestações que se encontram nessa zona cinzenta, devem ser consideradas proibidas ou punidas.

A incerteza sobre se uma expressão ou afirmação pode ser considerada ilegalmente discriminatória leva naturalmente à autocensura, porque, em regra, ninguém deseja correr o risco de ser investigado, processado e julgado por algo que falou ou escreveu. O receio de ser acusado de estar propagando o ódio leva, inevitavelmente, a que muitos deixem de expor seus pontos de vista sobre temas de interesse público que envolvam questões sensíveis para diferentes grupos, causando o que a doutrina norte-americana chama de *chilling effect*.

O receio de ser punido por uma opinião ou manifestação que possa ser interpretada como discriminatória causa um efeito paralisante.

Escritores, artistas, humoristas e intelectuais em geral, que têm na liberdade de pensamento e expressão a fonte do seu trabalho, tenderão a não abordar determinados temas, em um movimento de autocensura, com medo de ofender algum grupo com um escrito, uma fala, uma piada ou uma charge que possam ser considerados discriminatórios.

Uma política que restringe a liberdade de manifestação de pensamento com a finalidade de impedir que integrantes de diferentes grupos sociais se sintam ofendidos sacrifica um princípio que constitui a energia vital de qualquer democracia. A longo prazo, perde a sociedade, que vê um empobrecimento quantitativo e qualitativo do discurso público.

10. Quando o discurso de ódio deve ser alvo de punição? O discurso de ódio extremo

O discurso de ódio, como se viu, engloba manifestações que assumem as formas mais diversas, abrangendo falas e expressões de gravidade muito diferente. Compreende desde manifestações discriminatórias que, embora sejam consideradas ofensivas à sensibilidade de membros de um grupo, não provocam e não têm o propósito de provocar danos, até manifestações discriminatórias gravíssimas, que pregam a violência contra membros de um grupo social ou, em seu caso mais extremo, a sua eliminação.

Trazendo exemplos empregados por Timothy Garton Ash, não há dúvida de que aqueles que defenderam o extermínio dos Tutsis "como se fossem baratas" na Rádio de Ruanda "deveriam ter sido travados, detidos, julgados, condenados e encarcerados"; já alguém "que conta uma anedota extremamente racista num almoço privado" merece não mais que "uma reação fria ou uma repreensão contundente"²⁹.

Mesmo ficando restrito a um campo específico, como o do humor, não há como tratar igualmente aquele que, em uma reunião familiar ou social, conta uma piada que empregue estereótipos étnicos, ou de outra natureza, e o simpatizante da Ku Klux Klan que posta no Website intitulado "*Nigger Joke Central*" piadas que estimulem a violência contra pessoas negras³⁰.

Por isso, as incontáveis e distintas espécies de manifestações identificadas como discurso de ódio não devem se sujeitar a um único tipo de resposta.

Nadine Strossen, proeminente defensora da liberdade de expressão, aponta para a necessidade de distinguir duas modalidades bem distintas de *hate speech*. De um lado, o que denomina de *psychically harmful hate speech*, a manifestação discriminatória que pode ser considerada psicologicamente ofensiva, mas que não causa, nem tem o propósito de causar, dano além do detrimento psicológico e emocional, e que, por isso, não deve ser objeto de restrição; e, de outro, a forma mais séria de *hate speech*, que vai além da ofensa meramente psicológica, porque tem o propósito de causar danos, tais como a ameaça dirigida a um indivíduo ou a um pequeno grupo, a incitação à violência ou à violação a direitos individuais³¹.

Denomino esse último tipo de manifestação de *discurso de ódio extremo*, que é aquele que tem o propósito de lesar direitos dos integrantes do grupo discriminado, ou que busque incitar à violência ou à lesão desses direitos. É

²⁹ TIMOTHY GARTON ASH, *Liberdade de Expressão*, cit., p. 116.

³⁰ Para exemplos e uma análise de piadas racistas violentas, ver o excelente artigo de MICHAEL BILLIG, "Violent Racist Jokes", cit., p. 27.

³¹ NADINE STROSSEN, "Freedom of Speech and Equality: Do We Have To Choose?", *Journal of Law and Policy*, 25, 2016, p. 190. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol25/iss1/7>>.

para essa espécie mais grave de discurso de ódio, mais do que meramente censurável do ponto de vista social e moral, porque traz o potencial risco de causar dano a integrantes de pessoas integrantes do grupo alvo do discurso, que devem ser reservados os preceitos legais sancionatórios, inclusive de natureza penal.

Não havendo esse propósito lesivo, o discurso, a despeito de sua reprovabilidade moral ou social, deve considerar-se protegido pelo princípio garantidor da liberdade de expressão, de modo que o autor da mensagem não poderá ser submetido a sanção de natureza civil ou penal, conquanto possa e deva, em muitos casos, ser objeto de mecanismos de rejeição social e administrativa.

11. A diferença entre ação e expressão e o princípio do dano

Fundamental no estudo do tema da liberdade de expressão é a distinção entre *expressão* e *ação*, ou entre *conduta discursiva* e *conduta não discursiva*. Essa distinção, tradicional na doutrina norte-americana, é, de um modo geral, negligenciada na doutrina de outros países. Várias condutas que, em um sentido ordinário, não são identificáveis como discurso (*speech*), constituem formas de expressão simbólicas, não concretizadas em palavras, mas que carregam uma evidente e, muitas vezes, eloquente mensagem. Assim, por exemplo, o ato de queimar a bandeira nacional e o uso de braçadeiras pretas como forma de protesto. Ações como essas são mais do que condutas ordinárias, constituem verdadeiras formas de expressão ou condutas discursivas, porque buscam transmitir ou comunicar uma mensagem inequívoca.

Em contrapartida, alguns atos identificados ordinariamente como comunicativos objetivam mais do que simplesmente transmitir ou comunicar uma mensagem. Buscam provocar um determinado resultado — que pode ser lícito ou ilícito. Exemplo de manifestação verbal que constitui uma ação ilícita é o crime de ameaça, em que o propósito do agente não é o de simplesmente transmitir uma ideia, mas infundir temor na vítima de que esta venha a sofrer um mal injusto e grave. Como exemplo de manifestação verbal que configura uma ação que produz consequências jurídicas lícitas pode ser citada a aquiescência dos nubentes com o casamento, que, mais do que a expressão de uma mensagem, é um ato praticado com o propósito de gerar os efeitos civis decorrentes do matrimônio. Nesses e em tantos outros casos, as manifestações, a despeito de virem expressas em palavras ou outra forma linguística, são consideradas *ação* ou *conduta não discursiva*. Por isso, não se referem ao princípio da liberdade de expressão. Quando forem lícitos, se referirão a liberdades outras, como a liberdade de contrair matrimônio, no último exemplo. Quando ilícitos, como no caso do crime de ameaça, estarão fora do abrigo do princípio garantidor da liberdade de expressão.

Essa diferença é de suma importância para, no contexto do chamado discurso de ódio, separar as manifestações que devem ser tidas como expres-

são — protegidas, portanto, pelo princípio que protege a manifestação de pensamento — daquelas que constituem verdadeira ação danosa — e que, por isso, se encontram fora do âmbito de proteção do princípio.

Essa distinção entre expressão e ação ou entre conduta discursiva e não discursiva se relaciona intimamente com *princípio do dano*³², que traz aporte fundamental para o estudo dos limites da liberdade de expressão. Segundo Stuart Mill, a quem se deve a elaboração deste princípio: "o único fim em função do qual o Poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é o de prevenir dano a outros"³³.

A ideia de que uma manifestação caracterizada como discurso de ódio seja protegida pelo princípio garantidor da liberdade de expressão parte da premissa de que esse discurso somente pode ser restringido nos casos em que violar ou tiver o propósito de violar direitos de terceiros. Em outras palavras, a vedação legal só pode incidir nos casos de *discurso de ódio extremo*, que é aquele em que o emissor incita à violência ou à violação de direitos de membros de um grupo.

Não é suficiente que a manifestação discriminatória seja simplesmente reputada ofensiva, desagradável, repugnante ou imoral pelas pessoas que integrem o grupo discriminado por uma mensagem ou um discurso. Razões de ordem puramente emocional ou paternalista não constituem justificativa suficiente para a interferência estatal sobre a liberdade de expressão. Mais do que desagradáveis, perversas, desprezíveis ou erradas do ponto de vista moral ou das convenções sociais, as condutas discursivas devem ser ao menos potencialmente *danosas* em relação a algum interesse juridicamente protegido dos integrantes do grupo discriminado para serem proibidas³⁴.

12. O contradiscurso como forma de combater o discurso de ódio

Opor-se à restrição do discurso de ódio dirigido contra grupos não significa negar o poder que as palavras têm de ferir psicologicamente aqueles que se inserem no grupo discriminado. Significa acreditar que cabe ao indivíduo, como cidadão capaz e responsável, decidir quais palavras deve ouvir, ignorar, rejeitar ou responder. Pior do que o poder que as palavras têm de ferir é dar ao Governo o poder de escolher, dentre um conjunto praticamente infinito de expressões, quais devem ser punidas.

Más ideias se combatem com boas ideias. O mau discurso se enfrenta com o contradiscurso, que deve ser estimulado, quando necessário, pelo

³² Sobre o conceito de liberdade e o princípio do dano em Stuart Mill, veja-se o Capítulo 1, item 1.2.

³³ JOHN STUART MILL, *Sobre a liberdade*, cit., p. 39.

³⁴ GUSTAVO AUGUSTO FERREIRA BARRETO, *Dano e Coação: Princípio do Dano e os Limites do Direito*, Curitiba: Juruá, 2016, p. 45.

Governo e pela sociedade civil, com a implementação de medidas que deem voz aos integrantes dos grupos vulneráveis.

Uma das principais razões para defender a liberdade de expressão é a de que ela é fundamental para que possamos identificar e defender as ideias verdadeiras ou socialmente úteis e afastar as ideias equivocadas ou nocivas para a sociedade. A importância desse argumento em prol da liberdade de expressão foi destacada por vários pensadores. John Milton, em sua *Aeropagítica*, apostava no confronto livre de ideias como forma de ver triunfar a verdade sobre a impostura³⁵. Stuart Mill, no seu livro *Sobre a Liberdade*, defendia a liberdade de expressão como única forma possível de se alcançar a verdade, mesmo nos casos em que julgamos ter certeza acerca da verdade ou falsidade de uma opinião³⁶.

Isso vale também para as manifestações que consideramos desprezíveis, odiosas e ofensivas. É na competição do livre mercado de ideias, de que falava Oliver Wendell Holmes, que as más ideias devem ser, constantemente, confrontadas, desnudadas e reprovadas³⁷.

A crença no contradiscurso como melhor forma de combater o discurso de ódio e o preconceito que o alimenta não se baseia em uma esperança vazia ou em uma espécie de idealismo desapegado da realidade. Essa crença vem fundada na história, que mostra que o preconceito não se derrota com a censura e a interdição da palavra, mas com a ampliação do debate público, para que, no entrechoque de ideias, a razão prevaleça.

Foi através do uso incessante da palavra que, ao longo do tempo, diversos grupos sociais conquistaram direitos, desafiando o entendimento dominante da época. Assim ocorreu com a luta pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos da América; com o movimento feminista; com a reivindicação de direitos pelos integrantes da comunidade LGBTQ e com a defesa de tantos outros grupos vulneráveis. As ideias defendidas por esses grupos já foram consideradas imorais, odiosas, ofensivas e perigosas para a estabilidade social, mas foram, gradativamente, com coragem e muita luta, conquistando corações e mentes.

Ainda hoje, muitas dessas ideias ainda encontram resistência de certos setores da sociedade. Mas é pela força da razão, e não pela razão da força, que essas resistências são vencidas. As mudanças sociais nunca surgem da uniformidade e da pureza verbal, mas do embate de opiniões, expostas na cacofonia que compõe o mercado das ideias.

Embora tenha sido alvo de repetidas manifestações discriminatórias durante todo o seu mandato como Presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, em entrevista para a ABC News, reafirmou sua crença na

³⁵ JOHN MILTON, *Aeropagítica: discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 173.

³⁶ JOHN STUART MILL, *Sobre a Liberdade*, cit.

³⁷ J. OLIVER WENDELL HOLMES, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (Supreme Court 1919).

liberdade de expressão e no contradiscurso como forma de enfrentar o discurso de ódio: "Ser um bom cidadão, ser um ativista, envolve ouvir o outro lado e assegurar que você está engajado em um diálogo, porque é assim que as mudanças ocorrem". Observou que o sucesso do movimento pelos direitos civis se deveu, entre outras razões, ao fato de que os líderes do movimento "estiveram abertos à possibilidade de reconciliação e buscaram ouvir as opiniões que se encontravam do outro lado, inclusive aquelas consideradas terríveis para eles". Segundo Obama, o propósito da liberdade de expressão é assegurar que através de argumentos, da razão e das palavras façamos a democracia funcionar. Por isso, não devemos temer quando alguém expresse más ideias. Devemos, ao revés, contestá-las, derrotá-las e demonstrar que estão erradas, conquistando novos adeptos. É assim que as coisas funcionam em uma democracia³⁸.

Conforme assinalado por Nadine Strossen, a restrição generalizada ao discurso de ódio acaba sendo prejudicial aos membros do grupo alvo, em consequência do chamado "*bystander effect*". Na medida em que os integrantes do grupo são tratados de forma paternalista, como vítimas indefesas que necessitam da intervenção de alguma autoridade superior, tendem a aguardar a ação da autoridade, deixando de responder eles mesmos a essas manifestações. Em contrapartida, o contradiscurso, conquanto exija coragem e determinação, constitui um meio eficaz de empoderamento dos membros do grupo alvo do discurso de ódio³⁹.

Além disso, a censura generalizada ao *hate speech* aumenta a atenção e a simpatia para os *haters*, tornando-os mártires da liberdade de expressão. E acaba por levá-los a disseminar o preconceito de forma sub-reptícia ou menos explícita, dificultando sua identificação e a refutação de suas ideias preconceituosas.

Em outras palavras, mais liberdade de expressão, e não menos, é o melhor caminho para enfrentar o problema do discurso de ódio.

³⁸ BARACK OBAMA, Entrevista concedida em 12 de novembro de 2015 à ABC News. Disponível em: <<https://www.thefire.org/obamas-abc-news-interview-transcript-on-missouri-protesters/>>.

³⁹ NADINE STROSSEN, "Freedom of Speech and Equality", cit., p. 196.

O DISCURSO DE ÓDIO EM PERSPECTIVA PENAL

Nuno Brandão^{1*}

SUMÁRIO: I. Introdução — II. O panorama internacional. — III. A abrangência da figura do discurso de ódio. — IV. A criminalização do discurso de ódio.

I – Introdução

1. O chamado discurso de ódio é um tema que, de há muito, concita atenções e preocupações nos mais variados domínios e sob as mais diversas perspectivas. É meu propósito partilhar uma breve reflexão sobre ele a partir de um ponto de vista essencialmente penal.

A ambiguidade que a própria designação da figura encerra e a pluralidade e diversidade de pontos de vista a partir dos quais ela é enfrentada geram naturalmente dificuldades de apreensão do seu conteúdo e limites, bem assim como dos termos em que poderá justificar limites ao exercício da liberdade de expressão. Questiona-se, desde logo, se é *legítimo proibir* um certo discurso pelo facto de ir imbuído de um espírito de ódio, exprimindo e fomentando sentimentos de hostilidade, desprezo e abjecção em relação a terceiros. E mais do que isso, caso se admita que sim, que tal proibição é

¹ * Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O autor escreve segundo as regras ortográficas anteriores ao Acordo de 1990.

legítima, se será *legítimo reforçar a sua efectividade através de penas criminais ou de outras sanções*.

Face à indefinição que reina neste tema tão complexo, difícil e cheio de *nuances*, mais do que apresentar respostas e soluções fechadas, tentarei antes oferecer uma panorâmica sobre o modo como o problema é encarado, ensaiando depois um exame crítico do recurso a uma via criminalizadora.

2. O repúdio social e institucional do discurso de ódio tem medrado sobretudo no quadro de uma *compreensão democrática e liberal da pessoa humana*. Esse repúdio assenta na ideia basilar de que cada um deve poder desenvolver a sua personalidade e a sua vida em sociedade livre de discriminações ou tratamentos diferenciados fundados na sua integração num dado grupo identificado a partir de certas características pessoais. Apelando a uma recente definição de discurso de ódio — uma entre muitas outras — avançada pela Organização das Nações Unidas, na “Estratégia e Plano de Acção para o Discurso de Ódio”, têm-se aqui em vista expressões que “atacam ou usam uma linguagem pejorativa ou discriminatória em relação a uma pessoa ou a um grupo em função de quem são, noutras palavras, em função da sua religião, etnia, nacionalidade, raça, cor, descendência, género ou outra característica identitária”².

O repúdio do discurso de ódio, determinado essencialmente por um propósito de proibição de discriminações arbitrárias e injustas, para protecção de grupos sociais minoritários e/ou especialmente vulneráveis, não tem tido uma vida fácil. Estando a sua génese ligada a uma concepção democrática e liberal da pessoa e da vida em sociedade, torna-se cada vez mais difícil de sustentar e efectivar num mundo em que o discurso antiliberal e xenófobo alastra³. Com a *internet*, qualquer um, em qualquer lugar do mundo, se necessário a coberto do anonimato, está em condições de dizer e espalhar as mensagens mais vis que se possam imaginar, tendo como destinatária uma audiência potencialmente global. Em 2016, o Presidente dos EUA — o chamado líder do “mundo livre”, para usar uma expressão do tempo da Guerra Fria — foi eleito com uma campanha marcada por aquilo que se convencionou chamar de discurso de ódio: os mexicanos foram por ele apodados de “bad hombres”, traficantes de droga, criminosos e violadores; os muçulmanos como terroristas; etc. E não raro, o pensamento do discurso de ódio é instrumentalizado por regimes autoritários para perseguir e punir nem mais nem menos do que certas minorias, vozes críticas ou dissidentes, justamente as pessoas que se pretende proteger com a figura do discurso de ódio.

Não causa, por isso, espanto a existência de uma grande diversidade de abordagens ao fenómeno do discurso de ódio, tanto, naturalmente, ao ní-

² United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech, 2019.

³ YASHA MOUNK, *The People vs. Democracy. Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Harvard University Press, 2019.

vel dos Estados, como também, inclusive, de instituições internacionais. Procurarei assinalar as formas substancialmente distintas como o problema é enfrentado e tratado no plano da Organização das Nações Unidas e no plano europeu, designadamente, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e das iniciativas da União Europeia. O fulcro da questão está na amplitude e nos limites a reconhecer ao *direito à liberdade de expressão*.

II – O panorama internacional

3. As Nações Unidas adoptam uma aproximação cautelosa, de admissão da limitação da expressão de um discurso de ódio circunscrita aos casos de *apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que consubstancie um incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência*.

A fonte legitimadora desta restrição ao direito à liberdade de expressão é o artigo 20.º, n.º 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, segundo o qual “toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência será proibida por lei”. Aceita-se, assim, que não se possa prevalecer do direito à liberdade de expressão quem dissemine um discurso de ódio que envolva um incitamento à discriminação e à violência. Mas é este também o único caso em que se admite como válida a proibição e o sancionamento do discurso de ódio⁴. Uma posição que assenta na ideia do primado da liberdade de expressão e é em boa medida justificada pelo receio de que os Estados abusem de disposições sancionatórias para calar e perseguir vozes incómodas, a pretexto da necessidade de repressão do discurso de ódio. Nesta linha, são tidas como restrições *ilegítimas* da liberdade de expressão normas que proíbam blasfémias⁵, opiniões sobre factos históricos (v. g., a negação do Holocausto ou de outros genocídios)⁶ ou declarações preconceituosas e ofensivas da dignidade das pessoas pertencentes a grupos carecidos de protecção⁷.

4. Um contraponto importante ao posicionamento das Nações Unidas é o que vem sendo assumido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de muito maior complacência em relação a acções sancionatórias dos Estados visando comportamentos tomados como discursos de ódio. Num recente

⁴ UNITED NATIONS, Special Rapporteur Frank la Rue, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression” (A/67/357), 2012, 43.: “As such, advocacy of hatred on the basis of national, racial or religious grounds is not an offence in itself”.

⁵ UNITED NATIONS, Special Rapporteur David Kaye, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression” (A/74/486), 2019, 21.

⁶ *Idem*, 22.

⁷ *Idem*, 24.

levantamento de casos de “discurso de ódio” feito pelo próprio TEDH⁸, foram reconduzidos a essa figura, entre outros, casos de ódio étnico, de incitamento e apologia do terrorismo, de negacionismo e revisionismo, de ódio racial, de ódio religioso, de ameaça à ordem democrática, de apologia da violência e incitamento à hostilidade, de disseminação de folhetos homofóbicos, de apologia de crimes de guerra e de extremismo religioso.

A generalidade das queixas foi enquadrada pelo TEDH no artigo 10.º da CEDH (Liberdade de expressão) ou no artigo 17.º da CEDH (Proibição de abuso de direito). Há um número relevante de casos em que, recorrendo ao artigo 17.º da CEDH, o TEDH declarou a queixa como inadmissível, sem mais, por considerar que o acto *sub judice* era de tal forma atentatório dos valores tutelados pela Convenção que de forma alguma poderia reclamar a sua protecção.

Restrições da liberdade de expressão que as Nações Unidas têm como ilegítimas — por não pressuporem o incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência — são consideradas como válidas pelo TEDH. É o que vem sistematicamente sucedendo com o negacionismo do Holocausto, punido criminalmente pelo Estado alemão, com o aval do TEDH. Dois casos são suficientes para ilustrar a larga margem de compressão da liberdade de expressão que o TEDH admite neste domínio. No caso *Witzch c. Alemanha*, de 2005, o TEDH julgou inadmissível uma queixa apresentada por um nazi que havia sido sancionado penalmente pelo Estado alemão pelo facto de ter remetido uma carta privada a um historiador, na qual, embora não negando o Holocausto, nem negando a morte de milhões de judeus nas câmaras de gás, se insurgiu contra a posição de que Hitler e o Partido Nacional-Socialista tivessem sido responsáveis pelo Holocausto⁹. No caso *Nix c. Alemanha*, decidido pelo TEDH em 2018, o queixoso foi responsabilizado pelo crime de exibição de símbolos de organizações inconstitucionais por ter colocado uma fotografia de Himmler com um uniforme com símbolos nazis¹⁰. Apesar de essa imagem ter sido exibida num contexto de crítica a práticas actuais da administração pública alemã, para a equiparar à administração nazi, e de se ter concluído que o agente “não teve intenção de difundir uma propaganda totalitária, nem de incitar à violência ou difundir um discurso de ódio, e que da sua acção não resultou uma intimidação”¹¹, o TEDH julgou legítima a limitação do direito à liberdade de expressão.

O TEDH considerou admissível a restrição da liberdade de expressão noutros casos desprovidos de incitamento à violência ou à discriminação, como, por exemplo, sucedeu no caso *Vejdeland e outros c. Suécia*, relativo à distribuição de folhetos homofóbicos numa escola secundária¹².

⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (PRESS UNIT), “Factsheet — Hate speech”, June 2020.

⁹ Ac. do TEDH de 13.12.2005 (Queixa n.º 7485/03).

¹⁰ Ac. do TEDH de 13.03.2018 (Queixa n.º 35285/16).

¹¹ *Idem*, § 51.

¹² Ac. do TEDH de 05.02.2012 (Queixa n.º 1813/07).

5. No plano europeu, cumpre ainda destacar a acção da União Europeia nesta matéria. Entre muitas outras iniciativas, sobressai a Decisão-Quadro 2008/913/JAI, do Conselho, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. Este diploma teve um impacto imediato sobre as leis penais dos Estados-Membros, incluindo a nossa; e é actualmente um marco de referência nas práticas de controlo e eliminação de conteúdos de discurso de ódio adoptadas por algumas das mais importantes empresas tecnológicas.

A Decisão-Quadro impõe aos Estados-Membros da União Europeia um dever de criminalização de duas formas de discurso de ódio (art. 1.º): em primeiro lugar, o “incitamento público à violência ou ao ódio contra um grupo de pessoas ou os seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica”; e em segundo lugar, a apologia, negação ou banalização grosseira públicas de crimes de genocídio, crimes contra a Humanidade e de determinados crimes de guerra, cometidos contra um grupo de pessoas ou seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica, quando esses comportamentos forem de natureza a incitar à violência ou ódio contra esse grupo ou os seus membros. Nesta segunda vertente, não se impõe, assim, a proibição penal do negacionismo puro e simples, mas apenas daquele que seja idóneo a incitar à violência ou ódio em função dos mencionados factores identitários.

São estas práticas discriminatórias a que a Decisão-Quadro se dirige que são tidas em conta no Código de Conduta de Combate ao Discurso de Ódio *online* ilegal promovido pela Comissão Europeia e subscrito pelo Facebook, pela Microsoft, pelo Twitter e pelo YouTube. O relevo que é, deste modo, atribuído à Decisão-Quadro coloca-a num plano central do actual movimento de prevenção do discurso de ódio difundido *online*.

III – A abrangência da figura do discurso de ódio

6. Feito este levantamento de algumas das mais importantes linhas de força do movimento de prevenção e repressão do discurso de ódio, são patentes as dúvidas que o problema suscita. E que não podem deixar de ser tomadas em consideração no momento de avaliar a conveniência e amplitude da intervenção penal nesta matéria.

O próprio conceito de discurso de ódio é sumamente ambíguo. Característica que advém do carácter vago e multifacetado da ideia de ódio. O que é o ódio? Contra quem deverá ele manifestar-se? Com que motivos? De que forma? Com que consequências? Estas questões e inquietações que emergem naturalmente quando nos aproximamos ao tema acabam por reflectir-se numa dificuldade de apreensão dos seus limites: não raro, está longe de ser seguro que uma dada situação possa ser tratada como um

caso de discurso de ódio. A compreensão, digamos assim, enevoadada do discurso de ódio gera um frequente estado de dúvida.

Será de reconhecer a existência de consenso quanto à qualificação como discurso de ódio de manifestações racistas, xenófobas, homofóbicas, etc. incitadoras da violência e/ou da discriminação contra o grupo visado. Consenso que, como se viu, se estende à legitimidade da proibição penal de actos dessa natureza.

A partir daí reina a incerteza.

Não parece que devam merecer a designação de discurso de ódio actos de incitamento público ou de apologia pública do terrorismo ou de outras formas de violência ou criminalidade *desprovidos de uma conotação discriminatória*. Não pretendo com isto significar que comportamentos desta natureza devam ficar imunes a uma intervenção penal¹³, mas antes que lhes deverá ser dada uma resposta sancionatória autónoma e de conteúdo distinto da que é reservada aos verdadeiros casos de discurso de ódio, aqueles que são marcados por um vezo discriminatório.

Já serão, em princípio, de tomar como discursos de ódio as manifestações de carácter discriminatório de menorização ou achincalhamento de um grupo social ou de uma pessoa pertencente a esse grupo em função dessa pertença. Estou a pensar, nomeadamente, nos casos em que grupos de pessoas são tratados como não humanos, sendo, por exemplo, equiparados, de forma mais ou menos explícita, a animais ou a vermes; são qualificados como um grupo inferior ou como um povo pária; são alvos de apelos a uma exclusão da sociedade; são expostos a símbolos ou acções simbólicas que visam rememorar ou glorificar traumas passados (por exemplo, a realização de um cortejo nazi com a exibição de bandeiras com a cruz suástica num bairro judeu¹⁴); etc.

Podemos enquadrar aqui o preceituado no artigo 240.º, n.º 2, alíneas b) e c), do CP, que proíbe penalmente condutas, que tenham lugar na esfera pública, de difamação, injúria e ameaça de pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica. Note-se que o legislador penal português foi mais longe do que aquilo que era imposto pela Decisão-Quadro de 2008, tendo atribuído relevo típico a acções de difamação, injúria e ameaça que não constituam um incitamento à discriminação ou à violência.

Ainda que se aceite que manifestações desta natureza possam ser sujeitas a restrições limitadoras da liberdade de expressão e até mesmo a proibições penais, sempre subsistirá a dificuldade de segregar aquilo que, de

¹³ Cf. NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *in*: José Manuel Aroso Linhares / Maria João Antunes (Coord.), *Terrorismo: Legislação Comentada, Textos Doutrinários*, Instituto Jurídico, 2019, Art. 4.º, §§ 26 e ss. e 167 e ss.

¹⁴ Como sucedeu no famoso caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal dos EUA (432 U.S. 43 (1977)).

facto, ultrapassa o permitido pela liberdade de expressão. As expressões discriminatórias aparecem frequentemente integradas em manifestações de posições que englobam expressões de crítica social e política que deverão considerar-se protegidas pelo direito à liberdade de expressão, mesmo quando recorram a uma linguagem agressiva ou grosseira. Com efeito, frequentemente será difícil discernir onde termina a crítica legítima, ainda que repugnante ou chocante, e onde começa a apologia do ódio. Dificuldade que se acentua no caso de o ódio discriminatório não ser diretamente perceptível, resultando antes do subtexto do discurso.

IV – A criminalização do discurso de ódio

7. Mesmo que se logre apontar os principais tipos de discursos que merecerão ser tratados como discursos de ódio, sempre permanecerá em aberto a magna e controvertida questão da *admissibilidade da sua criminalização*. Como se viu, essa é questão que vem dividindo instituições internacionais, tribunais e autores, essencialmente em função dos limites a impor à liberdade de expressão. Discussão que se centra sobretudo naqueles casos em que ao discurso de ódio não poderá ser assacado um carácter incitador de violência ou de discriminação.

Não é, porém, nessa polémica que ora me pretendo deter. Procurarei antes lançar algumas pistas de reflexão acerca da possibilidade de compatibilização da atribuição de relevo penal ao discurso de ódio destituído de um apelo à violência ou à discriminação com alguns princípios e ideias estruturantes do direito penal. Pois, como é evidente, para que se tenha como legítima uma incriminação dessa natureza não basta que se conclua que a mesma não é vetada pelo direito fundamental à liberdade de expressão.

a) A este propósito, uma primeira dúvida que me assola é a da conciliação de uma acção penal neste domínio com a ideia basilar de que a *função de protecção de bens jurídicos* que é cometida ao direito penal tem um cariz de *ultima ratio*. A esta compreensão do papel do direito penal na vida social vai associado o pensamento de que não lhe deve ser atribuída uma missão propulsora da mudança dos costumes sociais. Boa parte dos comportamentos censurados por apelo à figura do discurso de ódio são moeda corrente em muitos estratos sociais e não são poucas as vezes em que figuras públicas, incluindo pessoas com elevadas responsabilidades políticas, os adoptam publicamente. Ameaçar com o direito penal condutas discriminatórias que se manifestam através da grosseria e da boçalidade, mas que não vão além disso, envolve o risco de o transformar num mero tigre de papel, reduzido a uma função simbólica de apaziguamento dos potenciais visados e dos que se sentem repugnados com atitudes desse jaez. Num caso ou noutro, sobretudo quando vá envolvida alguma comoção social, a intervenção penal

acabará por ser efectiva. Mas só numa ínfima minoria das situações é que isso acontecerá, tornando os infractores numa espécie de bodes expiatórios.

A este risco associa-se um outro: o de a intervenção penal ser percepcionada como uma forma de calar sectores da população que se sentem deixados para trás e que fazem uso de um discurso discriminatório, agressivo ou mesmo extremista para expressar o seu descontentamento e para chamar a atenção para os seus problemas¹⁵. Recorrer ao direito penal para reagir a esse tipo de discurso, proibindo-o, poderá ser mesmo contraproducente, já que agudizará o sentimento de exclusão e poderá ter até um efeito de re-crudescimento do extremismo, que costuma andar de mãos dadas com um discurso discriminatório.

b) Um segundo plano onde podem intuir-se dificuldades é o da observância da *exigência de determinabilidade* dos tipos penais imposta pelo princípio da legalidade criminal. Como se viu, o discurso de ódio pode assumir numerosas facetas e as suas formas de manifestação poderão assumir uma enorme plasticidade. Porque assim é, as disposições incriminatórias do discurso de ódio terão inevitavelmente de assumir um conteúdo típico também ele suficiente aberto para terem a maleabilidade necessária a conseguirem abarcar os comportamentos discriminatórios tidos como de tal forma intoleráveis que carecerão de uma intervenção penal. Com isso corre-se, porém, o risco de criar tipos incriminadores ambíguos, insusceptíveis de fornecer uma linha de orientação precisa aos cidadãos e potenciadores de acções penais persecutórias e arbitrárias. O que pode ser tanto mais preocupante quanto maior for a amplitude geográfica do facto: aquilo que é escrito ou exibido na *internet* e nas redes sociais tem um alcance difuso, que tende a transcender as fronteiras do Estado onde o agente manifesta as suas ideias.

c) A censura penal do discurso de ódio suscita ainda apreensão em virtude da sua potencialidade para erodir um dos postulados basilares do sistema penal, o de que o Estado é o titular único e exclusivo do *jus puniendi* criminal. Com efeito, nos casos de difusão *online*, a eliminação e repressão do discurso de ódio penalmente relevante constitui uma missão que é assumida conjuntamente pelos Estados e pelas grandes empresas tecnológicas. Ora, são estas empresas, e não o Estado, que estão na linha da frente do *enforcement* da criminalização do discurso de ódio. Com isso, na prática, são elas que, *prima facie*, assumem a função de dirimir os conflitos de interesses públicos e privados que tradicionalmente é reservada ao poder judicial do Estado, acabando por ser elas a regular o exercício da liberdade de expressão. Neste contexto, chamam a si poderes de autoridade como os de suprimir conteúdos ou banir utilizadores do seu espaço público *online*, o que pode ter o significado de restrição de liberdades fundamentais. O relevo deste papel é de tal ordem que o Facebook criou uma espécie de tribunal

¹⁵ MAXIME LEPOUTRE, "Hate speech in public discourse: a pessimistic defense of counterspeech", *Social Theory and Practice*, vol. 43, n.º 4, 2017, p. 859 e s.

interno para apreciar e decidir reclamações relacionadas com a eliminação de conteúdos¹⁶.

Embora assumindo um papel de aliadas dos Estados no combate ao discurso de ódio, estas grandes empresas tecnológicas não deixam ao mesmo tempo de ser alvos potenciais de sancionamento estadual no caso de não reagirem prontamente a publicações dessa natureza. O que gera esta dúvida: actuarão essas empresas para proteger os valores que são ameaçados pelo discurso de ódio ou para se protegerem a elas mesmas, designadamente, de eventuais sanções ou dos danos reputacionais perante a sua matéria prima (os utilizadores, que alimentam o seu comércio de dados¹⁷)?

Esta privatização do *enforcement* penal do discurso de ódio e da regulação da liberdade de expressão gera preocupação não só por significar uma privatização de funções essenciais do Estado, mas também porque as empresas a quem essas missões vêm sendo entregues não se têm revelado propriamente exemplares no modo como lidam com a liberdade de expressão. Isto, quando é nas suas plataformas informáticas que é expressa uma parte muito substancial das manifestações extremistas e de ódio, potenciadas pelo anonimato a que os utilizadores podem recorrer e pela distância entre os agentes e os visados pelas suas imprecações. Ora, as empresas tecnológicas a que se vêm entregando funções materialmente jurisdicionais são as mesmas que na sua actividade empregam algoritmos e ferramentas de captação da atenção e do tempo dos utilizadores que envolvem um afunilamento daquilo que lhes é mostrado na rede para conteúdos que vão ao encontro das suas predisposições (*confirmation bias*). Os utilizadores como que ficam presos numa bolha, na qual se produz o chamado efeito de câmara de eco (*echo chamber effect*). Nessa bolha não entram conteúdos que possam contrariar a sua mundivisão (*counter-speech*), pelo contrário só são admitidos aqueles que a alimentem e intensifiquem, já que são esses conteúdos que maior potencialidade terão para “agarrar” os utilizadores e fazê-los passar mais tempo em frente ao ecrã. Tudo isto é um terreno obviamente fértil para que o discurso de ódio germine e cresça. E são as empresas tecnológicas que o vêm criando. Colocá-las na linha da frente do chamado combate ao discurso de ódio não parece muito diferente do que pedir à raposa para guardar o galinheiro...

8. Aqui chegados, poderia pensar-se que a consequência lógica desta análise seria a da oposição à adopção de uma via criminalizadora para enfrentar o discurso de ódio. Não vou tão longe. Há boas razões que justificam e legitimam a proibição criminal de discursos de apelo à discriminação e à violência e de aviltamento de cariz discriminatório. E são elas que vêm sen-

¹⁶ CATALINA BOTERO-MARINO / JAMAL GREENE / MICHAEL W. MCCONNELL / HELLE THORNING-SCHMIDT, “We are a new board overseeing Facebook. Here's what we'll decide”, *The New York Times online*, 06.05.2020.

¹⁷ SHOSHANA ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, 2019.

do tidas em conta por numerosos Estados europeus, incluindo o português, para enfrentar o discurso de ódio num plano penal. Entre nós, haverá que fundamentalmente ter em conta o já referido crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência, previsto no artigo 240.º do CP, que faz par com disposições incriminatórias similares que encontramos nos Códigos Penais de países como Espanha, Itália ou Alemanha.

Tanto a paz pública, como a igualdade de oportunidades e de tratamento poderão, isolada ou conjugadamente, constituir base suficiente para legitimar incriminações desta natureza. Ponto é que a aplicação destes tipos incriminadores seja reservada para casos em que o comportamento discriminatório seja um tal que ameace a consideração do grupo visado como um grupo digno de viver em sociedade num plano de igualdade com os demais, assim pondo em causa o estatuto das pessoas que o integram como membros de corpo inteiro da comunidade que devem poder desenvolver a sua vida social sem inibições ou restrições fundadas na sua pertença a esse grupo. A este propósito e com este sentido, apelando ao pensamento que neste contexto é desenvolvido por Jeremy Waldron, em última instância será a *dignidade dessas pessoas que estará em pano de fundo*¹⁸. Ali onde o discurso discriminatório comprometa a consideração dos outros como pessoas, adcrevendo-lhes um estatuto de inferioridade por serem como são, penso que poderá concluir-se pela legitimidade de uma restrição penal da liberdade de expressão, não obstante os assinalados riscos que lhe vão associados.

¹⁸ JEREMY WALDRON, "Dignity and defamation: the visibility of hate", *Harvard Law Review*, vol. 123, n.º 7, 2010, p. 1596 e ss.