

## **O DISCURSO DE INCITAMENTO AO ÓDIO E A NEGAÇÃO DO HOLOCAUSTO: RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?**

Raisa Duarte da Silva Ribeiro<sup>1</sup>

Resumo: o presente estudo tem por escopo a análise das restrições à liberdade de expressão nos casos do discurso de incitamento ao ódio e de negação do Holocausto. Inicialmente, realiza uma abordagem acerca do instituto da liberdade de expressão, delimitando o seu sentido, o seu conteúdo e a sua finalidade. Num segundo momento, menciona-se os critérios e as técnicas utilizadas para a restrição da liberdade de expressão nos tratados internacionais e, especialmente, na Constituição da República Portuguesa. Posteriormente, analisa-se os objectivos do discurso do ódio e da negação do Holocausto, demonstrando os benefícios e os malefícios da restrição da liberdade de expressão nestes âmbitos.

*Abstract: The scope of this study is the analysis of restrictions on freedom of expression in cases of the speech about incitement to hate and Holocaust denial. At first, it shows an approach upon the institution for the freedom of expression, delimiting its meaning, content and purpose. Then, it is mentioned the criteria and technique used to restrict freedom of expression in international treaties, and most of all, in Portuguese Republic Constitution. Finally, the objectives of the hate speech and Holocaust denial are analyzed, showing the benefits and harms of restriction to freedom of expression in this framework.*

---

<sup>1</sup> Estudante do Curso de Pós Graduação em Direitos Humanos do Instituto *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Jonátas E. M. Machado.

## Sumário

<b>I. Introdução .....</b>	<b>2</b>
<b>II. Finalidades da Liberdade de Expressão.....</b>	<b>4</b>
<b>III. Restrições à Liberdade de Expressão.....</b>	<b>8</b>
<b>IV. O Discurso de Incitamento ao Ódio.....</b>	<b>15</b>
<b>V. Negação do Holocausto: os discursos revisionistas devem ser restringidos? .....</b>	<b>21</b>
<b>VI. Conclusão .....</b>	<b>28</b>
<b>VII. Bibliografia.....</b>	<b>32</b>

*“Não concordo com uma única palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-la.”*

*Voltaire*

## I. Introdução

Os direitos humanos são uma conquista bastante tardia na história da humanidade<sup>2</sup>, sendo firmados como elementos jurídicos apenas com as Revoluções Liberais do século XVIII. O advento dos direitos humanos como normas jurídicas trouxe, inicialmente, a afirmação dos direitos de primeira geração<sup>3</sup>, que são os direitos de liberdade clássica e os direitos políticos<sup>4</sup>.

Os direitos de primeira geração são considerados direitos negativos, pois exigem a abstenção do Estado no seu âmbito de aplicação. Sendo assim, são direitos auto-executáveis.

Actualmente, a doutrina se debruça no aspecto de superar a classificação dual entre direitos negativos e positivos, adoptando-se uma classificação tríplice: “*Respect, Protect and Fulfil*”<sup>5</sup>, dirigida aos Estados para a protecção dos direitos humanos.

Desta forma, no que tange à liberdade de expressão, deve-se entender que a mesma precisa ser *respeitada*, sendo vedado aos Estados interferir no gozo deste direito; *protegida*, exigindo do Estado a obrigação de proteger a liberdade de expressão em face de indivíduos ou grupos que tentem intentar sobre a mesma; e *cumprida*, no sentido do Estado concretizar medidas positivas para facilitar a utilização deste direito.

A liberdade de expressão é entendida como o direito à livre manifestação de ideias, opiniões, posições, pensamentos, seja de interesse público ou não, seja dotada de importância e valor ou não,<sup>6</sup> através de qualquer meio de exposição, seja ele público ou privado, não podendo este direito ser molestado ou inquietado por ninguém.

Na voz da doutrina de Jonátas Machado, “*deve-se sublinhar a dupla dimensão deste direito. A dimensão substantiva compreende a actividade de pensar, formar a*

---

<sup>2</sup> MOREIRA, Vital. Lição proferida em aula do Curso de Pós Graduação em Direitos no dia 21 de Janeiro de 2012.

<sup>3</sup> A célebre tese de “*gerações de direitos*” é formulada por KAREL VASAK.

<sup>4</sup> Neste sentido, vide (PAULO BONAVIDES, “Direitos Fundamentais, Globalização e Neoliberalismo”, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Editora Del Rey, 2004, p. 352-355)

<sup>5</sup> Neste sentido (IDA E. KOCH, “Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?”, Human Rights Law Review, Volume 5, 2005, p. 81-103; United Nation Human Rights. *International Human Rights Law*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>)

<sup>6</sup> (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO., Curso de direito constitucional, 2ª ed., rev. e actual, São Paulo, Saraiva, 2008., p. 360)

*própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento.*”<sup>7</sup>

Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros:

“o âmbito de protecção (ou *conteúdo protegido*) da liberdade de expressão envolve: (i) o direito de não ser impedido de se exprimir e de divulgar, pelos meios a que se tenha acesso, ideias e opiniões (Ac. n.º 636/95); (ii) a liberdade de comunicar ou de não comunicar o seu pensamento; (iii) uma pretensão à expressão, através da remoção de obstáculos não-razoáveis não acesso aos diversos meios (princípio da *máxima expansão* das possibilidades de expressão); (iv) uma pretensão a alguma medida de acesso, em termos a configurar por lei, às estruturas de serviço público de rádio e de televisão; (v) pretensões de protecção contra ofensas provenientes de terceiros.”<sup>8</sup> (grifos no original)

A liberdade de expressão é a máxima inaugurada no âmbito das liberdades de comunicação. Está presente na maioria das Constituições, Convenções e Tratados Internacionais que delimitam e protegem os direitos humanos<sup>9</sup>.

Em 1644, John Milton redigiu um polémico ensaio dirigido ao Parlamento Inglês, defendendo a liberdade de opinião, de expressão e de imprensa, em contraposição à censura parlamentar existente à época. Denominado “*Areopagítica*”<sup>10</sup>, seu ensaio constituía um discurso sobre a liberdade de expressão inovador e que, hodiernamente, constitui ainda um verdadeiro parâmetro dentro deste tema.

A liberdade de expressão foi prevista juridicamente, pela primeira vez, no *English Bill Of Rights*<sup>11</sup>, de 1689. O *English Bill Of Rights* não é considerado uma carta de direitos no sentido moderno, mas um estatuto político, que defende os direitos humanos básicos dos cidadãos britânicos, formulado no contexto da Revolução Gloriosa<sup>12</sup>.

Posteriormente, vários outros diplomas passaram a garantir a liberdade de expressão, como é o caso dos artigos 10º e 11 da Declaração dos Direitos do Homem e

---

<sup>7</sup>JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* 65, Coimbra Editora, 2002, p. 417)

<sup>8</sup>JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Editora Coimbra, 2ª Edição, 2010, p. 849.)

<sup>9</sup>Para mais acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, vide (JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 359-441)

<sup>10</sup>JOHN MILTON, *Areopagítica – Discurso sobre a Liberdade de Expressão*, Editora Almedina, 2009)

<sup>11</sup> 9. That the freedom of speech, and debates or proceedings in parliament, ought not to be impeached or questioned in any court or place out of parliament.

<sup>12</sup> (LUCÍNDIA MAER e OONAGH GAY, *The Bill Of Rights 1689*, Disponível em: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-00293.pdf>)

do Cidadão<sup>13</sup>, do artigo 1º do *Bill Of Rights* Americano<sup>14</sup>, do artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>15</sup> e do artigo 19º do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos<sup>16</sup>.

A Constituição da República portuguesa, de 1976, prevê a liberdade de expressão em seu artigo 37º, nos seguintes termos:

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

## II. Finalidades da Liberdade de Expressão

Na voz da doutrina de Jonátas Machado<sup>17</sup>, a liberdade de expressão possui alguns objectivos fundamentais, inerentes à sua função, quais sejam: a procura da verdade, o mercado livre das ideias, a autodeterminação democrática, o controlo da actividade governativa e do exercício do poder, a esfera do discurso público e da opinião pública, a

---

<sup>13</sup> Art. 10.º Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11.º A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

<sup>14</sup> Amendment I - Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

<sup>15</sup> Artigo 19

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão

<sup>16</sup> Artigo 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

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

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

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

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

<sup>17</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* 65, Coimbra Editora, 2002, p. 237-291)

garantia da diversidade de opiniões, a acomodação de interesses e transformação pacífica da sociedade, a promoção e expressão da autonomia individual, concepção multidimensional e multi-sistémica das liberdades de comunicação.

A procura da verdade como finalidade da liberdade de expressão significa que num discurso aberto de ideias a verdade é mais facilmente descoberta, enquanto que num ambiente onde há a ausência de liberdade de expressão a verdade fica oprimida a uma só opinião, que se impõe como verdadeira. Se houver um debate livre e aberto, a verdade tende a triunfar.

Segundo John Stuart Mill<sup>18</sup>, um dos precursores da ideia de que através da liberdade de expressão se chega ao conhecimento da verdade, a liberdade de opinião não deve ser silenciada, pois: se a opinião for forçada ao silêncio, e a mesma for verdadeira, estaremos privados de conhecer a verdade; se a opinião silenciada for errada, pode haver nela, mesmo assim, uma porção da verdade; e se a opinião estiver errada, será através do confronto de opiniões adversas que se chegará ao conhecimento da verdade.

Todavia, como não existe uma única verdade absoluta, mas uma coexistência de diversas verdades relativas, surge outra finalidade – que tendencialmente vai se afastando da teoria da “procura da verdade” – denominada *o mercado livre de ideias*. Esta finalidade objectiva-se a garantir um mercado em que a oferta e a demanda de ideias sejam livres, assentando num carácter essencialmente competitivo do debate, garantindo, assim, a existência de um ambiente de discurso público aberto e pluralista, desconfiando da actuação governamental.

É a livre circulação de ideias que deve decidir qual ideia deve prevalecer. Segundo o juiz Oliver Wendell Holmes, da Suprema Corte Norte-Americana, no seu voto no caso *Abrams vs. United States*, “*o melhor teste da verdade é o poder do pensamento de se tornar aceito na competição do mercado*”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> (JOHN STUART MILL, *On Liberty*, Boston, Ticknor and Fields, 1863, p. 101-102)

<sup>19</sup> Tradução realizada em (ANTONIO ISOLDI CALEARI, *Malleus Holoficarum: o estatuto jurídico-penal da revisão histórica na forma do jus puniendi versus animus revidere*, São Paulo, 2011, p. 196)

O mercado livre de ideias, no entanto, é alvo de inúmeras e severas críticas, no sentido de que o mesmo sustenta a produção massiva de ideias convenientes e baratas, competitivas, com o intuito de agradar ao público, promovendo determinados interesses das classes sociais mais privilegiadas.

Refutando grande parte das críticas, o doutrinador Jonátas Machado entende que:

“o *mercado livre de ideias*, a despeito das suas imperfeições, traduz os valores fundamentais da descentralização da produção e difusão de ideias e da autonomia individual na adesão ou no abandono das mesmas, bem como na estruturação dos procedimentos comunicativos de acordo com o *princípio da persuasão*, nos termos do qual o Estado não pode suprimir um discurso com base no facto de que o mesmo tem a capacidade para persuadir as pessoas”<sup>20</sup>. (grifos no original)

Outra finalidade da liberdade de expressão é aquela em que se assenta no carácter instrumental da mesma, com a consagração da autodeterminação democrática. A democracia consiste num “*processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social*”<sup>21</sup>, sendo a liberdade de expressão, neste contexto, como garante da formação da opinião pública e da discussão aberta das questões políticas.

A liberdade de expressão torna-se, desta forma, elemento fundamental para a formação da vontade e opinião públicas, do debate aberto e claro, para o desenvolvimento de políticas e acções públicas, para a protecção do discurso minoritário e garantia do discurso contra-majoritário, para assegurar opiniões contrárias e de oposição à política predominante, entre outras funções essenciais.

Desta forma, “*a democracia define-se como um governo de opinião (government of opinion) ou um governo através da discussão (government by discussion), constituindo o direito à liberdade de expressão uma **conditio sine qua non** do seu correto funcionamento*”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 254)

<sup>21</sup> (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2012, p. 289)

<sup>22</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 261)

Outra finalidade da liberdade de expressão, intimamente associada ao princípio democrático e ao princípio do Estado de Direito, diz respeito ao controlo da actividade governativa e do exercício do poder realizado pela liberdade de expressão. Através da garantia deste direito é realizada a fiscalização das actividades dos poderes públicos, com a crítica e vigilância dos mecanismos de actuação e das diferentes instâncias dos poderes do Estado.

Segundo Paulo Otero, os meios de comunicação representam uma “*nova soberania da moderna sociedade: eles julgam e condenam antes da intervenção dos tribunais, aprovam e rejeitam iniciativas legislativas e administrativas, glorificam ou crucificam políticos e opiniões políticas*”<sup>23</sup>.

Acrescenta-se a estas finalidades, a também consagrada esfera do discurso público e da opinião pública. A esfera do discurso público é uma condição prévia para o exercício da democracia<sup>24</sup>, onde deve haver um fórum de discussão e interacção ideológica, consistente em uma rede de diálogo aberta a comunicação de ideias, informações, opiniões, pontos de vista diferentes. A comunicação, desta forma, deve ocorrer sem condicionamentos políticos, económicos, culturais, religiosos, sendo um antídoto contra a racionalidade técnica e a opacidade burocrática. Consequência disto é a publicidade das informações.

Neste sentido, a esfera do discurso público deve ser, sobretudo, desinibida, robusta, aberta, pluralista. Podendo, assim, tudo ser questionado, negado ou contradito, consagrando o confronto de ideias<sup>25</sup>.

Associada a ideia de democracia, a esfera do discurso público pretende garantir a existência de uma opinião pública autónoma, de forma a garantir uma “*opinião pública do público, pelo público e para o público*”<sup>26</sup>.

A garantia da diversidade de opiniões é também uma finalidade substantiva da liberdade de expressão, que visa assegurar a pluralidade de ideias divergentes,

---

<sup>23</sup> (PAULO OTERO, A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI, Principia, 2001, p 203)

<sup>24</sup> (ÁLVARO RODRIGUES JUNIOR, Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle, Jurua, 2008., p. 18)

<sup>25</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 278)

<sup>26</sup> Ibidem



contrapostas, protegendo as visões dissidentes e aceitando a tensão dialéctica das visões. Desta forma, garante-se uma ampla liberdade de formação de ideias, preferências, convicções, de forma a gerar mais possibilidades e alternativas e uma maior liberdade de escolha.

A acomodação de interesses e a transformação pacífica da sociedade também é um dos objectivos da liberdade de expressão. Numa sociedade onde haja a liberdade de expressão, onde não haja repressão às opiniões divergentes, onde não haja censura, há uma probabilidade muito maior de haver paz social, estabilidade e ordem, diferente do que ocorre em Estados Autoritários, em que o recurso para a expressão de ideias somente ocorre com a revolução ou com o uso de força.

Outro objectivo salientado pela doutrina é a promoção e a expressão da autonomia individual. A liberdade de expressão é a forma pela qual o sujeito exterioriza os seus pensamentos, as suas convicções, os seus sentimentos, a sua forma de ver o mundo. Através da liberdade de expressão, o sujeito exprime as suas crenças e concepções da sociedade, da economia, da política, da cultura, da arte, da religião e de diversos outros ramos, sendo elemento essencial para garantir a soberania racional individual e maximizar a autonomia do indivíduo.

A concepção multifuncional e multi-sistémica das liberdades de comunicação também é consagrada como uma das finalidades da liberdade de expressão. A multifuncionalidade se assenta no facto de que as liberdades de comunicação, ramo mais extenso no qual pertence a liberdade de expressão, se baseiam em diferentes sistemas de acção social, como, por exemplo, dentro dos postulados democráticos, dos ramos da ética, da cultura, do desporto, do lazer, em contraposição a uma concepção unidimensional destas liberdades.

### **III. Restrições à Liberdade de Expressão**

Os direitos humanos não são absolutos nem irrestritos, estando, todos eles, sujeitos às limitações.

A doutrina tradicional tem classificado duas técnicas para a restrição dos direitos e garantias fundamentais. A primeira técnica é denominada a **técnica da cláusula geral**, onde se prevê, em uma norma abstracta, que todos os direitos e garantias constantes em determinado texto jurídico podem ser legalmente restringidas. A segunda técnica é denominada **técnica individualizada ou técnica da cláusula específica**, no qual o texto jurídico prevê em cada dispositivo que o determinado direito em questão é passível de restrição nos determinados casos previstos em lei.<sup>27</sup>

A Declaração Universal de Direitos do Homem, adoptada pela Organização das Nações Unidas, utiliza a técnica da cláusula geral para a restrição dos direitos e liberdades previstos no seu texto. Senão vejamos:

“Artigo 29.º

1.O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.

**2.No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.**

3.Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.”(grifei)

Em contrapartida, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, celebrada pelo Conselho da Europa, se vale da técnica individualizada para a restrição de direitos e liberdades previstos em seu texto. Por exemplo, no nº 2 do artigo 10º prevê as restrições à liberdade de expressão, *in verbis*:

“Artigo 10.º

1- Qualquer pessoa tem direito a liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideais sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2- O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser **submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei**, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a

---

<sup>27</sup> VITAL MOREIRA. Lição proferida no Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos no dia 21 de janeiro de 2012.

protecção da saúde ou da moral, a protecção de honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial.” (grifei)

A Constituição da República Portuguesa também utiliza a técnica da cláusula específica, prevendo, em seu artigo 37º, que a liberdade de expressão deverá ser realizada “*sem impedimentos e sem restrições*”.

Todavia, conforme salienta os doutrinadores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o alcance deste enunciado não é evidente, pois:

“Sem impedimentos não pode querer dizer sem limites, visto que, se o seu exercício pode dar lugar a infracções (cfr. nº3), é porque há limites ao direito. Sem discriminações não pode eliminar o alcance das excepções expressamente previstas na Constituição”.<sup>28</sup>

De acordo com Jonátas Machado<sup>29</sup>, a liberdade de expressão não é, de forma alguma, absoluta e ilimitada<sup>30</sup>. De um lado, porque há determinadas matérias que são passíveis de divergências doutrinárias e jurisprudenciais que deveriam ser incluídas no âmbito da protecção da liberdade de expressão, como é o caso da proibição da propaganda em favor da guerra e do apelo ao ódio, consagrado no artigo 20º do PIDCP. Por outro, porque a consagração de determinadas condutas dentro da liberdade de expressão não significa que elas não possam ser restringidas ou reguladas, em prol da ponderação com outros bens jurídicos relevantes internacional e constitucionalmente tutelados<sup>31</sup>.

Neste mesmo sentido, os doutrinadores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, acerca dos limites da liberdade de expressão:

“dentro dos limites do direito (expressos ou implícitos), não pode haver obstáculos ao seu exercício e, fora as exclusões constitucionalmente admitidas, todos gozam dele em pé de

---

<sup>28</sup> (J. J. GOMES CANOTILHO, e VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa – Anotada, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007. p. 573)

<sup>29</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, “Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas Equiparadas”. Separata de Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 85, Coimbra, 2009, p. 708)

<sup>30</sup> Neste sentido, vale mencionar o caso *Von Hannover v. Germany*, proferido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que restringe a liberdade de expressão em face do direito à privacidade. (<http://merlin.obs.coe.int/iris/2004/8/article2.en.html>)

<sup>31</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, “A Liberdade de Expressão entre o Naturalismo e a Religião”. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 84, Coimbra, 2008, p. 3)

igualdade. Na falta de uma cláusula de restrição dos referidos direitos, ele tem que ser pelo menos harmonizado e sujeito a operações metódicas de balanceamento ou de ponderação com outros bens constitucionais e direitos com eles colidentes”.<sup>32</sup>

Isto deriva do fato de que o direito a liberdade de expressão está incluído no rol de direitos, liberdades e garantias fundamentalmente consagrados na Constituição. E como todos os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ter o seu âmbito de protecção modificado dependendo do caso concreto, através a ponderação dos bens jurídicos em questão, também a liberdade expressão, por ser direito fundamental, pode – e deve, em determinados casos – ser restringido.

A actual Constituição Portuguesa, no seu Catálogo de Direitos Fundamentais, faz a distinção entre os Direitos, Liberdades e Garantias e os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, prevendo para ambos um regime jurídico geral - composto pelos princípios da universalidade, da igualdade e do acesso aos meios jurisdicionais - e para os Direitos, Liberdades e Garantias e para os Direitos Análogos aos Direitos, Liberdades e Garantias um regime específico, para além do regime geral, de forma a tutelar com mais primor estas modalidades.

O regime específico se caracteriza por ter aplicabilidade directa e imediata, valendo-se “*sem lei, contra a lei e em vez da lei*”<sup>33</sup>, por vincular as entidades públicas e privadas, e por haver previsão de requisitos às suas restrições.

Na voz da doutrina de J. J. Gomes Canotilho<sup>34</sup>, há três dimensões de restrições aos Direitos, Liberdades e Garantias, quais sejam: as restrições realizadas directamente pelo legislador constituinte; as restrições realizadas pelo legislador ordinário com autorização expressa da Constituição; e as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

As restrições realizadas pelo legislador constituinte são aquelas directamente previstas no texto constitucional, ou seja, “*é a lei constitucional que, de forma expressa,*

---

<sup>32</sup> (J. J. GOMES CANOTILHO, e VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa – Anotada, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 573-574)

<sup>33</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, “Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas Equiparadas”. Separata de Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 85, Coimbra, 2009, p. 78)

<sup>34</sup> Neste sentido (J. J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Almedina, 2012, p. 450-461)

*procede a um primeiro recorte restritivo do conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental*”<sup>35</sup>.

As restrições realizadas pelo legislador ordinário com autorização expressa da Constituição são aquelas na qual o legislador constituinte autoriza o legislador ordinário realizar restrições em determinados direitos fundamentais. A presença de uma lei restritiva é fundamental, cuja directriz deve guiar-se pelos requisitos previstos no texto constitucional.

As restrições não expressamente autorizadas pela Constituição são aquelas restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais realizada sem a previsão de autorização constitucional expressa para tanto<sup>36</sup>. Este tipo de restrições é rejeitado pela maior parte da doutrina, por ser considerada uma afronta ao princípio da segurança jurídica ou protecção da confiança dos cidadãos.

No que tange as restrições realizadas pelo legislador ordinário com autorização expressa do texto constitucional, há uma série de requisitos a serem cumpridos pela lei restritiva de direitos, imposta pela Constituição da República Portuguesa, sendo classificados como *restrições às restrições* ou *limites dos limites*<sup>37</sup>. Da análise do artigo nº 18º/2 e 3, podemos extrair seis requisitos: exigência de previsão constitucional expressa, reserva de lei formal, observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso, carácter geral e abstracto da lei, proibição da retroactividade da lei restritiva e salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental.

A exigência de previsão constitucional expressa impõe que todas as leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias só possam ser realizadas se houver previsão do legislador constituinte para tanto. A reserva de lei formal remete ao fato de que o

---

<sup>35</sup> (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2012, p. 450)

<sup>36</sup> Acerca deste tema: (JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 289-635)

<sup>37</sup> Nesse sentido: (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2012, p. 451); (JOHN STUART MILL, *On Liberty*, Boston, Ticknor and Fields, 1863.

JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 720)

diploma normativo restritivo dos direitos, liberdades e garantias deve ser constituído formalmente como ato legislativo.

A observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso constitui um subprincípio caracterizador do princípio do Estado de Direito, possuindo três fases para a sua verificação, quais sejam: princípio da conformidade ou adequação dos meios, princípio da exigibilidade ou da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>38</sup>. A primeira fase diz respeito ao fato do meio empregue dever ser idóneo com relação a finalidade pretendida, ou seja, a medida adoptada deve ser apta, adequada para a persecução do fim perseguido. A segunda fase remete ao fato da medida adoptada trazer menos ónus, menos efeitos restritivos aos direitos dos seus destinatários, ou seja, que a medida empregada traga a menor desvantagem possível para os seus destinatários<sup>39</sup>. E a última fase refere-se ao fato de que os benefícios causados com a adopção da medida sejam maiores do que os prejuízos causados por ela, consistindo, assim, numa relação de custo-benefício<sup>40</sup>.

O carácter geral e abstracto da lei, por sua vez, impõe que lei restritiva de direitos, liberdades e garantias deve se dirigir a um número indeterminado ou indeterminável de situações e de pessoas.

O princípio da não retroactividade das leis é um subprincípio concretizador do princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos, circunscrito no seio do princípio do Estado de Direito. A lei retroactiva é aquela que tem eficácia *ex tunc*, ou seja, eficácia para o passado, abrangendo situações constituídas num lapso temporal anterior ao da entrada em vigor da lei. A retroactividade da lei, por perturbar a confiança dos seus destinatários, é vedada nos casos expressos no texto constitucional,

---

<sup>38</sup> (ROBERT ALEXY e JULIAN RIVERS, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, pp. 397 e ss.

<sup>39</sup> (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2012, p. 270) Segundo o doutrinador, há quatro elementos para que o princípio da exigibilidade tenha uma operacionalidade prática, quais sejam: 1- a exigibilidade material, pois o meio escolhido deve ser o menos restritivo para os direitos e liberdades dos indivíduos; 2- exigibilidade espacial, pois o âmbito espacial da medida deve ser o mais limitado possível; 3- exigibilidade temporal, pois a medida deve ser circunscrita no tempo; e 4- exigibilidade pessoal, no sentido de que a medida deve abranger apenas os destinatários específicos cujos interesses devem ser objecto da restrição.

<sup>40</sup>(IAN CRAM, *Contested Words: Legal Restrictions on Freedom of Speech in Liberal Democracies*, Ashgate Publishing, Ltd., 2006, pp. 36 e ss).

sendo, pelo artigo 18º/3 da CRP, vedado no que tange as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.

Por fim, a salvaguarda do núcleo essencial significa, em termos breves, que o núcleo caracterizador dos direitos, liberdades e garantias não pode sofrer restrição ou ser eliminado<sup>41</sup>.

De acordo com Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>42</sup>, no que tange os limites da liberdade de expressão, deve-se distinguir quatro realidades: 1- os limites directos, previstos imediatamente pela Constituição no seu próprio texto constitucional; 2- os limites especiais, na medida em que a própria Constituição prevê que a liberdade de expressão de determinados grupos de pessoas pode ser restringido, na medida exigida pelas próprias funções exercidas<sup>43</sup>; 3- as restrições legislativas realizadas com a autorização expressamente prevista no texto constitucional; e 4- as situações de conflitos de direitos, em que a liberdade de expressão entra em conflito, num caso concreto, com outros direitos fundamentais, devendo o caso ser resolvido com base na ponderação dos bens ou interesses em conflito.

Além da previsão de restrições aos direitos, liberdades e garantias pela Constituição Portuguesa, outros diplomas internacionais também vem no sentido de entender que os direitos fundamentais podem sofrer alterações, diminuições e ponderações no seu âmbito normativo de aplicação.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos prevê no seu artigo 20º, por exemplo, a restrição à liberdade de expressão quando a mesma veicular um posicionamento a favor da guerra ou ao apelo ao ódio nacional, racial e religioso.

Apesar de haver previsão de restrições aos direitos fundamentais, especialmente os direitos, liberdades e garantias, no qual o direito à liberdade de expressão está

---

<sup>41</sup> Neste tema, a doutrina costuma classificar duas teorias fundamentais: 1- teoria quanto ao objeto de proteção, que consiste na controvérsia entre as teorias objetiva e subjetiva; e 2- a teoria quanto ao valor de proteção, personificado pelas teorias absoluta e relativa. Mais acerca deste assunto, vide (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2012, pp. 458-460).

<sup>42</sup> (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Editora Coimbra, 2ª Edição, 2010, pp. 850-851).

<sup>43</sup> Neste sentido: (JONÁTAS E. M. MACHADO, “Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas Equiparadas”. *Separata de Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 85, Coimbra, 2009, pp. 73-109).

incluído, deve-se ter atenção ao fato de que “*tais restrições devem configurar-se como exceções a uma regra fundamental da liberdade individual, devendo ser devidamente circunscritas e fundamentadas*”<sup>44</sup>.

Desta forma, a liberdade de expressão deve ser limitada somente em casos restritos previstos na Carta Maior ou nas Convenções Internacionais, pois “*sem a liberdade de expressão do pensamento atinge-se não apenas o pensamento, mas também imediatamente a dignidade da pessoa humana (artigo 1º) e o desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº1)*”<sup>46</sup>.

#### IV. O Discurso de Incitamento ao Ódio

O discurso do ódio constituiu uma modalidade de discurso e, nos Estados Liberais, protege-se, em geral, a liberdade do discurso<sup>47</sup>. No entanto, trata-se de uma modalidade de discurso de espectro negativo, que tem por escopo exteriorizar ou incitar o ódio, de forma a incitar ou encorajar à violência, à humilhação, à hostilização, à discriminação de uma pessoa ou um grupo de pessoas, devido a sua raça, género, idade, etnia, religião, orientação sexual, classe socioeconómica, capacidade mental ou outras disfunções.<sup>48</sup>

O conceito de discurso do ódio, no entanto, não é um conceito universal<sup>49</sup>, coexistindo diversos entendimentos acerca do mesmo.

Segundo o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na Recomendação (97)20, o discurso do ódio, ou o discurso susceptível de produzir o seu mesmo efeito,

---

<sup>44</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 708).

<sup>45</sup> Neste sentido, cabe salientar o caso Lüth proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão, no qual foi garantida a liberdade de expressão do judeu que presidia o Clube de Imprensa, Eric Lüth, em face do cineasta Veit Harlan. Num centário pós-guerra, Eric Lüth, entre outros judeus de prestígio e de influência na mídia alemã, resolveram boicotar o filme “Amada Imortal”, de autoria de Veit Harlan, devido ao fato do mesmo ser responsável pela propagação de filmes com ideias nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, apesar do presente filme nada ter haver com ideias nazistas nem ofensas aos judeus. (Vide: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>)

<sup>46</sup> (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Editora Coimbra, 2ª Edição, 2010, p 848).

<sup>47</sup> (WINFRIED BRUGGER, “The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)”, *GERMAN LAW JOURNAL*, Vol. 04 No. 01, p. 1.)

<sup>48</sup> (European Union Agency for Fundamental Rights. *Discurso de Ódio e Crimes de Ódio contra a População LGBT* p.1.) (Association Européenne pour la défense des Droits de l’Homme e Otwarta Rzeczpospolita. Hate Speech, p. 1)

<sup>49</sup> (ANNE WEBER. *Manual On Hate Speech*. Council of Europe Publishing, 2009, p. 3)



consiste na divulgação ou promoção do ódio racial, na xenofobia, no anti-semitismo e em outras formas de discriminação ou ódio com base na intolerância<sup>50</sup>.

Segundo Miguel Salgueiro Meira, “os discursos de incitamento ao ódio, manifestados em mensagens e expressões racistas, xenófobas, homofóbicas ou misógenas, visam discriminar e estigmatizar os indivíduos que compõe o grupo a que esses discursos se destinam”<sup>51</sup>.

Os destinatários do discurso ofensivo pode ser uma pessoa individual ou pessoas colectivas<sup>52</sup>. A apologia ao ódio pode se destinar à nacionais de determinados Estados, à determinada raça, cor ou etnia, ou, ainda, a determinados grupos religiosos.

O discurso do ódio é repudiado pelas Nações Unidas, assim como pelo âmbito internacional europeu e por muitos países europeus, sendo, no entanto, amparado em alguns termos pela Primeira Emenda Norte-Americana<sup>53</sup>.

O discurso de incitamento ao ódio teve o seu maior desenvolvimento pós-guerra, devido ao fato das maiores atrocidades cometidas no contexto da Segunda Guerra Mundial terem origem neste tipo de discurso: com base no discurso do ódio de Adolf Hilter, os nazistas exterminaram milhões de judeus e ciganos.

O sistema internacional de direitos humanos, constituído após 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas, protege a liberdade de expressão, sem que esta tutele o discurso de incitamento ao ódio.

Dentro do sistema internacional especial de protecção dos direitos humanos, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, em seu artigo 20, proíbe qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Já de forma a impulsionar o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humano, o sistema internacional especial de defesa dos direitos humanos possui a

---

<sup>50</sup> Council Of Europe, Committee Of Ministers, Recommendation no. R (97)20. The Committee Of Ministers To Member States On “Hate Speech”. Principle 1. Disponível em: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other\\_committees/dh-lgbt\\_docs/CM\\_Rec%2897%2920\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec%2897%2920_en.pdf)

<sup>51</sup>(MIGUEL SALGUEIRA MEIRA, *Limites à Liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio*, p. 10)

<sup>52</sup>(JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 838); (ANNE WEBER. *Manual On Hate Speech*. Council of Europe Publishing, 2009, p. 3). Em sentido contrário a este posicionamento, Nicolas Wolfson entende que não deve haver distinção entre pessoas individuais e coletivas como destinatárias do discurso do ódio, devendo o tratamento ser o mesmo em ambos os casos. (NICOLAS WOLFSON, *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*, Greenwood Publishing Group, 1997, pp. 49 e ss.)

<sup>53</sup> (JOHN C. KNECHTLE, “Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union”, *Florida State University Law Review*, 2008, pp. 3-4); (THOMAS J. WEBB, “Verbal Poison – Criminalizing Hate Speech: A Comparative Analysis and Proposal for the American System”, *Washburn Law Journal*, Vol. 50, 2010-2011, pp. 445 e ss.)

Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racional, que em seu artigo 4º aborda acerca da criminalização do discurso do ódio. Posteriormente, o desenvolvimento desta Declaração originou, em 1945, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, que de acordo com Flávia Piovesan e Luis Carlos Rocha Guimarães:

“Na qualidade de instrumento global de proteção dos direitos humanos editado pelas Nações Unidas, a Convenção integra o denominado sistema especial de proteção dos direitos humanos. Ao contrário do sistema geral de proteção que tem por destinatário toda e qualquer pessoa, abstrata e genericamente considerada, o sistema especial de proteção dos direitos humanos é endereçado a um sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações”<sup>54</sup>

O sistema regional europeu de direitos humanos garante a livre expressão de ideias e opiniões, sem também proteger o discurso do ódio. A Convenção para a proteção dos Direitos do Homem das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 10º, tutela a liberdade de expressão prevendo, que a mesma pode ser restringida em determinadas situações que devem ser tuteladas por lei. A Resolução 97(20) do Comité de Ministros do Conselho da Europa restringe a liberdade de expressão nos casos que contenham o discurso incitador ao ódio.

Grande parte dos países europeus veda o discurso ao ódio. Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Estónia, Espanha, França, Irlanda, Letónia, Países Baixos, Portugal, Roménia e Suécia vedam, em termos amplos, o discurso de incitamento ao ódio, à violência e à discriminação. A Áustria, Bulgária, Itália e Malta restringem a liberdade de expressão quando o discurso ao ódio visa alguns grupos específicos<sup>55</sup>.

A questão da restrição da liberdade de expressão nos casos de incitamento ao ódio é muito complexa. Em primeiro lugar, o próprio conceito de discurso de incitamento ao ódio é indeterminado, não havendo uma única definição para tanto. Em segundo lugar, porque, além da definição não ser universal, os conceitos de “humilhação”, “hostilização”, “discriminação” são conceitos subjectivos, que dependem do grau de sensibilidade de cada sujeito. Em terceiro lugar, porque não há uma delimitação uniforme do âmbito de restrição, ou seja, as legislações e a doutrina não

---

<sup>54</sup> (FLÁVIA PIOVESAN e LUIS CARLOS ROCHA GUIMARÃES, *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, p. 1)

<sup>55</sup> Explicitação realizada pela European Agency for Fundamental Rights, *Discurso de Ódio e Crimes de Ódio contra a População LGBT*.

estão em conformidade se todo o discurso ao ódio deverá ser totalmente ou parcialmente proibido ou permitido.

Desta forma, a regulação do discurso do ódio é realizada com vistas em três campos filosóficos distintos: um que defende a restrição da liberdade de expressão nos casos do discurso do ódio, de forma a proteger a dignidade de determinadas pessoas ou grupos minoritários tradicionalmente desfavorecidos; outro que defende a protecção do individuo livremente falar, exteriorizando o ódio, em face da protecção do grupo; e por fim correntes ponderadas que defendem que o discurso do ódio deve ser restringido em determinados casos e situações, tendo em vista critérios específicos.<sup>56</sup>

O primeiro campo filosófico prega pela restrição do discurso quando ele forneça o ódio sob o fundamento de protecção da dignidade da pessoa humana.

Os discursos propagadores do ódio, que se manifestam através de mensagens e expressões discriminatórias, visam estigmatizar os indivíduos dos grupos que estes discursos se destinam, negando um estatuto de igualdade à eles e ferindo a dignidade das pessoas componentes destes grupos.

Neste âmbito, cabe salientar a existência da “*democracia militante*”, corrente que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, que visava combater as atrocidades cometidas nos regimes totalitários vigentes no mencionado período, estabelecendo uma série de limites e restrições a determinadas posturas. Pregava a máxima “*intolerância aos intolerantes*”. Neste sentido, os titulares dos discursos propagadores do ódio são intolerantes, abusivos, irrespeitosos, não devendo então a lei tutelar a protecção da liberdade de expressão nos seus discursos. A liberdade de expressão deve ser negada a quem queira, através do seu exercício, restringir liberdades alheias<sup>57</sup>. Assim, a intolerância dos intolerantes deve ser tratada, desta forma, também sem tolerância.

O segundo campo filosófico entende que a liberdade de expressão não deve ser restringida, mesmo nos casos em que ela veicule um discurso ao ódio, pois se o Estado se utilizar do seu poder coercitivo para proibir o discurso incitador de ódio, não só a

---

<sup>56</sup> (JOHN C. KNECHTLE, “Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union”, *Florida State University Law Review*, 2008, p 2); (WINFRIED BRUGGER, “The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)”, *GERMAN LAW JOURNAL*, Vol. 04 No. 01, p. 2)

<sup>57</sup> (Idem, p.1)

conversa será eliminada, mas também o espaço do debate para que as ideias e a pessoa seja transformada também será reduzido<sup>58</sup>.

Nesta perspectiva, proibir o discurso odioso seria uma tentativa superficial de enfrentar o problema, pois o mesmo continuaria existindo, mas ocultamente. A repressão de ideias não só reprime a promoção da dignidade da pessoa humana, como leva à opressão de ideias. O âmbito do debate é o espaço ideal para a modificação das ideias arrogantes, chocantes, infundamentadas, o que de fato minimizaria lesões e problemas no seio da sociedade.

Esta doutrina é aplicada pelos Estados Unidos da América, amparado pela Primeira Emenda Norte-Americana, que tutela amplamente a liberdade de expressão. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos protege a liberdade de expressão, apenas restringindo-a nos casos de obscenidade, difamação, palavras de guerra, incitação à violência ou conspiração iminente<sup>59</sup>.

O terceiro campo filosófico entende que o discurso do ódio pode ser restringido, mas não amplamente, devendo a regulação das restrições se guiar por determinados critérios.

De acordo John C. Knechtle, o discurso do ódio só poderia ser restringido, tendo em vista dois factores essenciais: o primeiro diz respeito à história recente de conflitos sociais, religiosos ou étnicos, suficientemente graves, que justificaria a redução do direito fundamental dos indivíduos à liberdade de expressão, de forma a resolver o “*erro histórico*”; e em segundo lugar, deve ter em vista se a história jurisprudencial do Estado é passível de conteúdo com base em restrições na compreensão da liberdade de expressão<sup>60</sup>.

Outro critério para a restrição do discurso do ódio seria a sua finalidade. De acordo com Jonátas Machado, deve ser limitado o discurso quando o mesmo propague de forma extrema, na sua forma e conteúdo, a estigmatização, o insulto ou a humilhação de um determinado grupo, seja ele minoritário ou majoritário, para além de qualquer

---

<sup>58</sup> (JOHN C. KNECHTLE, “Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union”, *Florida State University Law Review*, 2008, pp. 10-11)

<sup>59</sup> (Idem, p 3); ( NICOLAS WOLFSON, *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*, Greenwood Publishing Group, 1997, p. 47); (<http://www.freedomforum.org/packages/first/curricula/educationforfreedom/supportpages/L04-LimitsFreedomSpeech.htm>)

<sup>60</sup> (JOHN C. KNECHTLE, “Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union”, *Florida State University Law Review*, 2008, pp. 2; 6-7).

objectivo sério de confronto de ideias<sup>61</sup>. Neste sentido, o discurso do ódio deve ser restringido quando o único objectivo do mesmo for ofender e humilhar determinada categoria<sup>62</sup>.

Nos dizeres de Jonátas Machado, este critério:

*“aponta-se para uma interpretação restritíssima das ofensas dirigidas a grupos sociais, de forma a que sempre que o objectivo preponderante de um conteúdo expressivo consista em formar, informar, debater, denunciar, questionar ou criticar, o mesmo não deva ser proscrito, independentemente dos efeitos sociais que daí possam resultar”*.<sup>63</sup>

Desta forma, deve-se adoptar a postura de desproteger o discurso de incitamento ao ódio em apenas determinados casos, não rejeitando-o completamente.

O discurso propagador do ódio pode, em vários casos, ser utilizado para se manifestar contra políticas públicas, contra medidas judiciais, contra organizações sociais<sup>64</sup>, não sendo utilizada apenas de forma a propagar o ódio racional, nacional ou religioso.

A restrição do discurso propagador do ódio leva a opressão de ideias, o que violaria totalmente um dos objectivos fundamentais da liberdade de expressão, qual seja: a garantia da diversidade de opiniões, sejam elas verdadeiras, falsas, boas ou ruins.

Num sistema que se quer democrático, que se baseia na garantia das liberdades fundamentais do indivíduo, restringir ideias que propaguem ódio, assim como ideologias raivosas, é uma contradição. Num Estado Democrático não se deve tutelar apenas as ideias democráticas, serenes, tranquilas, de paz sociais, mas também as ideias conflituosas e dissidentes.

Afinal, o Estado Democrático de Direito surgiu em contraposição aos Estados Autoritários existentes no século XX, que pregavam pela restrição da liberdade de expressão, implantando a censura. Conforme salienta Jonátas Machado,

*“uma doutrina de restrição do discurso a partir do ódio (hate speech; hate crimes) em nome de uma moralmente correta política do amor tem que ser objecto da maior precaução, sob pena de a “nova liberdade de expressão” acabar por se confundir com a “velha censura”*<sup>65</sup> (grifos no original).

---

<sup>61</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 847).

<sup>62</sup> (MIGUEL SALGUEIRA MEIRA, *Limites à Liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio*, p. 12)

<sup>63</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 847)

<sup>64</sup> (MIGUEL SALGUEIRA MEIRA, *Limites à Liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio*, p. 11-12)

<sup>65</sup> (JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 847)

Todavia, nos casos em que a liberdade de expressão vise unicamente humilhar, inferiorizar, negativizar determinadas pessoas ou grupos sociais, num posicionamento extremo, poderá ser restringida, de forma a proteger os valores essenciais da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade, desdobrado no princípio da não discriminação, se esta escolha se mostrar adequada depois do processo de ponderação de princípios.

No entanto, os ordenamentos jurídicos europeus, não apenas condenam o discurso do ódio, em sua integralidade, como também criminalizam o mesmo, punindo fortemente os agressores, dando prevalência às vítimas dos mesmos nas Cortes Superiores<sup>66</sup>.

## **V. Negação do Holocausto: os discursos revisionistas devem ser restringidos?**

Holocausto vem do grego *holókaustos*, que etimologicamente significa “*todo queimado*”<sup>67</sup>, indicando, desta forma, o sacrifício de vítimas através da incineração, na Antiguidade Clássica.

Actualmente, o termo Holocausto é designado para se referir ao genocídio de um grande número de pessoas, especialmente de nacionalidade judaica, executadas pelo regime nazista na Segunda Guerra Mundial.

Segundo Zygmunt Bauman:

“O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura”<sup>68</sup>.

O Holocausto é um evento único na humanidade, não tendo jamais, em nenhuma outra parte da história, um genocídio de tamanhas proporções e com tanta barbaridade, durante um curto lapso temporal.

---

<sup>66</sup> (WINFRIED BRUGGER, “The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)”, *GERMAN LAW JOURNAL*, Vol. 04 No. 01, p. 2).

<sup>67</sup> Dicionário Grego-Português. 1ª Edição. Porto Editora. Pp. 727 e 982

<sup>68</sup> (ZYGUMUNT BAUMAN, *Modernidade e Holocausto*, Jorge Zahar Editor Ltda, 1998, p. 12)

Por ser um evento de grandes dimensões históricas e que afectou profundamente a sociedade internacional, devido as atrocidades cometidas durante o regime nazista na Segunda Grande Guerra violarem flagrantemente os direitos humanos, a proibição da negação do Holocausto é vista como essencial para a prevenção do surgimento de regimes neonazistas na modernidade.

Duas décadas depois do final da Segunda Guerra Mundial, sob o manto da ONU, foi firmada a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racional, que em seu artigo 9º previa a proibição da ideologia nazista, nos seguintes termos:

**Artigo 9º**

1. Toda a propaganda e as organizações com base em idéias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de uma só cor ou origem étnica, com vista a justificar ou promover a discriminação racial sob qualquer forma, devem ser severamente condenadas.
2. Todos os instigação ou atos de violência, quer por indivíduos ou organizações contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica é considerada um delito contra a sociedade e punível por lei.

A negação do Holocausto é criminalizada em grande parte dos países europeus, como se pode perceber nas legislações da Alemanha, a Áustria, a França, a Bélgica, a República Checa, a Lituânia, os Países Baixos, a Polónia, a Roménia, a Espanha, a Suíça, entre outros<sup>69</sup>.

No entanto, cada um dos países que criminalizam o Holocausto possui um grau de condenabilidade diferenciado. Por exemplo, a legislação alemã e austríaca condenam fortemente qualquer discurso negatório do Holocausto, assim como a exibição de símbolos nazistas. Já a Roménia e a Lituânia possuem uma legislação mais flexível nesta temática.

Faz sentido este grau de condenabilidade diferente em cada país europeu, de acordo com o grau de envolvimento no evento do Holocausto. Percebe-se que a Alemanha e a Áustria condenam fortemente a negação do Holocausto e qualquer analogia ao regime nazista porque foram países que se envolveram directamente no

---

<sup>69</sup> (MICHEL J. BAZYLER, *Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism*. *International Institute for Holocaust Studies*, Yad Vashem, 2006, p. 1)

contexto do nazismo e do extermínio dos judeus e grupos minoritários durante a Segunda Grande Guerra, enquanto outros países, como a Roménia e a Lituânia, tiveram um envolvimento sucinto em comparação com o daqueles.

Todavia, até que ponto a criminalização do discurso negatório do Holocausto consiste em uma restrição a liberdade de expressão? Será que discursos que neguem a ocorrência do Holocausto, todos eles, não podem ser tutelados pela liberdade de expressão?

A criminalização do discurso negatório do Holocausto tem gerado grande discussão no cenário público actual, devido a repressão da liberdade de expressão das correntes *revisionistas* do Holocausto.

No pós-Segunda Guerra Mundial, surgiu no cenário internacional a corrente revisionista do fenómeno histórico do Holocausto, que se objectiva a reanalisar os fatos do Holocausto, numa tentativa de tentar modificar a realidade do fato, a crueldade do Holocausto ou o seu impacto sobre as vítimas<sup>70</sup>.

A corrente revisionista *latu sensu* pode ser classificada em simples ou qualificada. A corrente que defende a simples revisão do Holocausto defendem que o genocídio não ocorreu durante o Terceiro Reich – corrente *negacionista* propriamente dita – ou que, se os judeus foram mortos, isto não aconteceu na magnitude relatada, afirmando, por exemplo, que o número de mortos não era tão grande como o divulgado ou que os meios de extermínio não foram exactamente aqueles<sup>71</sup>. A corrente que defende a revisão qualificada do Holocausto visa apregoar à ideia de que os judeus maliciosamente falsificaram a história com o objectivo de se enriquecer às custas da extorsão da Alemanha<sup>72</sup>.

Não obstante existir uma farta documentação disponível acerca do Holocausto, que comprova o assassinato de milhões de judeus e grupos minoritários pelo regime

---

<sup>70</sup> BAUMAN, ZYGMUNT. *Modernidade e Holocausto*. Jorge Zahar Editor Ltda, 1998, (ZYGMUNT BAUMAN, *Modernidade e Holocausto*, Jorge Zahar Editor Ltda, 1998, p. 12-13)

<sup>71</sup> (DANIELA FERREIRA FELIZ. “O que os olhos não deveriam ver...” *O movimento negacionista e os campos de concentração*, XIII Encontro de História Anpuh-Rio, p. 2)

<sup>72</sup> (WINFRIED BRUGGER, “The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)”, *GERMAN LAW JOURNAL*, Vol. 04 No. 01, p. 32)



nazista durante a Segunda Guerra Mundial, qual o objectivo de tentar negar ou revisar os fatos do Holocausto?

Grande parte da corrente revisionista, através de supostas pesquisas históricas – que dão uma conotação maior de credibilidade, tem o objectivo de “*defender e reabilitar o nacional socialismo, o III Reich e seus líderes; provar a ausência de culpa da Alemanha pela deflagração da II Guerra Mundial e negar a existência dos campos de extermínio e do Holocausto nazista*”<sup>73</sup>, visando possibilitar a emergência de grupos neonazistas na sociedade, que não conseguem alcançar um campo de crescimento favorável devido às legislações repressoras dos mesmos e à carga negativa valorativa do Holocausto.

Além disto, os discursos revisionistas, muitas vezes, se objectivam a discriminar, hostilizar, subestimar os judeus, de duas formas essenciais: a primeira, afirmando que o evento do Holocausto é um fato essencialmente da história judaica, não tendo a conotação de fato socialmente e universalmente relevante, não constituindo um evento único na história, havendo outros genocídios ou crimes de igual ou maior dimensão; e a segunda, entendendo o Holocausto como um caso extremo de ampla e conhecida categoria de fenómenos sociais, abominável e repulsiva, mas que pode ser convivida, entrando para a normalidade<sup>74</sup>.

Nota-se que o objectivo primordial das correntes revisionistas é, no fundo, discriminar os judeus e os grupos minoritários e dar margem para o crescimento do sistema neonazista no mundo. Percebe-se que um dos maiores objectivos é a discriminação de grupos minoritários e, conforme salientado, se o único objectivo do discurso ao ódio for discriminar de forma extrema determinadas pessoas ou grupos deve-se restringir a liberdade de expressão por atentar a dignidade e integridade da pessoa humana.

No entanto, há casos em que a corrente revisionista não é ilegítima, ou seja, não é marginalizada, não possui como objectivo precípua à discriminação, mas um debate

---

<sup>73</sup> (LUÍS EDMUNDO DE SOUSA MORAES, *O Negacionismo e as Disputas de Memória: Reflexões sobre intelectuais de extrema-direita e a negação do holocausto*, XIII Encontro de História Anpuh-Rio, p. 1)

<sup>74</sup> (ZYGUMUNT BAUMAN, *Modernidade e Holocausto*, Jorge Zahar Editor Ltda, 1998, pp. 19-20)

aberto sobre o acontecimento histórico, uma procura da verdade<sup>75</sup>. Ou seja, seu objectivo é reanalisar os fatos e discuti-los novamente, sem querer extremamente discriminar e machucar emocionalmente as partes sensíveis envolvidas. Neste caso, o discurso não deve ser restringido, entendendo a corrente revisionista ter um fim legítimo.

De fato, o Holocausto ocorreu: há fatos registrados, pesquisas realizadas, testemunhas e vítimas sobreviventes do evento, existência de resquícios, entre outros dados que afirmam e garantem a sua existência. Apesar de serem fatos demonstrados, inicialmente, de forma parcial, por parte dos vencedores do conflito, tais fatos já foram constantemente reanalisados e reafirmados, inclusive pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como verdadeiros e factualmente existentes.

Apesar disto, não é ilógico se pensar em uma reanálise dos fatos ocorridos no Holocausto. No entanto, sendo possível tal reanálise, ela deveria ser realizada sempre de forma cautelosa, com precaução de não machucar novamente as vítimas sobreviventes, os familiares e as partes emocionalmente envolvidas nesta questão e que já sofreram demasiadamente com a mesma.

Noutra perspectiva, de acordo com a exposição de Bazylar<sup>76</sup>, alguns críticos se opõe, por motivos práticos, a criminalização da negação do Holocausto, porque o julgamento dos indivíduos que visam propagar a negação deste evento acarreta numa ampla publicidade as suas ideias, devido a cobertura dos fatos pela mídia. Isto pode ser exemplificado com a condenação, em 1985, de Zündel, no Canadá, no qual, segundo o próprio acusado, o julgamento lhe causou a restrição da publicação do seu trabalho, mas lhe rendeu muito mais do que ele ganharia em publicidade, tendo alcançado então o seu objectivo, qual seja, a divulgação das suas ideias.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Neste sentido o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no caso Ellwanger (HC 82424). O caso versa acerca da publicação de um livro pelo editor Siegfried Ellwanger, considerado anti-semita e racista pelos tribunais ordinários e pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Como voto dissidente, o ministro Marco Aurélio defendia a liberdade de expressão, entendendo que Ellwanger não incitou ou instigou, através do seu livro a prática do racismo, mas realizou uma revisão histórica do acontecimento do Holocausto, restringindo-se a escrever e difundir a versão da história vista pelos seus próprios olhos. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>)

<sup>76</sup> (MICHEL J. BAZYLAR, *Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism. International Institute for Holocaust Studies, Yad Vashem, 2006, p. 14*)

<sup>77</sup> (Idem p. 14)

Outro caso de grande relevo internacional diz respeito ao julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão de não proibição do Partido Nacional Democrata Alemão, de extrema-direita, com implícitas conotações neonazistas: o julgamento do caso acabou divulgado as ideias de índole neonazista daquele partido político, o que se pretendia abolir com a sua proibição<sup>78</sup>.

Ademais, não é só a própria divulgação das ideias que a criminalização do discurso negatório do Holocausto acaba causando, mas também o enfraquecimento do registro histórico do Holocausto, na medida em que este ato de criminalização sugere que as estruturas de poder que estão implementando a legislação tem medo de que as posições e argumentos indesejáveis que estão sendo suprimidas possam desenvolver uma legitimidade na qual não se possa controlar<sup>79</sup>.

Desta forma, percebe-se que a criminalização do Holocausto acaba por fortalecer o objectivo das correntes revisionistas do Holocausto, que acabam atingindo o seu objectivo de divulgar suas ideias de negação ou de revisão dos fatos deste acontecimento histórico, ganhando, inclusive, força política, ao afirmar que suas ideias são fortes e invencíveis demais e, por isso, os poderes públicos têm medo de discutir seus argumentos<sup>80</sup>.

Assim, a melhor alternativa seria não restringir o discurso negatório do Holocausto. Há provas fáticas de que o evento do Holocausto realmente ocorreu, que ocorreu em tamanha magnitude, nas dimensões e proporções divulgadas, através de documentos, escritos, julgamentos, pesquisas, testemunhas, o que torna o fato praticamente indiscutível. No entanto, já que a comprovação da existência do Holocausto é um fato consumado, o debate amplo e aberto de ideias nada mais faria com que a veracidade dos fatos fosse cada vez mais demonstrada e que os argumentos dos revisionistas fosse cada vez mais desconstruídos e, não só isso, possibilitaria, através do discurso, que os pensamentos daqueles que não acreditam, rejeitam o

---

<sup>78</sup> Notícia: DW Akademie. Disponível em: <http://www.dw.de/dw/article/0,,15812468,00.html> Acesso em 11 de junho de 2012.

<sup>79</sup> (JOHN C. KNECHTLE, "Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union", *Florida State University Law Review*, 2008, p. 11)

<sup>80</sup> (JOHN C. KNECHTLE, "Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union", *Florida State University Law Review*, 2008, p. 11)

Holocausto, aderem ao neonazismo ou querem discriminar os judeus ou outras etnias, pudesse ser modificado.

Por todo o exposto, vê-se que a questão acerca da restrição da liberdade de expressão nos casos dos discursos negatórios do Holocausto suscita grande controvérsia.

É uma questão de muito difícil ponderação, pois de um lado temos o sistema democrático, que, por se querer democrático, deve pregar a liberdade de expressão e assegurar a existência de uma pluralidade partidária; de outro, temos a própria subsistência do sistema democrático, que não deve ser perturbada por ideologias totalitárias e repugnantes como o nazismo; por outro, a protecção da dignidade da pessoa humana e do princípio da não discriminação por parte da democracia, que não conseguem ser assegurados em face dos discursos de ideologias discriminatórias e, especialmente, pela ideologia nazista; e também temos de ponderar o fato de que a proibição acaba gerando maior atenção para o fato que se pretende repugnar; e, por fim, analisar que a criminalização do discurso não só cerceia o debate, como impede que as opiniões das pessoas que negam ou relativizam o Holocausto possam ser modificadas.

Assim, a solução mais adequada para este impasse de ponderação seria a seguinte: inicialmente, deveria ser verificar o envolvimento dos países no evento do Holocausto – de maior ou menor intensidade.

Nos países que houver um envolvimento mais íntimo, mais forte com o fenómeno do Holocausto na Segunda Grande Guerra, o discurso revisionista que como objectivo precípua e extremo discriminar, humilhar, hostilizar as partes envolvidas sofredoras com o evento do Holocausto, em especial os judeus, os ciganos, os homossexuais e os grupos minoritários no qual este genocídio incidiu, deve ser restringido, por envolver uma forma extrema do discurso do ódio e por incidir num âmbito muito sensível de violação da dignidade da pessoa humana. No entanto, se o discurso negatório do Holocausto tiver outro objectivo que não seja unicamente discriminatório, não deverá ele ser passível de restrição, impondo-se aqui a lógica de Voltaire: *“devemos tolerar-nos mutuamente porque somos todos fracos, inconseqüentes, sujeitos à mutabilidade, ao*

*erro*<sup>81</sup>, e somente através do debate determinadas ideias poderiam ser desconstruídas em vez de ocultadas.

No entanto, se os países que pretendem criminalizar o discurso revisionista do Holocausto não tiverem um envolvimento forte com o evento, não faria sentido que o mesmo fosse restringido como regra, já que a dignidade da pessoa humana não seria gravemente afectada. Assim, em regra, o discurso não deve ser passível de restrição, em vista do fato de que a sua restrição não seria suficiente para que a propagação das ideias não ocorresse, pois elas ocorreriam através da mídia nos julgamentos de condenação, assim como a sua restrição acabaria por enfraquecer o registro histórico do evento, já que o livre debate acerca deste tema seria proibido e, também, porque a criminalização apenas ocultaria uma face do problema, que continuaria a existir internamente.

## **VI. Conclusão**

A liberdade de expressão é a máxima dentro das liberdades clássicas, constituindo um direito de primeira geração. É, em regra, um direito auto-executável, que exige uma abstenção do Estado na sua tutela. Mas, não só a não interferência do Estado é exigido, como os teóricos modernos tem explicitado a necessidade da exigência do respeito, da protecção e da concretização deste e dos outros direitos humanos por parte do Estado.

No século XVII, John Milton proferiu um discurso ao parlamento inglês alertando para a necessidade do combate à censura e a garantia da liberdade de expressão, sendo esta prevista, pela primeira vez, no *English Bill of Rights*. Actualmente, a liberdade de expressão é prevista e garantida em diversos diplomas internacionais e nas Constituições dos Estados, sendo entendida dentro do contexto do direito à comunicação, englobando o direito de exprimir e divulgar ideias e opiniões, através de quaisquer meios, sendo vedado qualquer obstáculo discriminatório para a sua concretização por parte do Estado ou de terceiros.

---

<sup>81</sup> Voltaire, *Dicionário Filosófico*. Citação realizada por RUBENS RODRIGUES TORRES FILHO, *Ensaio de Filosofia Ilustrada*, Editora Iluminuras Ltda, 2004, p.66

A liberdade de expressão, assim, possui diversas finalidades, tais como a procura da verdade, o mercado livre de ideias, a autoderminação democrática, a garantia de uma esfera de discurso e opinião públicas, a transformação pacífica da sociedade e a garantia da diversidade de opiniões.

No entanto, o âmbito da liberdade de expressão não é ilimitado nem absoluto, podendo ser restringido ou regulado por lei em prol da ponderação de outros bens jurídicos igualmente relevantes ou de maior peso tutelados constitucionalmente ou internacionalmente.

Apesar da Constituição da República Portuguesa não realizar limitações directas à liberdade de expressão e de enunciar que a liberdade de expressão deverá ser exercida “*sem impedimentos e sem restrições*”, entende-se que a mesma pode ser limitada, tendo em vista os “*limites dos limites*”. O artigo 18º da CRP prevê que os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que cumpra determinados requisitos, quais sejam: a previsão constitucional expressa, a reserva de lei formal, a observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, o carácter geral e abstracto da lei, a proibição da retroactividade da lei restritiva e a salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental.

Além dos limites directamente previstos pela Constituição e dos limites realizados pelo legislador com autorização constitucional, a liberdade de expressão também pode ser restringida através de situações de conflitos de direitos, através da ponderação dos valores.

No entanto, apesar de haver a previsão da restrição da liberdade de expressão, esta deve ser realizada com cautela, de forma a não retomar a “*velha censura*”<sup>82</sup>.

No cenário internacional europeu, se coloca a questão da restrição da liberdade de expressão nos casos que o discurso veicule o incitamento ao ódio ou a negação do Holocausto.

---

<sup>82</sup> JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, p. 847.

O discurso incitador do ódio tem sido condenado por vários países europeus, como pela Alemanha, por Espanha, Portugal e Roménia, por incitar à violência e discriminar, humilhar e hostilizar determinadas pessoas ou grupos, por razões raciais, sexuais, religiosas, entre outras.

Sendo o único objectivo discriminar, única e exclusivamente, de forma extrema, determinadas pessoas e grupos sociais, violando o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, faz sentido o discurso do ódio ser criminalizado. No entanto, há outros casos, em que o discurso do ódio não tem por objectivo ou por única finalidade discriminar ou propagar o ódio e a violência, o que não impõe a necessidade de uma restrição.

A liberdade de expressão tem como objectivo a garantia da diversidade de opiniões. Não deve apenas ideias suaves, serenas, tranquilas serem garantidas, mas também as ideias esdruxulas, grosseiras, chocantes, infundamentadas, conflituosas.

Ademais, a criminalização deste discurso faz com que não só incitamento ódio seja eliminado, mas também o espaço do debate e a transformação das ideias. Nesta perspectiva, proibir o discurso do ódio seria uma forma superficial de enfrentar o problema, já que o mesmo seria apenas na aparência resolvido, mas não na realidade, pois interna e ocultamente, o problema continuaria existindo.

Como já dizia William Shakespeare, *“quando está com raiva tem o direito de estar com raiva, mas isso não lhe dá o direito de ser cruel”*, o discurso de incitamento ao ódio deveria ser restringido apenas quando o único objectivo do mesmo for discriminar, hostilizar determinadas pessoas ou grupos, de forma a proteger a dignidade da pessoa humana.

A questão da condenação do discurso negatório do Holocausto também muito se associa com a criminalização do discurso do ódio. Muitos países europeus, como é o caso da Alemanha, da Áustria e da França, criminalizam o discurso negatório do Holocausto, assim como qualquer apologia ao nazismo e a exibição de seus símbolos.

As correntes revisionistas, surgidas findo a Segunda Grande Guerra, visam: 1- defender a negação total da existência do Holocausto; 2- apesar de defender que o

Holocausto realmente existiu, negam a magnitude do mesmo, como por exemplo tentando diminuir o número de mortos ou afirmar que os meios de extermínio não eram tão cruéis como os divulgados; 3- inculcar a ideias de que os judeus, maliciosamente, forjaram o fenómeno do Holocausto para se enriquecerem às custas da extorsão da Alemanha.

O objectivo de maior parte dos revisionistas, no entanto, por detrás dos seus discursos de revisar a história ou demonstrar outros dados, é discriminatório, de hostilizar, causar dor psíquica aos judeus e as partes afectadas no evento. Além disto, a corrente revisionista também possui o objectivo de dar margem para o surgimento e fortalecimento de grupos neonazistas no mundo, que está enfraquecido devido à carga negativa que o fenómeno do Holocausto carrega.

No entanto, há revisionistas que não possuem o intuito ou não possuem apenas o intuito de discriminar os grupos minoritários, mas estudar a história, procurar a verdade, requerer um debate aberto de ideias.

Os países europeus criminalizam o Holocausto na tentativa de evitar a proliferação dos grupos neonazistas, garantir uma integridade psíquica às partes ainda intimamente relacionadas no conflito e garantir a veracidade do evento.

A criminalização também ocorre com base na máxima de que *quem não lembra a história está susceptível de vivê-la novamente*<sup>83</sup> e a negação do Holocausto acarretaria no seu esquecimento. No entanto, a permissão da divulgação das teorias revisionistas não causaria tal fato, na medida o livre debate de ideias permitiria a sua contante reanálise, não possibilitando, assim, o seu esquecimento.

No entanto, os objectivos da criminalização do discurso negatório do Holocausto não têm sido alcançados de forma eficaz. Primeiro porque a sua criminalização não apenas não destrói as ideias revisionistas, como as divulgam, devido à publicidade dada aos processos de criminalização dos titulares do discurso. Segundo porque a carga valorativa do registro histórico, ao proibir a sua discussão, acaba por ser enfraquecida, na medida em que o ato de criminalização sugere que as posições contrárias são

---

<sup>83</sup> “*The one who does not remember history is bound to live through again*”, George Santayana. Exibido no museu do Campo de Concentração de Auschwitz I, em 2012.



indesejáveis por carregar algum tipo de legitimidade que não poderá pelo sistema democrático ser combatida. Terceiro porque a restrição do discurso impossibilita a transformação do sujeito que quer negar ou relativizar o Holocausto através do debate.

Assim, a criminalização do discurso revisionista do Holocausto deve ser feita sob duas ópticas: a dos países que se envolveram fortemente neste evento e a dos países que tiveram um envolvimento mais brando com relação àqueles. Nos países em que o envolvimento foi mais íntimo, a regra seria a criminalização, por seu debate gravemente violar a dignidade psíquica das pessoas, tendo, como exceção, apenas os casos em que o discurso tenha por base não incitar o ódio, mas debater. Já nos países em que o envolvimento com o fenómeno do Holocausto for mais branda, o discurso negatório, em regra, não deveria ser restringido, possibilitando a reanálise dos fatos históricos – apesar desta reanálise muito impossivelmente conseguir desconstruir os fatos concretamente provados-, devendo a livre exposição de ideias deve ser garantida, na medida em que abre um palco para discussão e debate, assim como a transformação das ideias da pessoa que tenta negar ou relativizar o Holocausto, evento único, de proporções enormes, jamais antes conhecido na história.

## VII. Bibliografia

ÁLVARO RODRIGUES JUNIOR, *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*, Jurua, 2008.

ANNE WEBER. *Manual On Hate Speech*. Council of Europe Publishing, 2009. Disponível em: <http://book.coe.int/ftp/3342.pdf> Acesso em 10 de junho de 2012.

ANTONIO ISOLDI CALEARI, *Malleus Holoficarum: o estatuto jurídico-penal da revisão histórica na forma do jus puniendi versus animus revidere*, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.alfredo-braga.pro.br/discussoes/malleus-holoficarum.pdf> Acesso em 10 de abril de 2012.

Association Européenne pour la défense des Droits de l'Homme e Otwarta Rzeczpospolita. Hate Speech. Disponível em: <http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Discriminations%20et%20droits%20des%20minorit%C3%A9s/Hate%20speech.pdf> Acesso em 08 de junho de 2012.

Council Of Europe, Committee Of Ministers, Recommendation no. R (97)20, The Committee Of Ministers To Member States On “Hate Speech”, Principle 1. Disponível em: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other\\_committees/dh-lgbt\\_docs/CM\\_Rec%2897%2920\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec%2897%2920_en.pdf) Acesso em 10 de junho de 2012.

DANIELA FERREIRA FELIZ. “*O que os olhos não deveriam ver...*” *O movimento negacionista e os campos de concentração*, XIII Encontro de História Anpuh-Rio

Dicionário Grego-Português, 1ª Edição, Porto Editora.

DW Akademie. Disponível em: <http://www.dw.de/dw/article/0,,15812468,00.html> Acesso em 11 de junho de 2012

ERIK BLEICH. *The Freedom to Be Racist? How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism*. Oxford University Press, 2011.

European Union Agency for Fundamental Rights. *Discurso de Ódio e Crimes de Ódio contra a População LGBT*. Disponível em: [http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Factsheet-homophobia-hate-speech-crime\\_PT.pdf](http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Factsheet-homophobia-hate-speech-crime_PT.pdf) Acesso em 08 de junho de 2012.

FLÁVIA PIOVESAN e LUIS CARLOS ROCHA GUIMARÃES, *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado8.htm> Acesso em 05 de junho de 2012.

GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed., rev. e actual, São Paulo, Saraiva, 2008.

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2012.

J. J. GOMES CANOTILHO, e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

JOHN C. KNECHTLE, “Papers from the First Amendment Discussion Group: Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union”, *Florida State University Law Review*, 2008.

JOHN MILTON, *Areopagítica – Discurso sobre a Liberdade de Expressão*, Editora Almedina, 2009.

JOHN STUART MILL, *On Liberty*, Boston, Ticknor and Fields, 1863.

JONÁTAS E. M. MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002

JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2006.

JONÁTAS E. M. MACHADO, “A Liberdade de Expressão entre o Naturalismo e a Religião”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 84, Coimbra, 2008.

JONÁTAS E. M. MACHADO, “Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas Equiparadas”. *Separata de Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 85, Coimbra, 2009.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Editora Coimbra, 2ª Edição, 2010.

JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

IAN CRAM, *Contested Words: Legal Restrictions on Freedom of Speech in Liberal Democracies*, Ashgate Publishing, Ltd., 2006.

IDA E. KOCH, “Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?”, *Human Rights Law Review*, Volume 5, 2005..

LUCINDA MAER e OONAGH GAY, *The Bill Of Rights 1689*, Disponível em: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-00293.pdf> Acesso em 07 de junho de 2012.

LUÍS EDMUNDO DE SOUSA MORAES, *O Negacionismo e as Disputas de Memória: Reflexões sobre intelectuais de extrema-direita e a negação do holocausto*, XIII Encontro de História Anpuh-Rio

MICHEL J. BAZYLER, *Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism*. *International Institute for Holocaust Studies*, Yad Vashem, 2006.

MIGUEL SALGUEIRA MEIRA, *Limites à Liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio*. Disponível em:

[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira\\_limitesliberdadeexpressao.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf)> Acesso em 20 de abril de 2012.

NICOLAS WOLFSON, *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*, Greenwood Publishing Group, 1997.

PAULO BONAVIDES, “Direitos Fundamentais, Globalização e Neoliberalismo”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Editora Del Rey, 2004.

PAULO OTERO, *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Principia, 2001.

ROBERT ALEXY e JULIAN RIVERS, *A Teory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010.

RUBENS RODRIGUES TORRES FILHO, *Ensaíos de Filosofía Ilustrada*, Editora Iluminuras Ltda, 2004.

THOMAS J. WEBB, “Verbal Poison – Criminalizing Hate Speech: A Comparative Analysis and Proposal for the American System”, *Washburn Law Journal*, Vol. 50, 2010-2011.

UNITED NATION, “Human Rights”, *International Human Rights Law*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx> Acesso em 09 de junho de 2012.

VITAL MOREIRA, *Introdução à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001.

WINFRIED BRUGGER, “The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)”, *GERMAN LAW JOURNAL*, Vol. 04 No. 01. Disponível em: [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF\\_Vol\\_04\\_No\\_01\\_01-44\\_Public\\_Brugger.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF_Vol_04_No_01_01-44_Public_Brugger.pdf) Acesso em 20 de abril de 2012.

ZYGMUNT BAUMAN, *Modernidade e Holocausto*, Jorge Zahar Editor Ltda, 1998.

Caso Ellwanger – *Habeas Corpus* proferido pelo Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>

Comentários acerca do Caso Lüth: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>

Caso Von Hannover v. Germany: <http://merlin.obs.coe.int/iris/2004/8/article2.en.html>

Lições proferidas no Curso de Pós-Graduação de Direitos Humanos, pelo IGC, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2011/2012.

<http://www.freedomforum.org/packages/first/curricula/educationforfreedom/supportpages/L04-LimitsFreedomSpeech.htm>

Exibição no museu do Campo de Concentração de Auschwitz, 2012.