

**OS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO
NOS DISCURSOS DE INCITAMENTO AO ÓDIO**

Miguel Salgueiro Meira

ADVOGADO



Os limites à liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio

Miguel Salgueiro Meira

ADVOGADO

“Quem alguma vez ouviu dizer que a Verdade saísse vencida de um confronto livre e aberto[?]”

John Milton, in *“Areopagítica”* (1644)

1. Introdução:

Corria o ano de 1644 quando John Milton redigiu o seu ensaio *“Areopagítica”* dirigido ao parlamento inglês, desafiando a censura parlamentar que então se fazia sentir e pugnando por uma ampla liberdade de consciência e de expressão.

Para John Milton a Verdade triunfaria no quadro de um confronto livre e aberto de ideias e não através da força ou da violência¹.

Numa altura em que se vivia em Inglaterra uma grande confrontação política e teológica acerca das diferentes visões da fé, da Igreja, do indivíduo e do papel que estes deveriam desempenhar na conformação política do Estado e da sociedade², o discurso de John Milton em prol da liberdade de consciência individual constituiu um passo importante para que os direitos individuais se fossem afirmando e ganhando uma posição central no sistema político e jurídico inglês.

De facto, menos de meio século após a redacção do discurso *“Areopagítica”*, a liberdade de expressão acabaria por ser reconhecida na *English Bill of Rights* (1689) como um direito fundamental.

Aí se estatuiu que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não deveriam ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum³, defendendo-os, assim, de qualquer tipo de censura externa.

¹ MACHADO, Jónatas, in *“Liberdade perdida e liberdade recuperada”*, prefácio à edição portuguesa de *“Areopagítica”*, Almedina, 2009, pag.9.

² Idem, pag. 8.

³ *“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”*

O pensamento de John Milton influenciaria individualidades como o filósofo inglês John Locke, o presidente americano Thomas Jefferson ou o francês Honoré Mirabeau, activista e teórico da Revolução Francesa.

Precisamente em França, a liberdade de expressão ganharia novo reconhecimento em 1789 com a aprovação da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

No seu artº. 11º reconhecia-se que “*A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei*”.

Desse preceito ressaltam imediatamente duas ideias que, sendo já válidas em 1789, o continuam a ser nos dias de hoje: em primeiro lugar, o reconhecimento ao ser humano do direito de, por qualquer meio, exprimir livremente as suas ideias e opiniões; em segundo lugar, a consciência de que essa liberdade não pode ser exercida de forma abusiva e tem, por isso, alguns limites.

Esse entendimento perdurou durante todo o *movimento constitucional* onde, em diferentes tempos e locais, a liberdade de expressão foi consagrada nas várias constituições como um direito fundamental não isento de limites.

Portugal não constituiu uma excepção.

Os diversos textos constitucionais portugueses sempre reconheceram o direito à liberdade de expressão como um direito amplo mas com limites.

Assim, logo na Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822, se reconhecia, no seu artº. 7º, que “*A livre comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos do Homem*” e que “*Todo o Português pode conseguintemente, sem dependência de censura prévia, manifestar as suas opiniões em qualquer matéria (...)*”. No entanto, aí se dizia que todo o português teria que “*(...) responder pelo abuso desta liberdade nos casos, e pela forma que a lei determinar*”.

O artº. 8º daquela constituição dispunha também que a liberdade de imprensa estava sujeita à *censura eclesiástica em matéria de dogma e moral*⁴.

O artº. 145º § 3 da Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 1826, o artº. 13º § 1 da Constituição da Monarquia Portuguesa de 1838, o artº. 13º da Constituição da República de 1911 mantiveram o entendimento de que todos tinham o direito a exprimir-se livremente, contanto que respondessem pelos abusos dessa liberdade que eventualmente pudessem cometer.

⁴ CAETANO, Marcelo, in “Constituições portuguesas”, 6ª edição, 1986, Verbo, pag. 17 e 18.

Durante o período da ditadura militar e do Estado Novo (1926-1974), a liberdade de expressão foi altamente restringida, sendo historicamente conhecidos os actos censórios do regime.

A Constituição da República Portuguesa de 1974 veio repor a liberdade de expressão como um direito fundamental dos cidadãos, reconhecendo a todos “*o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (...) sem impedimentos nem discriminações*”.

Aí se reconheceu que tal direito não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

No entanto, não foi abandonado o entendimento de que pode haver uma responsabilização daquele que exerça livremente o seu direito de se exprimir quando o faça de uma forma abusiva.

Uma das situações em que a liberdade de expressão pode ser limitada, gerando responsabilidade criminal ou contra-ordenacional do indivíduo, é precisamente quando o seu conteúdo expressivo incite ao ódio e à violência.

Façamos, então, essa análise no quadro do ordenamento jurídico português.

2. A liberdade de expressão na Constituição da República Portuguesa de 1976:

Na sequência do derrube do regime fascista, a Revolução Portuguesa restituiu aos portugueses os direitos e liberdades fundamentais.

A Assembleia Constituinte, decidida a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, a estabelecer os princípios basilares da democracia e a assegurar o primado do Estado de Direito democrático⁵, aprovou a Constituição da República Portuguesa de 1976 (de ora em diante designada de CRP).

Nos termos da CRP, Portugal é uma República soberana que se baseia na *dignidade da pessoa humana* (artº. 1º. CRP).

Como Estado de direito democrático que pretendeu ser, a República Portuguesa teve como um dos seus princípios basilares o *pluralismo de expressão* e a organização política democráticas, bem como o respeito e a garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais (artº. 2º CRP).

Nessa medida, o Estado Português assumiu, como uma das suas tarefas fundamentais, a obrigação de garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático (artº. 9º, al. b) CRP).

⁵ Cfr. Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Um leque de direitos e deveres fundamentais foram consagrados na Parte I da CRP como dimensões essenciais de todo o cidadão, enquanto ser humano com igual dignidade social e numa posição de igualdade perante a lei (art.ºs 12º e 13º. CRP).

Seguindo uma divisão que, à data, era usualmente feita pela doutrina constitucional⁶, a CRP agrupou separadamente os direitos fundamentais em dois grupos: os “*Direitos, liberdades e garantias*” (contidos no Título I, da Parte I); e os “*Direitos Económicos, Sociais e Culturais*” (contidos no Título III, da Parte I).

Como direito de primeira geração que era, a *liberdade de expressão* foi incluída no grupo dos *Direitos, liberdades e garantias*.

Na actual redacção da CRP, a Liberdade de Expressão está contida no seu art.º 37º.

De acordo com o n.º 1 do art.º 37º CRP, “*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*”.

Neste preceito, estão incluídos dois direitos: a *Liberdade de expressão* e o *Direito de Informação*.

Cuidaremos aqui, apenas, da *liberdade de expressão*.

A liberdade de expressão prevista no art.º 37º CRP é, simultaneamente, uma liberdade de conteúdos e uma liberdade de meios de expressão.

Como salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o âmbito normativo da liberdade de expressão “*deve ser o mais extenso possível de modo a englobar opiniões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas, tomadas de posição, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto (questões políticas, económicas, gastronómicas, astrológicas), e quaisquer que sejam as finalidades (influência da opinião pública, fins comerciais) e os critérios de valoração (verdade, justiça, beleza, racionais, emocionais, cognitivos, etc.)*”⁷.

Tal como resulta do n.º 1 do art.º 37º CRP, todos têm direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento *sem impedimentos nem discriminações*.

⁶ Essa divisão foi, de resto, seguida em muitos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais de direitos fundamentais. Lembremo-nos, a esse propósito, dos dois Pactos das Nações Unidas de 1966: o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

No entanto, com o decurso dos anos começou a perceber-se que os direitos cívicos e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais não eram direitos que pudessem ser arrumados e compartimentados separadamente mas eram interdependentes e estavam inter-relacionados.

Nessa medida, na Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos que decorreu em Viena, entre 14 e 25 de Junho de 1993, foi elaborada a “*Declaração e Programa de Acção de Viena*” na qual se reconheceu que “*Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados*”.

Num claro reflexo e interpretação dessa noção de indivisibilidade, interdependência e interrelacionamento contida naquela “*Declaração e Programa de Acção de Viena*”, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia abandonou a divisão clássica entre direitos cívicos e políticos e direitos económicos, sociais e culturais, tendo agrupado os direitos fundamentais em 6 capítulos (Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania e Justiça).

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira, “*Constituição da República Portuguesa – Anotada*”, Volume 1, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, anotação II ao art.º 37º da CRP, pag. 572.

O nº 2 desse mesmo artº 37º CRP proíbe expressamente qualquer tipo de “*delito de opinião*”, ao consagrar a proibição de o exercício da liberdade de expressão e do direito de informação serem impedidos ou limitados por qualquer tipo ou forma de censura.

No entanto, o facto de a liberdade de expressão não poder ser sujeita a impedimentos ou discriminações (nº 1, artº. 37º CRP) e de estar proibido qualquer tipo ou forma de censura (nº 2, artº. 37º CRP) não significa que não existam limites à liberdade de expressão.

Efectivamente, o nº 3 do artº. 37º CRP alude claramente à possibilidade de poderem vir a ser cometidas “*infracções*” no exercício da liberdade de expressão.

Ora, se na CRP se prevê a possibilidade de serem cometidas infracções é porque, de facto, se reconhece a existência de limites à liberdade de expressão⁸.

Mas quais são esses limites?

3. Os limites à liberdade de expressão:

Os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados.

No dia-a-dia, diversos valores e direitos constitucionalmente protegidos podem entrar em conflito.

Saber quais são os exactos limites de um determinado direito constitucionalmente protegido não é tarefa fácil ou que siga um padrão uniforme.

O Professor José Carlos Vieira de Andrade fala-nos, a esse propósito, de três tipos de limites dos direitos fundamentais⁹: limites imanentes; colisões ou conflitos de direitos; e as leis restritivas de direitos fundamentais.

De facto, nem todas as formas imagináveis de exercício de um direito fundamental encontram protecção constitucional.

Assim, por exemplo, o direito de liberdade artística não confere ao indivíduo o direito a furtar os materiais necessários à execução da sua obra de arte.

Algumas das formas de exercício de um determinado direito fundamental estão expressamente proibidas por lei.

Mas outros limites existem que, não estando expressamente previstos na Constituição, estão implícitos no ordenamento jurídico-constitucional.

Os *limites imanentes* são, por isso, “*as fronteiras definidas pela própria Constituição*”¹⁰ ao exercício dos direitos fundamentais.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira, “*Constituição da República Portuguesa – Anotada*”, Volume 1, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, anotação V ao artº. 37º da CRP, pag. 573.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, “*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1987, pag. 213-247.

¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, ob. cit., pag. 215.

São aquelas formas de exercício de um direito fundamental que se encontram excluídas da protecção normativa conferida pela Constituição.

A determinação desses limites deve ser feita pela via interpretativa, caso a caso, para se apurar se um determinado modo de exercício de um direito fundamental está ou não protegido pela Constituição.

Por outro lado, poderá suceder que, numa determinada situação concreta, dois direitos ou valores constitucionalmente protegidos entrem em contradição: estaremos perante uma *colisão* ou *conflito de direitos*.

Quando isso suceda o problema será saber como resolver essa contradição concreta, pois ambos os direitos estão protegidos pela Constituição.

O Professor Vieira de Andrade entende que não se pode resolver esses conflitos de direitos através de uma hierarquização dos direitos e valores constitucionais, sacrificando os menos importantes em benefício dos mais importantes.

Em seu entender, deverá “*respeitar-se a protecção constitucional dos diferentes direitos ou valores, procurando uma solução no quadro da unidade da Constituição (...) tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes*”¹¹.

Nessa tentativa de harmonização e regulação do *conflito de direitos* não se deverá sacrificar o conteúdo essencial de nenhum dos direitos em confronto. Se um dos direitos for afectado no seu conteúdo essencial, então estaremos perante uma situação de *limites imanes*.

Esse princípio de concordância prática é apenas um método que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, de modo a não se ignorar nenhum deles preservando a Constituição na maior medida possível.

Essa ponderação deverá ser feita dentro de um critério de proporcionalidade, procurando limitar-se o sacrifício de cada um dos valores constitucionais em confronto ao necessário e adequado para a salvaguarda do outro, devendo escolher-se aquela maneira de resolver o conflito que restrinja da menor forma o valor em causa.

Trata-se, também aqui, de uma tarefa a executar caso a caso, perante cada situação concreta.

Por último, há ainda a possibilidade de os direitos fundamentais virem a ser restringidos por via legislativa.

Essa possibilidade está prevista no artº. 18º, nº 2 da CRP.

¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, ob. cit., pag. 222.

De acordo com esse preceito, “A lei só pode restringir os direitos liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Ainda nos termos do nº 2 do mesmo artigo, é exigido que essas leis restritivas revistam carácter geral e abstracto e não diminuam a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Há, assim, 4 requisitos essenciais no que diz respeito às leis restritivas de direitos fundamentais: a) deverá haver uma previsão constitucional expressa que autorize a restrição de um determinado direito; b) a restrição deve ser feita através de lei (geral e abstracta); c) a restrição deverá limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; e d) não deverá diminuir a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Ora, no que toca ao direito fundamental que aqui nos ocupa, há que referir que a Constituição não prevê qualquer *cláusula de restrição da liberdade de expressão*.

Na ausência de uma *cláusula de restrição*, e porque a *liberdade de expressão* não é um direito fundamental ilimitado, ele deverá ser “*harmonizado e sujeito a operações metódicas de balanceamento ou de ponderação com outros bens constitucionais e direitos com eles colidentes como a dignidade da pessoa humana, os direitos das pessoas à integridade moral ao bom nome e reputação, à palavra e à imagem, à privacidade, etc.*”¹².

Nessa medida, um leque diversificado de bens pessoais, comunitários ou estaduais poderão justificar a restrição da liberdade de expressão.

De entre os *bens pessoais* constitucionalmente protegidos, são normalmente identificados os direitos fundamentais de personalidade (entre os quais se incluem o direito à imagem e à identidade), o direito ao bom nome e à reputação (o que legitima a criminalização da injúria, da difamação e da calúnia) e a reserva de intimidade sobre a vida privada.

Por sua vez, a moral pública e a ordem pública constituem *bens comunitários* constitucionalmente protegidos que devem ser sopesados em caso de confronto com a liberdade de expressão, podendo legitimar a restrição desta.

Paralelamente, a segurança nacional e o segredo de Estado constituem *bens estaduais* que podem igualmente ser fundamento de restrição da liberdade de expressão.

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa – Anotada”, Volume 1, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, anotação V ao artº. 37º da CRP, pag. 574.

Como resulta do até agora exposto, a Constituição da República Portuguesa não é um mero conjunto de direitos e deveres amontoados ao acaso, mas sim um catálogo de direitos e deveres devidamente sistematizado e dotado de uma organização própria que lhe confere uma unidade de sentido.

É precisamente o princípio da *dignidade da pessoa humana*, vertido no art.º 1.º da CRP, que dá unidade de sentido aos preceitos de direitos fundamentais contidos na Constituição, estando na base do estatuto jurídico do indivíduo¹³.

Na linha interpretativa definida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem que informa os preceitos de direitos fundamentais contidos na CRP¹⁴, essa dignidade deve ser entendida como referida a cada ser humano **de modo igual e sem discriminações**.

O reconhecimento e concessão ao indivíduo de direitos fundamentais tem como objectivo proteger a *dignidade da pessoa humana*, quer na sua dimensão individual quer na sua dimensão social.

De facto, os direitos fundamentais são influenciados não só por valores individuais mas também por valores comunitários que lhes definem o conteúdo e impõe limites.

Esses valores, quando em confronto, deverão ser harmonizados.

E é o princípio da *dignidade da pessoa humana* que deverá servir de regulador nessas situações de conflito, impedindo todo e qualquer exercício do direito que possa ser usado contra essa mesma dignidade.

É isso, precisamente, que está em jogo quando nos reportamos à compatibilidade dos discursos de incitamento ao ódio com o exercício legítimo da *liberdade de expressão*.

4. A liberdade de expressão e os discursos de incitamento ao ódio:

Como se referiu acima no ponto 2, o art.º 37.º da CRP engloba na *liberdade de expressão* a liberdade de conteúdos discursivos.

As pessoas são livres de expressar as suas ideias, opiniões, críticas, juízos de valor, convicções sobre os mais diversos assuntos e com as mais diversas finalidades.

Esses conteúdos poderão expressar mensagens consensuais e pacíficas ou, pelo contrário, poderão expressar ideias controversas, injuriosas, agressivas ou violentas.

É pacífico que se um determinado indivíduo emite juízos de valor injuriosos de outro indivíduo, poderá ser criminalmente responsabilizado por crime de difamação ou injúria¹⁵, na medida em que possa ter ofendido o bom nome ou a reputação daquele.

¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, ob. cit., pag. 101.

¹⁴ Por força do disposto no n.º 2 do art.º 16.º da CRP.

Esse bom nome e reputação, enquanto bens pessoais constitucionalmente reconhecidos inerentes à *dignidade da pessoa humana*, constituem fundamento para restrições à liberdade de expressão.

Contudo, circunstâncias há em que esse conteúdo injurioso, difamatório ou agressivo é dirigido contra grupos de pessoas que, enquanto tal, não são dotados de personalidade jurídica.

São frequentes situações em que determinados grupos étnicos, rracicos, religiosos, políticos ou outros são objecto de expressões injuriosas ou da ira de determinados indivíduos.

Se em algumas circunstâncias tais discursos podem ser entendidos como generalizações grosseiras, sem lhes ser reconhecida qualquer capacidade para poderem ser consideradas verdadeiramente ofensivos, outras circunstâncias há em que aquelas expressões dirigidas a determinados grupos tem uma intenção clara, premeditada e definida de discriminar e estigmatizar um determinado grupo social, incitando ao ódio e à violência contra o mesmo.

Sendo estes discursos dirigidos contra um determinado grupo, com a intenção de afectar o seu *status* no seio da sociedade, não poderá deixar de se considerar que, na medida em que provoca um dano no *status* desse grupo, tal discurso acabará por afectar individualmente os indivíduos que dele fazem parte.

De facto, os indivíduos nascem, crescem e desenvolvem-se dentro de um determinado grupo social adquirindo uma identidade própria associada a esse mesmo grupo.

Qualquer lesão no estatuto de um determinado grupo e no seu posicionamento no interior da sociedade acabará por afectar os sujeitos que o compõe, influenciando o seu próprio estatuto e dignidade individuais.

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.

Com essa pretendida discriminação e estigmatização, aqueles que verbalizam tais discursos pretendem negar um estatuto de igualdade àqueles a quem os dirigem.

Desse modo, é posta em causa a igual *dignidade da pessoa humana*, valor básico, central e conformador de todo o ordenamento constitucional.

Ao fazê-lo, subverte-se toda a lógica dos direitos fundamentais enquanto dimensões essenciais da pessoa humana, radicadas naquele princípio básico da *dignidade da pessoa humana* que deve presidir ao exercício de todos os direitos fundamentais.

¹⁵ Vide art.º.s 153º (crime de ameaça), art.º.s 180º (crime de difamação), art.º. 181º (crime de injúria) e art.º. 185º (Ofensa à memória de pessoa falecida) do Código Penal.

Como ensina o Professor Jónatas Machado, “*O princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos só faz realmente sentido enquanto o exercício dos direitos fundamentais por parte de cada um deles lhe estiver, em última análise, subordinado*”¹⁶.

Consequentemente, quando determinadas condutas expressivas tenham como *único* objectivo a ofensa, humilhação, discriminação e estigmatização de um determinado grupo, não deverão ser reconhecidas como exercícios válidos da liberdade de expressão, podendo ser legitimamente restringidas, na medida em que põe em causa a igual dignidade da pessoa humana.

Não tendo aqueles discursos outro objectivo a não ser atentar contra a igual dignidade da pessoa humana, não poderão pretender a tutela constitucional, pois, como acima se referiu, o exercício dos direitos fundamentais deve estar subordinado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, será legítima a restrição da liberdade de expressão sempre que os conteúdos discursivos, imbuídos unicamente de um conteúdo exclusivamente discriminatório e estigmatizante, incitem ao ódio contra determinados grupos sociais.

Por outro lado, esse incitamento pressupõe uma atitude activa tendente a provocar ou determinar outrem a adoptar um determinado comportamento agressivo. Deverá tratar-se de uma conduta que desencadeie um processo causal tendente a despertar no outro indivíduo a decisão de agir violentamente por motivos discriminatórios, racistas ou xenófobos¹⁷.

Mas o que dizer daquelas situações em que o discurso não tem única e exclusivamente como objectivo ofender e humilhar um determinado grupo social, incitando ao ódio contra o mesmo, mas sim manifestar a discordância relativamente a determinados modelos de organização social? Constituirão elas manifestações de opinião legítimas e cobertas de protecção constitucional? Ou deverão também ver-lhes negado o reconhecimento constitucional, podendo ser restringidas?

Há que ter em atenção que, sendo a liberdade de expressão uma liberdade de conteúdos, aí se incluem não apenas aquelas manifestações de opinião que manifestem simpatia pela ordem legal e democrática implementada na Constituição, mas também aquelas opiniões contrárias a essa mesma ordem.

Censurar essa divergência de opiniões seria criar *delitos de opinião*, que estão manifestamente proibidos pelo nº 2 do artº. 37º da CRP.

¹⁶ MACHADO, Jónatas, “*Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera pública no sistema social*”, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, pag. 841.

¹⁷ Vide: Deliberação nº 6/DF-TV/2007 do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, pag. 16.

Não se poderá censurar uma opinião só porque ela é anti-democrática ou atenta contra os valores humanistas ocidentais.

Mesmo se um determinado indivíduo decidir fazer a apologia de uma ditadura, essa opinião, apesar de abjecta, não poderá deixar de ser considerada um exercício legítimo de opinião numa sociedade que se quer democrática.

Do mesmo modo, se um determinado indivíduo se insurgir contra a política de imigração do seu país e, em consequência dessa posição, se manifestar contra a presença nesse país de um elevado número de imigrantes, porque, em seu entender, tal põe em causa o emprego dos cidadãos nacionais, tal opinião, apesar de infundada e, em certa medida, discriminatória, não poderá deixar de ser considerada um exercício legítimo da liberdade de expressão, pois que a ideia central de tal discurso não é unicamente ofender e humilhar os imigrantes, mas insurgir-se contra uma determinada política estadual mais flexível relativamente às imigração.

Apesar de essas manifestações de opinião serem tantas vezes infundadas e politicamente incorrectas, elas não tem como único objectivo ofender e humilhar o cidadão imigrante, mas sim insurgir-se contra as políticas de imigração e as consequências económicas das mesmas.

É claro que poderão ocorrer situações em que determinados indivíduos, visando, única e exclusivamente, ofender e humilhar um determinado grupo social, mas pretendendo dar uma aparência de legalidade, tentam esgrimir argumentos unicamente para encapotar a sua verdadeira intenção de ofensa e humilhação.

Nestes casos, obviamente, porque se trata de uma tentativa de defraudar a Constituição, não poderão tais opiniões ter-se por constitucionalmente legítimas e poderão ser restringidas.

No entanto, esta avaliação deverá ser feita caso a caso e de forma muito cuidadosa.

É que, como diz o Professor Jónatas Machado¹⁸, “*uma doutrina de restrição do discurso a partir do ódio (hate speech; hate crimes) em nome de uma moralmente correcta 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»*”.

De acordo com aquele autor – com cuja posição concordamos – apenas devem ser restringidas “*as formas extremas de discurso ostensivamente produzido (...) tendo em vista estigmatizar, insultar e humilhar um determinado grupo (...), para além de qualquer objectivo sério de confronto de factos, ideias e opiniões*”.

¹⁸ MACHADO, Jónatas, “*Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera pública no sistema social*”, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002, pag. 847.

Sempre que o objectivo dos discursos seja formar, informar, debater ou criticar não deve haver restrição.

Para além de os discursos de incitamento ao ódio poderem ser restringidos, nos termos acima referidos, por manifestamente atentarem contra a igual dignidade da pessoa humana, poderá também dar-se o caso de bens comunitários imporem essa restrição.

Será o caso quando tais discursos possam por em causa a ordem pública.

De facto, incitados à violência por motivos discriminatórios, e movidos por um ímpeto racista, xenófobo, misógeno ou homofóbico, os indivíduos poderão desencadear acções agressivas contra os membros que compõe o grupo social discriminado ou estigmatizado, criando uma onda de violência que gere o caos, pondo em causa a ordem pública.

Nesse caso, imperativos de ordem pública poderão determinar a restrição da liberdade de expressão, quando for patente que a continuação da divulgação de tais discursos a possa por em causa.

Aí, o bem comunitário poderá ter que se sobrepor à liberdade de expressão, implicando a sua restrição.

Convém não esquecer que uma das finalidades substantivas usualmente reconhecidas à liberdade de expressão é precisamente a acomodação de interesses e a transformação pacífica da sociedade.

Ao dar-se ao indivíduo a possibilidade de se exprimir livremente, permite-se a libertação de tensões que, de outro modo, poderiam dar origem a confrontações ou conflitualidade físicas

Pelo que, também aqui, a análise deve ser feita caso a caso e com particular cautela, para que apenas se restrinja a liberdade de expressão naquelas situações limite em que a ordem pública esteja verdadeiramente ameaçada.

A ordem pública não pode ser apenas um pretexto para restringir a liberdade de expressão mas sim a verdadeira razão para evitar o caos.

É a protecção destes bens jurídicos – dignidade da pessoa humana e ordem pública – que justificam a criminalização do incitamento ao ódio e à violência ínsita no tipo legal do crime de discriminação racial, religiosa ou sexual constante do art.º 240º, nº 1 do Cód. Penal.

Em Portugal, é reduzido o número de processos judiciais em que esteja em jogo o incitamento ao ódio e à violência por motivos discriminatórios ou estigmatizantes.

A primeira vez que um tribunal português condenou alguém em pena de prisão pelo crime de discriminação racial, foi a 3 de Outubro de 2008, no tribunal de Monsanto.

Em questão estavam, para além de outros crimes, a difusão de mensagens de racismo, xenofobia e anti-semitismo, com incitamento ao ódio e violência por parte de elementos da secção portuguesa da *Hammerskin Nation*, uma organização que professa ideias fascistas e Nazis. Tais mensagens eram difundidas através da Internet, em concertos e encontros¹⁹.

Aquele tribunal entendeu condenar 6 dos acusados em penas de prisão efectiva e 18 acusados em pena de prisão suspensa.

Em contrapartida, e dando um sinal claro de que as condutas que visem o incitamento ao ódio e à violência não devem ser toleradas no ordenamento jurídico português, foi recentemente aprovada a Lei nº 39/2009, de 30 de Julho, que estabelece o regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos e que, no seu artº 39º, nº 1, al. d) define como contra-ordenação a *prática de actos ou o incitamento à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos*.

Já na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) encontramos, com mais abundância, decisões sobre a restrição da liberdade de expressão em casos de discursos de incitamento ao ódio.

É o caso dos processos *Otto E.F.A Remer vs. Alemanha* (Application No. 25096/94), de 6/09/1995 e do processo *Rufi Osmani e outros vs. Ex-República Jugoslava da Macedónia* (Application no. 50841/99), de 11/10/2001.

Em todos estes casos o TEDH julgou legítima a restrição do direito à liberdade de expressão em virtude de, em ambas as situações, os discursos proferidos atentarem contra a igual dignidade da pessoa humana e porem em caso a ordem pública.

A nível internacional, um dos casos recentes mais conhecido é o caso *Prosecutor vs. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*²⁰, também conhecido por *Media Case*, do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda.

Nele foram condenados, por incitamento à prática do genocídio, Nahimana (chefe executivo da *Radio television libré des mille collines*) e Ngeze (proprietário e editor do jornal *Kangura*)²¹.

¹⁹ Cfr. “*O Racismo e a Xenofobia em Portugal (2001-2007)*”, de NUMENA – Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, pag. 18.

²⁰ *Prosecutor vs. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze* (Case nº ICTR 99-52).

²¹ MACKINNON, Catharine A., “*Prosecutor vs. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*”, January 2009, Volume 103, Number 1, *American Journal of International Law*, pag. 97 a 103.

Aí se reconheceu que a publicação no jornal *Kangura* de mensagens de ódio e de ameaças tinham tido o efeito de “envenenar” a população do Ruanda, incitando a população *Hutu* à matança, abrindo, desse modo, o caminho ao genocídio da população *Tutsi*.

5. CONCLUSÃO:

Enquanto direito fundamental constitucionalmente consagrado (art.º 37º da CRP), a liberdade de expressão não é um direito absoluto.

Muito embora a Constituição da República Portuguesa não contenha uma cláusula de restrição da liberdade de expressão e refira expressamente que tal direito deve ser exercido *sem impedimentos nem discriminações*, o certo é que do próprio corpo do seu art.º 37º se extrai que tal liberdade não é ilimitada.

Esses limites hão-de ser encontrados em situações de conflito, através de uma adequada ponderação da liberdade de expressão com outros bens e valores constitucionalmente protegidos, bens esses que podem ser pessoais, comunitários ou estaduais.

O princípio da *dignidade da pessoa humana*, enquanto princípio fundamental e estruturante da Constituição da República Portuguesa, dá unidade de sentido aos preceitos de direitos fundamentais; é ele que deve servir de regulador nas situações de conflito entre dois direitos fundamentais, impedindo que o exercício de um direito fundamental possa atentar contra aquela dignidade.

Assim sucede também com a problemática da compatibilidade dos discursos de incitamento ao ódio e o exercício da liberdade de expressão.

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 se destinam, negando-lhes um estatuto de igualdade relativamente aos demais cidadãos.

É a *dignidade da pessoa humana* que aí é posta em causa.

Quando determinadas condutas expressivas tiverem como *único* objectivo a ofensa, humilhação, discriminação e estigmatização de um determinado grupo, não deverão ser reconhecidas como exercícios válidos da liberdade de expressão, podendo ser legitimamente restringidas, na medida em que põe em causa a igual dignidade da pessoa humana.

Pelo contrário, quando o objectivo central daquele que manifesta uma opinião não for a ofensa, humilhação, discriminação e estigmatização, mas sim debater, criticar ou informar, não deverá haver restrição do exercício da liberdade de expressão.

Não sendo possível fixar critérios rígidos, válidos para todas as situações, a ponderação deverá ser feita caso a caso e com precaução sob pena de se poder redundar numa nova censura.

Os discursos de incitamento ao ódio poderão ainda ser restringidos quando possam por em causa a ordem pública.

Também aqui a restrição da liberdade de expressão deverá ser ponderada caso a caso e com idêntica precaução, apenas devendo ser restringida quando a ordem pública estiver verdadeiramente ameaçada.

De outro modo, correr-se-ia o risco de o argumento da ordem pública vir a ser utilizado para restringir a liberdade de expressão sempre que um determinado discurso fosse incómodo para o poder instalado.

Assim, o exercício da liberdade de expressão deverá ser limitado apenas em situações extremas em que os discursos de incitamento ao ódio, sem qualquer outro objectivo que não a humilhação e a ofensa, ponham irremediavelmente em causa a dignidade da pessoa humana ou a ordem pública.

Fora essas situações extremas, e muito embora as opiniões expressas possam ser politicamente incorrectas e abomináveis, a liberdade de expressão deverá prevalecer.

BIBLIOGRAFIA:

- **MACHADO**, Jónatas, “*Liberdade perdida e liberdade recuperada*”, prefácio à edição portuguesa de “*Areopagítica*”, Almedina, 2009.
- **CAETANO**, Marcelo, “Constituições portuguesas”, 6ª edição, 1986, Verbo.
- **CANOTILHO**, J.J. Gomes e Vital Moreira, “*Constituição da República Portuguesa – Anotada*”, Volume 1, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, anotações ao artº. 37º da CRP.
- **ANDRADE**, José Carlos Vieira de, “*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1987.
- **MACHADO**, Jónatas, “*Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera pública no sistema social*”, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002.
- **NUMENA – Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas**, “*O Racismo e a Xenofobia em Portugal (2001-2007)*”.
- **MACKINNON**, Catharine A., “*Prosecutor vs. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*”, January 2009, Volume 103, Number 1, American Journal of International Law, pag. 97 a 103.
- **ALVES**, Jorge de Jesus Ferreira, “*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados – Doutrina e Jurisprudência*”, Coleção Acessorium, Legis Editora, 2008.

MIGUEL SALGUEIRO MEIRA
Advogado

Fevereiro 2011 | verbojuridico.net