

MARIA RAQUEL NEVES

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, RELIGIÃO E DISCURSO
DO ÓDIO NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS
DO HOMEM**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º ciclo de estudos em Direito.
Área de especialização em Direito Público, Internacional e Europeu.



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO
ESCOLA DE DIREITO
2015**

Agradecimentos

Em primeiro lugar quero deixar o meu agradecimento ao Professor Doutor José Alberto de Azeredo Lopes, pela orientação dada na redação desta tese.

Aos meus pais, à São e aos meus amigos, o meu muito obrigada pela paciência e motivação.

*"Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely
according to conscience, above all liberties."*

John Milton, "Aeropagitica: A speech
for the liberty of unlicensed printing
to the Parliament of England", 1644.

SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Tribunal – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

P. – página

SS. – seguintes

Cf. - confrontar

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é uma das conquistas das quais a Europa dos dias de hoje mais se orgulha, pilar da democracia e de outras liberdades fundamentais. Surgiu-nos a ideia de questionar os limites a esta liberdade a partir dos acontecimentos do dia 7 de Janeiro de 2015, em Paris, quando o jornal satírico Charlie Hebdo foi alvo de um atentado terrorista. Como se sabe, foram assassinados vários membros da redação, entre outras pessoas, após a publicação de uma série de caricaturas do profeta Maomé.

Perante uma França e uma Europa em choque, gerou-se uma onda de indignação e de debate na opinião pública onde o tema central viria a ser: deverá a liberdade de expressão ser um direito quase absoluto, ou deverá ceder perante outros, nomeadamente, o direito a não se ser ofendido nas convicções religiosas? Será este direito a não se ser ofendido juridicamente defensável? É legítimo ao cartoonista e ao artista em geral usar da sua criatividade livremente, recorrendo por exemplo à caricatura e à sátira, ainda quando possam ser consideradas altamente ofensivas para as crenças de um determinado setor da população? Merecerá a religião uma proteção especial, que justifique, por exemplo, leis que proíbem a blasfémia?

Uma vez que na disciplina de Direito Internacional dos Direitos do Homem fora estudada a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e porque o problema se colocou aqui na Europa, pareceu adequado ir procurar possíveis respostas à Convenção, e à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo.

Neste trabalho pretendemos demonstrar que, em lugar da invocação de um direito à não ofensa das convicções religiosas, ou ao recurso a leis contra a blasfémia, ou a qualquer outro expediente que coloque uma determinada conceção de religião numa posição em que não possa ser livremente posta em causa, o verdadeiro limite à liberdade de expressão deve ser o discurso do ódio – não o trabalho artístico, independentemente da avaliação que possamos fazer do seu mérito ou do seu bom gosto, mas o incitamento ao ódio, à discriminação, à violência.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1. Evolução histórica.

O reconhecimento ou garantia do direito à liberdade de expressão encontra-se não por acaso consagrado em inúmeros instrumentos internacionais. Trata-se de uma conquista civilizacional, e só enquadrando-a como tal estaremos em posição de refletir sobre os desafios que ela comporta. Como diriam os juízes do Tribunal Europeu, é um direito fundamental sem o qual não é possível configurar uma sociedade democrática.

Já da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, texto em muitos aspetos precursor da legislação universal em matéria de direitos humanos que viria a ser escrita nos séculos seguintes, constava a liberdade de expressão. Mas não como direito absoluto, que ainda hoje não é. De forma surpreendente, já ali se previa a possibilidade de restrições legais para manutenção da ordem pública, e a responsabilidade por abusos no seu exercício.

O passo seguinte na afirmação da liberdade de expressão foi uma resolução adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 e que, ainda que sem carácter vinculativo, tem até hoje tão inegável significado e alcance que se pode considerar o seu conteúdo, em grande medida, como direito consuetudinário. Referimo-nos à Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH).

No artigo 19º densifica-se o conteúdo da liberdade de expressão, consagrando-se três vertentes: o direito a ter opiniões e ideias; o direito a manifestar as opiniões e ideias e o direito a receber informação. Esta última vertente adquire especial importância no âmbito dos media, da liberdade de imprensa e da responsabilidade dos jornalistas e publicações noticiosas.

De grande utilidade para um estudo como o nosso é também o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), assinado em 1966, em vigor desde 1976. É um pacto das Nações Unidas com carácter quase universal. Juntamente com a mencionada DUDH e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o

PIDCP e seus dois protocolos facultativos formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Vale a pena consultar o artigo 19º, sobre liberdade de expressão, pela inegável proximidade entre a disposição do Pacto e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Objeto direto do nosso estudo é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Trata-se de um tratado internacional do Conselho da Europa, através do qual os 47 Estados que o ratificaram se comprometem a assegurar um conjunto de direitos e deveres civis e políticos fundamentais.

A Convenção Europeia é a herdeira dos vários tratados mencionados e baseia-se nas “liberdades fundamentais que são a fundação da justiça e da paz no mundo e são melhor mantidas, por um lado, por uma política democrática efetiva, e por outro, por um entendimento e observância comuns dos direitos humanos dos quais dependem.”¹

Foi redigida após a experiência da II Guerra Mundial, pautando-se pelo respeito pela democracia e pluralismo, realidades que exigem um espírito de tolerância.

A Convenção integra as ordens jurídicas nacionais, e como tal, é vinculativa para os tribunais nacionais e demais autoridades públicas. Em caso de conflito entre normas internas e da Convenção, estas últimas prevalecem. Mais, as normas nacionais devem ser interpretadas de acordo com os princípios e valores da Convenção. Na verdade, à semelhança dos sistemas de “common law”, a jurisprudência do TEDH vale quase como lei, pelo que não é possível fazer uma correta leitura da Convenção desligada da sua interpretação jurisprudencial.

Os Estados são os primeiros responsáveis em assegurar o cumprimento da CEDH, funcionando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em Estrasburgo, como instância de controlo. Voltar-se-á a esta ideia a propósito da margem de apreciação dos Estados.

¹ Preâbulo da CEDH, § 5.

A Convenção Europeia é considerada um dos sistemas de direito internacional mais bem sucedidos na proteção dos direitos humanos. Foi o “primeiro instrumento de direito internacional dos direitos humanos a almejar proteger um largo espectro de direitos civis e políticos, tanto ao assumir-se como tratado legalmente vinculativo como através do estabelecimento de um sistema de supervisão da implementação dos direitos a nível doméstico”².

1.2. O artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, “Liberdade de Expressão”

- 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem consideração 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 proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informação confidencial, ou para garantir a autoridade e imparcialidade dos tribunais.*

² Gomien, Donna, in “Short Guide to the Implementation of the European Convention of Human Rights”, 2005, 3rd Ed, Council of Europe Publishing, p. 12.

1.2.1. Os trabalhos preparatórios.

Da ata disponível³ resulta inequívoco que houve uma grande preocupação no seio do Conselho da Europa e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem em assegurar uma lista concisa mas eficaz de direitos que configurassem na Convenção. Lê-se, logo no parágrafo 3º, que em Agosto de 1949, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa tinha incluído na sua agenda tomar “medidas para a realização da finalidade declarada do Conselho da Europa, de acordo com o art. 1º do Estatuto, no que diz respeito a garantir e aprofundar a realização das liberdades fundamentais”.

As propostas sobre o que incluir no texto da Convenção a respeito da liberdade de expressão em particular foram numerosas, havendo uma grande preocupação em garantir o acesso e a difusão da informação. Numerosas foram também as sessões em que o artigo foi debatido.

A proposta do Rapporteur, M. Teitgen, ia no sentido de que se incluísse um “direito a não ser incomodado por causa das suas opiniões e a liberdade de as exprimir oralmente ou através da imprensa”, enquanto que os representantes de vários países se apoiavam diretamente no texto da Declaração Universal: “liberdade de opinião e expressão de acordo com o artigo 19º da DUDH”. Foi também sendo reiterado que a Convenção necessitava de incluir um artigo não só sobre liberdade de expressão mas também de informação.

Por altura da 6ª sessão do “Ensaio da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos” havia diversas propostas a serem discutidas. Enquanto estavam em curso estes trabalhos preparatórios, também a nível das Nações Unidas se discutia a elaboração de um documento sobre a liberdade de informação. Levantou-se então a possibilidade de não incluir um artigo desta natureza na Convenção, por desnecessário. Felizmente, a liberdade de informação viria a constar explicitamente do artigo sobre

³ Council of Europe, Strasbourg, 17th August 1956, European Commission of Human Rights. Preparatory Work on Article 10 of the European Convention on Human Rights. (Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf - última consulta realizada a 21/09/2015).

liberdade de expressão. Conseguiu-se um consenso no sentido de não ignorar a liberdade de informação em especial, que a Assembleia Geral tinha declarado “a pedra de toque de todas as liberdades às quais as Nações Unidas estão consagradas”.

Ainda no que diz respeito ao acesso e circulação da informação, procurou assegurar-se que não haveria interferência dos governos no exercício destas liberdades, exceto nas situações previstas por lei e aceitando que o exercício das liberdades acarreta consigo os tais “deveres e responsabilidades”. A expressão “sem interferência governamental” foi, no entanto, retirada do texto final.

Outra expressão que não chegou à versão dos nossos dias foi a que acrescentava, antes do direito à liberdade de expressão, direito à liberdade de opinião (os primeiros ensaios propunham que se redigisse “Todas as pessoas têm direito à liberdade de opinião e expressão”). Não se pode dizer que uma esteja totalmente englobada pela outra, mas a opinião faz parte do domínio do íntimo de cada um, do “forum internum”. A liberdade de opinião está mais próxima da liberdade de pensamento - ainda que não se confunda com esta - tratando-se portanto de uma questão privada, e a liberdade de expressão será, essa sim, a dimensão pública do direito.

1.3. O conteúdo da liberdade de expressão.

De forma semelhante ao próprio artigo, começamos por abordar o conteúdo da liberdade de expressão, para posteriormente falarmos dos seus limites.

Trata-se de um direito cuja importância não se encerra em si mesma, mas é garante de uma série de outros direitos, e da própria democracia.

Nas discussões de preparação da Convenção, optou-se por não restringir o âmbito do conceito de “expressão”, ficando escrito que se referia a ideias e informações de todo o tipo, sem limite de fronteiras. Como explica MACOVEI⁴, “por regra, a proteção concedida pelo artigo 10º estende-se a qualquer tipo de expressão independentemente do seu conteúdo, disseminada por qualquer pessoa, grupo ou media”.

⁴ Macovei, Monica, *in* “Freedom of expression, A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights”, 2nd edition, Human Rights Handbooks, no. 2.

A liberdade de expressão desdobra-se para incluir os seguintes direitos:

- a ter opiniões;
- a transmitir informação e ideias;
- a receber informação e ideias.

É portanto, como diz FLAUSS⁵, uma liberdade complexa, inclui várias liberdades.

O direito a ter opiniões é o mais forte, identificando-se com o próprio espírito democrático. Os Estados não podem doutrinar os cidadãos nem estes devem sofrer consequências por terem manifestado certas opiniões. Por outro lado, não podem ser obrigados a revelar as suas opiniões.

A dupla vertente transmitir/ receber informação é necessária para o funcionamento da vida política, e é frequentemente invocada em casos de liberdade de imprensa - afinal, os meios de comunicação social são um meio de controlo do poder político, tendo-se por isso popularizado a expressão “public watchdog” para explicar o seu papel. Não há apenas um direito a transmitir informação, há também um direito do público a ter acesso à informação.

Mas o que se deve entender como abrangido pelo conceito de “informação”? A jurisprudência tem perfilhado um entendimento amplo, suscetível de abranger imagens, fotografias, ilustrações, textos, filmes, declarações verbais. Quanto à concretização do conceito “expressão” ao abrigo do artigo 10º, não é algo que tenha preocupado muito o Tribunal, que como veremos se concentra em determinar quais as restrições legítimas a esta liberdade.

É em HANDYSIDE c. Reino Unido⁶, um acórdão que data de 1976, que o Tribunal desenvolve os traços caracterizadores da liberdade de expressão, cunhando expressões que não mais deixariam de ser utilizadas pela jurisprudência.

⁵ Flauss, Jean-François, in “The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression” 84 Indiana Law Journal 809 (2009), p. 809 e 810.

⁶ Queixa nº 5493/72, decisão de 7 de Dezembro de 1976. Discutia-se a legitimidade da proibição de um livro intitulado “The Little Red Schoolbook”, que se destinava a jovens leitores. O Tribunal

A liberdade de expressão é descrita como uma **liberdade fundamental dos regimes democráticos**: “[...] constitui uma das fundações essenciais de tal sociedade, uma das condições básicas para o seu progresso”, na medida em que representa um interesse fundamental da sociedade livre. Todas as pessoas têm direito a expressar-se, e o progresso resulta dessa troca de ideias, muitas vezes conflitantes - do “market place of ideas”⁷ de que fala a jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

Neste acórdão histórico, o Tribunal apresenta mais argumentos que ajudam a perceber por que é importante defender a liberdade de expressão: ela é vital para a **formação da personalidade e para o desenvolvimento de cada pessoa**.

Noutro aspeto, é crucial a afirmação de que esta liberdade não abrange apenas informação bem recebida ou inócua, mas também **ideias que incomodam, chocam ou perturbam**. Só assim faz sentido falar num direito que tem de ser protegido, por vezes até exigindo limitações de outros direitos – só quando a sua manifestação é incómoda é que o problema do conflito se coloca.

Se a presença de um espaço de troca de ideias é essencial para a sobrevivência das democracias, a convivência de ideias contraditórias e discordantes é consequência natural do pluralismo em que vivemos.

Sem liberdade de expressão, não há sociedade livre, que é o mesmo que dizer, não há liberdade.

Longe de se tratar de um direito que se encerra nele mesmo, o direito à liberdade de expressão é essencial ao gozo de outros direitos garantidos pela Convenção, tais como a liberdade de associação ou a liberdade religiosa. Paradoxalmente, entra por vezes em conflito com estas e outras liberdades.

concordou que a proibição era necessária para proteger a moral porque o livro continha passagens consideradas obscenas ou desadequadas para um público jovem.

⁷ Justice Brennan tornou a expressão popular em *Lamont v. Postmaster Gen.*, 381 U.S.301, 308 (1965).

1.4. A inclusão de “deveres e responsabilidades” e a comparação com os artigos 8º, 9º e 11º.

A estrutura do art. 10º assemelha-se à dos artigos 8º, 9º e 11º, ao dividir-se em dois parágrafos: o primeiro descrevendo o conteúdo da liberdade, os direitos nela compreendidos; o segundo contendo as regras a que devem obedecer os limites ao nº 1. Aquilo que é realmente único no artº 10º é a referência a “deveres e responsabilidades” que limitam a liberdade em causa, expressão que não foi usada em nenhum outro artigo e que tem justificado desde então uma extensa jurisprudência. FLAUSS⁸ explica que esta inclusão seleciona a liberdade de expressão como distinta das outras liberdades e precavê o “uso irresponsável da democracia”.

Na verdade, ela foi controversa, por vários motivos. Primeiramente, houve quem defendesse que o propósito da Convenção era garantir direitos aos indivíduos e protegê-los de violações desses direitos, e não limitá-los, logo, a expressão não teria cabimento. Em segundo lugar, questionou-se o porquê deste artigo dever ser uma exceção entre os outros do mesmo género, que continham cláusulas restritivas de estrutura diferente – estamos a referir-nos aos artigos 8º (direito à vida privada e familiar), 9º (liberdade de pensamento, consciência e religião) e 11º (liberdade de associação).

Do estudo dos trabalhos preparatórios é possível retirar que a expressão “deveres e responsabilidades” foi mantida por se considerar que a liberdade de expressão não é uma liberdade tal como as outras, mas “especialmente poderosa e perigosa”, sobretudo face à influência global dos media no pensamento das massas, sobre assuntos nacionais e internacionais - um poder que, pensou-se, tinha que estar sujeito também a limites de outra ordem.

Quanto ao modo como esses limites deviam ser redigidos, houve duas grandes opiniões: uma primeira corrente defendeu que as restrições deviam limitar-se a uma cláusula geral; a segunda, manifestou-se a favor da redação de uma lista de limitações. Por detrás da defesa de uma cláusula sucinta estavam os argumentos de que não cabia a uma

⁸ Flauss, John-François, in “The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression”, *Indiana Law Journal*, vol. 84, nº 3, article 3. Summer 2009, p. 809.

Convenção que versava sobre direitos vários a inclusão de um longo catálogo dizendo respeito apenas à liberdade de expressão, catálogo esse que de qualquer forma sempre seria incompleto por não se pensar realista conceber formulações que abarcassem todas as situações possíveis. Em defesa de uma enumeração explícita das restrições dizia-se que tal era imprescindível para evitar interpretações arbitrárias e impedir que o texto da Convenção se tornasse inútil. Finalmente, disse-se, uma maior clareza e certeza neste ponto acabaria por traduzir-se numa mais ampla liberdade de expressão.

1.5. Os limites do artigo 10º nº 2.

Há dois tipos de direitos na Convenção, aqueles que não toleram exceções ou derrogações, e os que as permitem. O número de direitos absolutos é, compreensivelmente, restrito: na Convenção podemos apontar apenas os artigos 3º (proibição da tortura e tratamento humano ou degradante) e 4º § 1 (proibição da escravatura ou servidão). Nos protocolos adicionais acrescentam-se: no protocolo nº 4, os artigos 1º (proibição da prisão por dívidas), 3º, (non refoulement) e 4º (proibição da expulsão coletiva de estrangeiros); no protocolo nº 13, a proibição da pena de morte.⁹ Dentro da categoria de direitos não absolutos encontra-se o direito à liberdade de expressão. Este faz parte de um grupo de artigos cujas possibilidades de limitação constam do próprio texto do artigo. O nº 2 do artigo 10º enumera três requisitos que têm de estar preenchidos cumulativamente para que uma interferência com o direito à liberdade de expressão seja conforme à Convenção:

- A limitação tem de estar prevista em lei;
- A limitação tem de ter como finalidade uma das enunciadas no próprio artigo;
- A limitação tem de ser necessária numa sociedade democrática.

A primeira tarefa do tribunal é portanto determinar se houve uma interferência com a liberdade de expressão. O que se deve entender por "interferência"? Qualquer ação limitativa dos direitos mencionados no nº 1 do artigo 10º, por parte de qualquer entidade

⁹ O protocolo nº 13 é de adesão facultativa.

dotada de poderes públicos. Quer isto dizer que o Estado poderá responder por ações do Governo, de escolas, de magistrados, de agentes das forças policiais, de funcionários administrativos, entre muitos outros.

Assente que houve uma interferência, o Tribunal passa à análise dos três requisitos enunciados.

- **Previsão em lei**

O que se deve entender por “lei”? Em regra, falamos de lei em sentido estrito, emitida pelos parlamentos ou governos, mas a título excepcional podem ser admitidas regras de “common law” e princípios de direito internacional.

Há características que uma lei tem de possuir: ela deve ser acessível aos cidadãos e suficientemente clara e determinada para que a sua aplicação ao caso concreto seja previsível. Uma lei cuja interpretação resulte excessivamente abstrata, de modo a que não seja previsível a sua aplicação, falha este critério.

De forma pouco habitual, em *HASHMANN E HARRUP c. Reino Unido*¹⁰, um caso no qual os requerentes viram o seu direito de expressão limitado ao terem sido punidos por se manifestarem contra (e perturbarem a realização de) uma caçada à raposa, o Tribunal apenas apreciou a questão da previsão legal, considerando-a demasiado imprecisa. Os requerentes tinham sido sancionados por “comportamento *contra bonus mores*”. A expressão pretende significar um comportamento considerado errado pela maioria das pessoas, portanto é uma previsão que não descreve nenhum comportamento específico. Ainda que neste caso tenha decidido assim, o grau de exigência do Tribunal neste ponto varia – compreende-se que, sobretudo em certos domínios, uma lei demasiado rígida e fechada não seja possível ou sequer desejável; é necessário permitir uma certa margem de flexibilidade e adaptabilidade ao Direito.

- **Finalidade legítima**

¹⁰ Hashmann e Harrup c. Reino Unido, queixa n.º 25594/94, julgamento de 25 de Novembro de 1999.

A lista do n° 2 é taxativa, pelo que para justificarem a limitação de direitos os Estados têm sempre de invocar um destes fundamentos: segurança nacional, integridade territorial ou segurança pública, proteção da saúde ou moral, proteção da reputação ou dos direitos dos outros, prevenção da revelação de informação confidencial ou manutenção da autoridade e imparcialidade dos tribunais.

Enquanto que algumas das motivações enunciadas são mais ou menos claras, outras deixam um grande espaço para interpretação – justamente as que mais são invocadas em casos de conflito entre os artigos 10° e 9° - proteção da moral e proteção da reputação ou dos direitos dos outros. Mais adiante argumentaremos que o Tribunal não deveria incluir na “proteção dos direitos dos outros”, à luz do art. 9°, a proteção de sentimentos religiosos.

- **Necessidade numa sociedade democrática**

Enquanto que os critérios anteriores muitas vezes não chegam sequer a ser alvo de disputa entre as partes, o critério da necessidade é o mais difícil de demonstrar, e aquele em relação ao qual o Tribunal se mostra mais exigente. Pode afirmar-se que se desdobra em dois aspetos: a existência de uma **necessidade social premente** e a **proporcionalidade** da medida face à finalidade.

Quanto à necessidade social premente, não basta convencer o Tribunal de que a medida foi útil, ou até mesmo desejável, pois isso não preenche o conceito de medida “necessária”. Cita-se do caso HANDYSIDE¹¹, pela clareza da explicação: “[...] o adjetivo “necessário”, no sentido do artigo 10° parágrafo 2 (art. 10-2), embora não sendo sinónimo de “indispensável” (cfr., nos artigos 2 parágrafo 2 (art. 2-2) e 6 parágrafo 1 (art. 6-1), as expressões “absolutamente necessário” e “estritamente necessário” e, no artigo 15 parágrafo 1 (art. 15-1), a frase “até ao limite estritamente necessário às circunstâncias”, também não tem a flexibilidade de expressões tais como “admissível”, “normal” (cf. art. 4 parágrafo 3) (art. 4-3), “útil” (cf. a versão Francesa do primeiro parágrafo do artigo 1° do protocolo n° 1) (P1-1), “razoável” (cf. artigos 5

¹¹ Handyside, § 48.

parágrafo 3 e 6 parágrafo 1) (art. 5-3, art. 6-1) ou "desejável".”

Quanto ao teste da proporcionalidade, este exige que a medida tomada pelas autoridades competentes seja estritamente adequada à finalidade: “[...] toda a “formalidade”, “condição”, “restrição” ou “sanção” imposta deve ser proporcional à finalidade a alcançar.”¹²

Nesta ponderação, tem-se em conta a natureza e a gravidade da sanção.

O Tribunal não é favorável, em matéria de liberdade de expressão, a penas de prisão. Esse tipo de medida é encarada como *ultima ratio*, e tem sido permitida apenas em casos extremos nos quais foram ameaçados os princípios democráticos¹³, ou em casos em que o discurso constitui um incitamento ao ódio ou à violência.

No caso *INCAL c. Turquia*¹⁴, o requerente tinha sido condenado por participar na criação de folhetos que criticavam duramente a atuação das autoridades locais. O Ministério Público turco acusou-o de incitamento ao ódio e à hostilidade, e de usar palavras que sugeriam a resistência à polícia. Dados estes factos como provados, o requerente foi condenado a seis meses e vinte dias de prisão.

Apesar das penas de prisão não serem interditas, uma das ponderações que o Tribunal faz é verificar se o Estado escolheu a medida menos restritiva de entre aquelas que seriam adequadas à finalidade pretendida, o que frequentemente não se verifica nestes casos. Em *Incal*, algumas das consequências da sentença de prisão eram particularmente gravosas – o requerente deixou de poder exercer uma série de atividades, nomeadamente a sua profissão como advogado, de fazer parte de associações ou sindicatos, e de exercer cargos políticos. A medida foi considerada desproporcional.

Mesmo quando, em sede de recurso, o cumprimento de tempo de prisão efetivo é substituído por uma pena suspensa ou uma multa, os juízes sublinham que a mera possibilidade de condenação em tempo de prisão pode ter um efeito dissuasor suficientemente grave para não ser conforme à Convenção. Veja-se como exemplos os

¹² Handyside, § 49.

¹³ Cf. *Karatepe c. Turquia*, queixa nº 41551/98, julgamento de 31 de Julho de 2007, versão final de 31/10/2007.

¹⁴ *Incal c. Turquia*, (41/1997/825/1031), julgamento de 9 de Junho de 1998.

casos GUNDUZ¹⁵ e AYDIN TATLAV¹⁶. No primeiro caso, o Tribunal de Segurança Nacional tinha condenado o requerente em dois anos de prisão, além de uma multa, pena confirmada em recurso. Apesar de não ter julgado necessário avaliar a proporcionalidade da pena, uma vez que decidiu pela violação do artº 10, o Tribunal quis mesmo assim manifestar a sua opinião julgando a pena “extremamente severa, mesmo tendo em conta a possibilidade de liberdade condicional”. No segundo caso que se menciona, a requerente foi condenada a doze meses de prisão, posteriormente substituídos por uma multa diária. Só falhando esta pena pecuniária de substituição é que a requerente seria detida e presa. E ainda assim, o Tribunal foi da opinião de que uma condenação penal, sobretudo uma que se pode converter de pecuniária em pena de prisão efetiva, é suscetível de dissuadir autores e editores de publicarem as suas opiniões, pelo que desadequada.

O Tribunal tem também sido muito cauteloso em aceitar restrições preventivas da liberdade de expressão. No descrito caso *Incal c. Turquia*, os folhetos nunca chegaram a ser distribuídos à população. O TEDH disse que teria bastado exigir alterações ao texto, e que a natureza preventiva das sanções era bastante para levantar problemas de incompatibilidade com o art. 10º.

1.6. A doutrina da margem de apreciação.

Como se determina, e quem determina, a necessidade da medida? O Tribunal criou uma inovadora teoria, a doutrina da margem de apreciação. Esta foi invocada pela primeira vez em 1978, num caso entre dois Estados, *Irlanda c. Reino Unido*¹⁷, mas a expressão já antes fora utilizada pela Comissão em *Lawless c. Irlanda*.¹⁸

Não existe uma disposição que expressamente defina este princípio. Uma alteração ao texto da Convenção para incluir menção expressa aos princípios da subsidiariedade e da margem de apreciação foi bastante discutida, mas optou-se finalmente contra essa

¹⁵ Queixa nº 35071/97, julgamento de 4 de Dezembro de 2003, versão final de 14/06/2004.

¹⁶ Queixa nº 50692/99, julgamento de 2 de Maio de 2006, versão final de 2 de Agosto de 2006.

¹⁷ Queixa nº 5310/71, julgamento de 18 de Janeiro de 1978, § 207.

¹⁸ Comissão Europeia dos Direitos Humanos, julgamento de 1 de Julho de 1961, série A, nº 3.

inclusão.¹⁹ No entanto, a competência primeira dos Estados está inscrita logo no artigo 1º: “As Altas Partes Contratantes devem assegurar a todos dentro das suas jurisdições os direitos e liberdades definidos na secção I da Convenção”.

É no caso *HANDYSIDE* que o Tribunal se explica, dizendo: “Ao estarem em contacto direto com as forças vitais dos seus países, as autoridades estatais estão em melhor posição do que o juiz internacional para dar uma opinião sobre a “necessidade” de uma “restrição” ou “pena”... cabe às autoridades nacionais fazerem a avaliação inicial da existência da necessidade social premente.”

Consequentemente, o artigo 10º nº 2 deixa aos Estados contratantes uma margem de apreciação. Esta margem é dada tanto ao julgador doméstico (“previsto em lei”) como às entidades, judiciais entre outras, chamadas a interpretar e aplicar as leis.

Não obstante, o artigo 10º nº 2 não dá aos Estados contratantes um poder ilimitado de apreciação. O Tribunal é responsável por assegurar o cumprimento das obrigações desses Estados, e tem o poder de dar a decisão final e de decidir se a “restrição” ou “pena” está de acordo com a Convenção. A margem de apreciação doméstica está de mão dada com a supervisão europeia.

Através desta doutrina, o Tribunal afirma que o que deve ser entendido como “necessário” pode variar, e frequentemente varia, de Estado para Estado. A matéria em questão também não é indiferente. É reconhecida maior margem de apreciação em casos que envolvam a religião ou a moral, do que em casos que envolvam discurso político ou liberdade de imprensa. Isto porque, por um lado, não há homogeneidade no que diz respeito às duas primeiras categorias - a Europa não tem nem um entendimento nem uma legislação uniformes – e por outro lado, é necessário assegurar maior liberdade a assuntos de interesse público e que interferem com a própria democracia, como é o caso das categorias terceira e quarta.

¹⁹ A questão foi discutida na Brighton High Level Conference de Abril de 2012, onde o representante do Tribunal, o então Presidente Nicolas Bratza, defendeu a não alteração do texto. Admitiu-se como alternativa a menção a estes princípios no preâmbulo. Na mesma conferência avançou-se a hipótese, ainda não resolvida, de criar um mecanismo de comunicação entre o TEDH e os tribunais nacionais, semelhante ao reenvio prejudicial do Tribunal de Justiça.

Esta doutrina é também uma manifestação do princípio da subsidiariedade, princípio fundamental de direito internacional e de funcionamento da dinâmica entre os Estados e o TEDH. É aos Estados que compete, em primeiro lugar, interpretar e garantir os direitos versados na Convenção. Trata-se de uma subsidiariedade complementar, uma vez que o Tribunal só pode intervir depois dos Estados terem falhado na aplicação da Convenção, e portanto depois de esgotados os remédios internos (subsidiariedade processual). O Tribunal exerce um poder de controlo “em alguns aspetos semelhante ao de um tribunal constitucional federal, sobre a conduta dos governos ou legislaturas democraticamente eleitos dentro da federação.”²⁰

Diga-se ainda que a margem de apreciação funciona como uma “estrada de dois sentidos”, isto é, não só cabe ao Tribunal supervisionar os Estados na sua avaliação, como ele próprio depende das contribuições dos Estados para a aferição do que sejam os “standards” comuns.

A jurisprudência tem tido o cuidado de reiterar a margem de apreciação consistentemente, tendo-o explicitado com grande clareza no caso “Língua Belga”: “Ao tentar descobrir, num dado caso, se houve ou não [uma violação da disposição em causa], o Tribunal não pode desconsiderar as características legais e factuais que caracterizam a vida da sociedade do Estado que, enquanto Parte Contratante, tem de responder pela medida em litígio. Ao fazê-lo, as autoridades nacionais permanecem livres de escolher as medidas que consideram apropriadas [...] A apreciação do Tribunal contempla apenas a conformidade dessas medidas com os requisitos da Convenção.”

Uma excelente demonstração da margem de apreciação reconhecida aos Estados (especialmente reforçada em assuntos que dizem respeito a religião ou moral) está contida na opinião concordante do Juiz BERNHARDT, no caso WINGROVE²¹: “Pessoalmente não estou convencido que o filme “Visões do Êxtase” devesse ter sido proibido... e essa convicção baseia-se, *inter alia*, na minha impressão ao visualizar o filme. Mas é a essência da margem de apreciação que dita que, quando diferentes

²⁰ Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Court of Human Rights*, Oxford, 3rd ed., 2014, p. 17.

²¹ Queixa nº 17419/90, julgamento de 25 November 1996.

opiniões sejam possíveis e efetivamente existam, o juiz internacional só deve intervir se a decisão nacional não puder ser razoavelmente justificada”.

Efetivamente, casos há nos quais o Tribunal pensa que o Estado foi longe de mais na sua margem de discricionariedade e exerce o seu direito de ter uma última palavra discordante. Foi o que se passou em *OPEN DOOR E DUBLIN WELL WOMEN c. Irlanda*²². Estas duas associações foram proibidas de fornecer às mulheres irlandesas informação sobre interrupção voluntária da gravidez noutros países, sob a justificação de que a mesma é criminalmente punida na Irlanda. “[O Tribunal] reconhece que as autoridades nacionais gozam de uma ampla margem de apreciação em questões morais, particularmente numa área como esta, que toca em questões de convicções religiosas quanto à origem da vida humana. [...] No entanto, este poder de apreciação não é ilimitado. Cabe ao Tribunal, também neste campo, supervisionar se uma restrição é compatível com a Convenção.”²³

Porque tinha sido criada uma proibição absoluta e perpétua, o Tribunal considerou que a medida não podia ser aceite: “O Tribunal está em primeiro lugar abalado pela natureza absoluta da injunção determinada pelo Supremo Tribunal [...], a qual é “perpétua”, e independente da idade e condição de saúde ou motivação para procurar aconselhamento sobre interrupção da gravidez.”²⁴

A doutrina da margem de apreciação é bastante controversa. A principal crítica que lhe é apontada é a sua incerteza. Há alguma inconsistência na sua aplicação, e os critérios fornecidos, além de certas matérias que reúnem mais ou menos consenso entre os Estados, não são claros. Neste sentido, *VESPAZIANI*²⁵ é particularmente crítico da atuação do Tribunal: “Na sua rica e inevitavelmente inconsistente jurisprudência, o Tribunal de Estrasburgo não desenvolveu uma doutrina de margem de apreciação legalmente significativa. Continua a ser, em vez disso, uma espécie de fórmula mágica através da qual o Tribunal procura justificar tanto o ativismo como a deferência.”

²² Queixas n.ºs 14234/88 e 14235/88, julgamento de 29 de Outubro de 1992.

²³ § 68.

²⁴ § 73.

²⁵ Alberto Vespaziani, “Teaching of religion and margin of appreciation – the reluctant liberalism of the Strasbourg Court”, in Giorgio Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law – An Italian Perspective*, Intersentia, pp. 139 a 147.

Parece-nos que, quando é concedida com grande amplitude, o Tribunal atua como que prescindindo do seu papel, que delega nos Estados, tolerando por vezes legislação e decisões polémicas. Mas também não vemos como o sistema poderia funcionar sem problemas de maior sem esta margem – é que este mecanismo permite aos Estados manterem a confiança no Tribunal, sem que a atuação deste seja vista como uma imposição aos poderes nacionais. Isto porque se parte do princípio que os próprios Estados atuam de acordo com o Direito e em conformidade com os direitos humanos, pelo que a sua avaliação das situações merece ser tida em consideração. A dificuldade maior estará então, não tanto na existência da doutrina, mas na sua aplicação caso a caso.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RELIGIÃO

2.1. O artigo 9º da CEDH.

Tal como acontece com a liberdade de expressão, o direito à liberdade religiosa é sistematicamente reafirmado pelo TEDH como direito fundamental de uma sociedade democrática, essencial à formação e manifestação da personalidade. Duas dimensões estão contidas nesta liberdade: uma interna – “forum internum” - e uma externa – “forum externum”. Compreender esta distinção é essencial pois as restrições só podem ser impostas ao nível do “forum externum”, o “forum internum” é absoluto, intocável. Analisemos o artigo:

Artigo 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (liberdade de pensamento, consciência e religião)

- 1. Todos têm o direito a liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade para mudar de religião ou crença e a liberdade para, em particular ou em comunidade com outros e em público ou em privado, manifestar esta religião ou crença, adorar, ensinar, praticar e observar.*
- 2. A liberdade para manifestar a própria religião ou crença deve estar sujeita apenas às limitações prescritas por lei e necessárias numa sociedade democrática no interesse da segurança pública, proteção da ordem pública, saúde ou moral, ou para proteção dos direitos e liberdades de outros.*

Contrariamente ao artigo 10º, este nº 2 não remete para todo o conteúdo do nº 1, mas restringe-se à liberdade para manifestar e praticar a religião ou crença. Este é o “forum externum”, e só este círculo exterior do direito pode ser limitado. O cerne da liberdade diz respeito à própria liberdade de pensamento e consciência, à liberdade de ter ou não uma crença – de acreditar ou não acreditar. Este núcleo nunca pode ser atacado. Geralmente, a dimensão externa é o reflexo da interna, a manifestação da religiosidade ou não religiosidade, mas pode não ser assim, nomeadamente, na situação de minorias religiosas que não possam exteriorizar livremente a sua crença.

É importante explicar o que se entende com estas palavras, religião ou crença, que constam do texto da Convenção. O Tribunal não oferece propriamente uma definição. São conceitos que devem abarcar, por um lado, religiões minoritárias, e também

religiões novas, às vezes (depreciativamente) identificadas como seitas²⁶, mas também convicções de outra natureza, nomeadamente filosófica, desde que representando mais do que uma mera opinião. Não é qualquer convicção que merece a proteção do artigo 9º - a crença tem de ser suficientemente **convincente, coesa, séria e importante**.²⁷

Não cabe aos Estados decidirem sobre a validade das convicções religiosas. Ao exercer um poder regulador na relação com as várias religiões praticadas no território, e variantes da mesma religião, este tem o dever de se manter neutro e imparcial, não podendo fazer juízos acerca da legitimidade de um movimento. Esta limitação do poder dos Estados resulta clara no acórdão IGREJA METROPOLITANA DA BESSARÁBIA c. Moldávia²⁸, no qual o Tribunal declarou contrária à Convenção a recusa de reconhecimento, a nível administrativo, de uma igreja.

A liberdade religiosa possui também uma vertente negativa – o direito a não acreditar, o direito a não professar nenhuma religião. O Estado não pode obrigar os seus cidadãos a aderirem a qualquer religião. Isto mesmo resulta do caso BUSCARINI E OUTROS c. São Marino.²⁹ Fora exigido a dois membros eleitos para o Parlamento que jurassem sobre os Evangelhos. O Tribunal concordou com a opinião da Comissão em como “seria contraditório fazer depender o exercício de um mandato destinado a representar diferentes opiniões da sociedade no Parlamento de um juramento prévio de aceitação de um conjunto particular de convicções”.³⁰ Depois do caso ter sido levado ao TEDH, a lei doméstica foi alterada, permitindo substituir o julgamento religioso por um julgamento de honra.

No caso DIMITRAS E OUTROS c. Grécia³¹, o Tribunal declarou existir uma violação do artigo 9º na imposição de prestação de juramento sobre a Bíblia às testemunhas, em

²⁶ O Tribunal usou esta expressão em casos como Manoussakis e Outros c. Grécia (queixa nº 18748/91, julgamento de 26 de Setembro de 1996 (1997) § 39) e Kalaç c. Turquia (queixa nº 20704/92, julgamento de 1 de Julho de 1997 (1999) § 39).

²⁷ Campbell e Cosans c. Reino Unido, queixas nº 7511/76 e 7743/76, julgamento de 25 de Fevereiro de 1982, § 36. Neste mesmo parágrafo o Tribunal contrapõe o conceito de “ideia” próprio do artigo 10º com o de convicção, no sentido de crença, a que diz respeito o artigo 9º.

²⁸ Queixa nº 45701/99, julgamento de 13 de Dezembro de 2001, versão final de 27/03/2002.

²⁹ Queixa nº 24645/94, julgamento de 18 de Fevereiro de 1999.

³⁰ Buscarini, § 39.

³¹ Queixas nº 44077/09, 15369/10 et 41345/10, julgamento de 8 de Janeiro de 2013, versão definitiva de 08/04/2013.

tribunal. Portanto, o Estado não pode impor práticas religiosas, mesmo aquelas que são cultural e socialmente aceites pela generalidade da população.

Mas o direito a não ter religião não é meramente um direito a não se ser obrigado a praticar uma religião, é também o direito a professar uma religião diferente ou a ser agnóstico ou ateu. **Limitar o direito a expressar a descrença, mesmo que em prol do direito à liberdade religiosa de outros, não é só uma interferência com a liberdade de expressão daqueles, termos nos quais mais frequentemente se coloca a questão, mas uma interferência, e porventura violação, do direito à liberdade religiosa dos próprios não crentes.** Afinal, “[O art. 9º] é, na sua dimensão religiosa, um recurso precioso também para ateus, agnósticos, céticos e indiferentes”.³²

2.2. Conflitos entre os artigos 9º e 10º.

O art. 9º é um artigo que se presta com frequência a conflitos com a liberdade de expressão, nomeadamente devido à polémica interpretação da expressão “proteção dos direitos dos outros”.

O “leading case” em matéria de conflito entre liberdade religiosa e liberdade de expressão ainda é **OTTO-PREMIINGER-INSTITUT** c. Áustria.³³ Mas será este um verdadeiro caso de conflito de direitos? Vejamos. Um pequeno cinema independente quis exhibir um filme considerado blasfemo, intitulado “Concílio no Céu”. Na sequência de uma queixa por parte de membros da Igreja Católica, as autoridades proibiram a sua exibição e apreenderam o filme, tornando impossível a sua visualização na Áustria. Surpreendentemente, o TEDH concluiu não haver violação do direito à liberdade de expressão. Quem usufrui dos direitos e liberdades do nº 1 do artigo 10º está igualmente adstrito a deveres e responsabilidades, e na opinião dos juízes, no que diz respeito a questões religiosas, tal incluiria a “obrigação de evitar tanto quanto possível o uso de expressões **gratuitamente ofensivas** para outros e que constituam portanto uma

³² Kokkinakis c. Grécia, queixa nº 14307/88, julgamento de 25 de Maio de 1993, § 31.

³³ Queixa nº 13470/87, julgamento de 20 de Setembro de 1994.

violação dos seus direitos, não contribuindo assim para qualquer forma de **debate público capaz de estimular o progresso**".³⁴

O critério da contribuição para o debate público é de grande importância, porque a jurisprudência se tem servido dele ora para restringir (como no presente caso) ora para alargar o âmbito da liberdade de expressão. Os assuntos que forem considerados de interesse geral são mais amplamente protegidos ao abrigo da liberdade de expressão, o que está de acordo com a noção de que a liberdade de expressão é necessária à sociedade democrática e informada. Só que esta é também uma expressão que se presta a muitas interpretações, e a jurisprudência tem evoluído no sentido de alargar o que pode ser considerado de interesse para o debate público. A margem para restrição da liberdade de expressão reconhecida aos Estados depende muito da classificação do discurso como de interesse geral. Isto é mais evidente nos casos de debate político, mas não só – uma vez que o debate é necessário ao pluralismo democrático, o Tribunal procura avaliar se o discurso contribui de alguma forma para o progresso social. É aqui que muitas vezes encontramos discordâncias entre decisões maioritárias e votos de vencido, ou entre o Tribunal e a doutrina, pois Estrasburgo não nos oferece elementos precisos para determinar o que constitui contributo para o progresso, e o que não.

Não só é perigoso dizer que cabe às autoridades nacionais, ou mesmo ao Tribunal, decidir o que é que contribui para o progresso e o que não, como deve haver lugar para expressões que desafiam as convenções.

E o que se deve entender por ofensa gratuita? Se a ofensa gratuita é aquela que não contribui para o progresso, quem está em posição de a determinar? Sobretudo no campo das artes, não será este um conceito inoperante? Não é tantas vezes função da arte chocar? Não pode ser essa uma via legítima para o progresso de que se fala?

Como defende REID³⁵, esta posição do Tribunal coloca uma responsabilidade extraordinário sobre os artistas.

Na opinião do Tribunal, a negação de uma religião pode, em certos casos, ser tão

³⁴ § 49

³⁵ Karen Reid, "Words in the Workplace", *in* Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights, September 2012, p. 383 SS.

agressiva, que iniba ou dificulte o direito à liberdade religiosa dos crentes. O raciocínio não parece ser, em abstrato, de rejeitar, mas será que em *Otto-Preminger* a liberdade religiosa estava a ser colocada em causa? Como nota FLAUSS³⁶, se a justificação é válida para sentimentos religiosos com os quais se identificam as minorias, já não é tão seguro que o seja quando se trata de uma maioria. No acórdão aponta-se o facto da exibição do filme ser feita na região do Tirol, constituída por uma maioria católica. Parece que tal facto serve melhor como argumento em sentido contrário ao defendido pelo Tribunal: a exibição de um filme num pequeno cinema não coloca em causa, de forma alguma, o direito de uma população maioritária às suas convicções religiosas, nem dificulta qualquer forma de manifestação das mesmas. E as circunstâncias em que o filme seria exibido só reforçam esta ideia: a entrada era paga, interdita a menores de 17 anos, e havia informação disponível sobre a natureza polémica do filme. O equilíbrio entre as duas liberdades era possível, porque na realidade as medidas restritivas proporcionais já tinham sido espontaneamente tomadas. A concordância prática dos dois direitos era possível, pelo que parece que teria sido mais acertado proteger o direito de quem queria exhibir o filme, e daqueles que queriam assistir ao mesmo.

Outro caso muito citado na literatura é **WINGROVE** c. Reino Unido. Também aqui estava em causa um filme considerado blasfemo, “Visões do Êxtase”. A intenção era lançar em vídeo um conteúdo que representava Santa Teresa, uma freira que terá tido visões de Jesus Cristo, de forma erótica. A comissão responsável pela autorização de venda recusou a mesma, com base numa lei que proibia a blasfémia. Mais uma vez, o Tribunal não quis aproveitar a ocasião para rejeitar este tipo de legislação, tendo a decisão final sido a favor da proibição do filme.

Volta a falar-se num dever de evitar “ofensas gratuitas” a objetos de veneração religiosa. Tal como no caso que expusemos anteriormente, o Tribunal usa a doutrina da margem de apreciação para dizer que o Estado tem legitimidade para decidir da necessidade de uma interferência com a liberdade de expressão, nestes termos. Mas porquê usar a margem de apreciação para validar leis nacionais que perpetuam a legalidade de um conceito historicamente datado como o de blasfémia, e dar preferência à liberdade religiosa em lugar da liberdade de expressão? Olhando para *Wingrove*, mais

³⁶ Jean-François Flauss, *The European Court of Human Rights and Freedom of Expression*, *Indiana Law Journal*, Vol. 84:809:2009, p. 843.

uma vez questionamos se estamos perante um verdadeiro conflito de direitos – o filme seria lançado em vídeo, com uma descrição da natureza do seu conteúdo, pelo que dificilmente alguém seria colocado na situação de uma visualização não voluntária. A decisão do Tribunal parece-nos tanto mais grave por se tratar, mais uma vez, de uma censura prévia, isto é, o filme nunca chegou a ser lançado – e é a própria jurisprudência do Tribunal que em muitas ocasiões chama a atenção para o perigo de restrições deste tipo!

Gostamos particularmente de uma frase que surge citada na decisão, do então ministro John Patten, e que podia servir de incentivo a uma menor interferência dos poderes públicos nesta matéria: “a força da sua própria fé é a melhor armadura contra os que ridicularizam e blasfemam.”³⁷

Acrescente-se, como curiosidade, que a lei contra a blasfémia inglesa que na época existia protegia apenas a religião Cristã, o que poderia colocar problemas de compatibilidade com o art. 9º, que não foram tratados pelo Tribunal.

Em I.A. c. Turquia³⁸, um caso de proibição de um livro ofensivo do Islão, a decisão volta a ser no sentido da não violação do artigo 10º. No entanto, este caso assume para nós enorme relevância devido ao conteúdo do voto discordante conjunto dos juízes COSTA, BARRETO CABRAL e JUNGWIERT. Numa clara e rara crítica à anterior jurisprudência do Tribunal, estes juízes deixaram o alerta de que a afirmação feita em *Handyside* acerca da necessária tolerância para com ideias que desagradam ou chocam não se pode tornar em um mero “slogan”: **“O tempo chegou, talvez, para rever esta jurisprudência [Otto-Preminger e Wingrove] que na nossa opinião coloca demasiado ênfase no conformismo ou uniformidade de pensamento”**.

Os princípios elaborados pela jurisprudência são na realidade úteis, mas a aplicação deles aos casos concretos nem sempre é coerente e satisfatória. Um caminho para obviar à dificuldade é dar importância à intenção ou motivação por detrás do discurso, ao contexto em que é emitido, e também procurar saber qual foi o real impacto negativo

³⁷ §29

³⁸ Queixa nº 42571/98, julgamento de 13 de Setembro de 2005, versão final de 13/12/2005.

do mesmo – dizer que uma ofensa é gratuita não chega.

Parece partilhar desta visão o juiz BONELLO, que defende na sua opinião parcialmente discordante no caso SUREK c. Turquia (nº1)³⁹ que uma limitação à liberdade de expressão pode ser válida quando “o discurso vise ou risque de visar o incitamento a uma infração iminente à lei, ou a produção de uma infração. Tudo é uma questão de iminência e grau.”

Num caso muito recente envolvendo Portugal, ALMEIDA LEITÃO E BENTO FERNANDES⁴⁰, o Tribunal foi mais razoável na sua apreciação, dizendo: “O Tribunal relembra que o romance é um forma de expressão artística que entra dentro do campo de aplicação do artigo 10º da Convenção [...] Aqueles que criam ou difundem uma obra, literária por exemplo, contribuem à troca de ideias e informações indispensável a uma sociedade democrática. E daí resulta a obrigação, para o Estado, de não a usurpar indevidamente.”⁴¹

A censura a obras escritas, boas ou más, contribuam elas para o progresso ou não, deve ser abolida – no entanto o Tribunal tem proferido, nesta matéria, decisões contraditórias. Em I.A., decidiu que um livro depreciativo do Islão podia ser proibido, mas em Aydin Tatlav a proibição de um outro livro contrário ao Islão foi julgada violadora do artigo 10º. Não houve lugar a considerações sobre o real impacto dos livros, pois a tiragem do primeiro foi muito reduzida, enquanto que o segundo teve múltiplas edições. A grande diferença entre os dois é que o primeiro foi julgado gratuitamente ofensivo por conter algumas afirmações mais cruas, e o segundo foi considerado do prisma de uma obra literária. É pena que I.A. não tenha chegado a ser apreciado pela Grande Câmara, pois a opinião dos juízes foi muito dividida, com quatro votos contra três...

Se é possível publicar livros em defesa da religião, porque se hão de criar obstáculos à publicação de livros em defesa do ateísmo? Se o Tribunal reconhece a importância do

³⁹ Queixa nº 26682/95, julgamento de 8 de Julho de 1999.

⁴⁰ Queixa nº 25790/11, julgamento de 12 de Março de 2015, versão final de 12 de Maio de 2015.

⁴¹ § 40

pluralismo nas sociedades democráticas, porque não aqui? É difícil aceitar a censura a publicações como sendo democrática. Tal como no caso dos cinemas, as pessoas não estão expostas ao conteúdo se não o desejarem, se não o procurarem ativamente. Não parece haver aqui uma necessidade de proteger a ordem pública ou os direitos dos outros.

2.2.1. A expressão artística.

O dicionário Oxford define a arte como “a expressão ou aplicação da criatividade e imaginação humanas, tipicamente numa forma visual, por exemplo uma pintura ou escultura; produzindo uma obra para ser apreciada primariamente pela sua beleza ou pela sua capacidade de suscitar emoções (caso da sátira, que conta com o exagero e a provocação para o fazer)⁴².”

A expressão artística incorpora a liberdade de expressão, é uma das suas manifestações. Pode ler-se num estudo sobre os direitos culturais disponível no site⁴³ do Tribunal que a arte permite a troca de informação, de cultura, de ideias, e que é vital em democracia. E no entanto, o Tribunal já permitiu, em múltiplas ocasiões, a censura dos Estados a certas obras, em nome da proteção do público.

O teste em três passos que o Tribunal usa para determinar violações do artigo 10º raramente funciona a favor da liberdade artística quando confrontada com a religião e a moral. Para tal contribui o facto de, nas finalidades legítimas, se incluir a “proteção da reputação e direitos dos outros”, que o Tribunal interpreta de forma generosa.

Também a margem de apreciação resulta geralmente, nestes casos, a favor das restrições impostas pelos Estados, pois já sabemos que ela é maior quando diz respeito a assuntos religiosos ou morais.

⁴² Sobre a sátira em particular, cf. Vereinigung bildender kunstler c. Áustria, queixa nº 68354/01, julgamento de 27 de Janeiro de 2007, versão final de 25/04/2007.

⁴³ Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf - última consulta realizada a 21/09/2015.

Quase sempre os casos que chegam ao Tribunal estão envolvidos num contexto que permite aos cidadãos escolherem expor-se voluntariamente aos conteúdos polémicos, ou não, mas este aspeto não é valorado. Um destes casos é SAMODUROV c. Rússia⁴⁴: foi realizada uma exposição em Moscovo intitulada “Cuidado, Religião!” com obras de vários artistas plásticos. Um grupo ortodoxo entrou no museu e vandalizou a exposição, mas a polémica não se ficou por aí. Os responsáveis pela exposição foram acusados pelo Ministério Público de “conspirarem na organização de uma exposição com o claro objetivo de mostrarem publicamente, de forma gráfica, uma visão humilhante e ofensiva da religião Cristã” e de terem “selecionado propositadamente obras que incentivam o ódio e a inimizade e são degradantes para a dignidade daqueles que pertencem à fé Cristã.”

Infelizmente, o TEDH considerou a queixa por violação do artigo 10º inadmissível, mas gostávamos de deixar aqui algumas das palavras apresentadas pela defesa do museu e dos artistas: “em que sentido foi a sua liberdade religiosa infringida por uma pequena exposição realizada num local circunscrito, longe de igrejas ou templos, à qual os visitantes não podiam chegar por acidente, mas apenas visitar com a intenção expressa de o fazerem e um claro entendimento de onde estavam e porquê?”

Pensamos que apoiar ou tolerar restrições à liberdade de expressão artística para não chocar a comunidade em geral é a abordagem errada. Em vez de valorizar o impacto da arte no observador, deveria valorizar-se o que o autor pretende transmitir, o comentário social, a caricatura, e deixar as proibições para os conteúdos que incitam ao ódio ou à violência. Afinal, a arte é talvez a forma máxima de expressão, e desde sempre quebrou regras, tabus, preconceitos e dogmas. Otto-Preminger e Wingrove são bons exemplos de acórdãos no campo das artes audiovisuais, como MULLER E OUTROS c. Suíça⁴⁵ do desenho e pintura.

Neste último caso, três quadros foram removidos de uma exposição aberta ao público, e não só foi proibida a sua exibição como os mesmos foram confiscados e entregues a um museu, onde só pudessem ser vistos por especialistas em arte. O motivo da

⁴⁴ Queixa nº 3007/06, decisão sobre admissibilidade.

⁴⁵ Queixa nº 10737/84, julgamento de 24 de Maio de 1988.

proibição foi a representação de cenas sexuais extremas, de entre as quais atos homossexuais e cenas de bestialidade. O Tribunal aceitou a visão das instâncias suíças de que os quadros eram impróprios para serem vistos pelo público, sobretudo quando não havia nenhum entrave à participação na exposição – nem limite de idade, nem pagamento de bilhete. Tão impróprias foram consideradas as representações que se ponderou a hipótese de destruição dos quadros, o que felizmente não foi avante, devido à opinião contrária de um crítico de arte. Ainda sem analisar a proibição de exibição numa exposição aberta ao público, o ato de confiscar os quadros e deles privar o seu autor, quanto mais destruí-los, parece aberrantemente desnecessário e violador dos seus direitos.

Recordamo-nos das palavras de um padre ortodoxo num caso grego, também contra uma exposição de arte: “A perversão pessoal de ninguém pode ser qualificada como arte.”⁴⁶ A verdade é que é praticamente impossível colocar limites à arte com base em avaliações (ou opiniões!) destas - definir o que é impróprio, “gratuitamente ofensivo” e até mesmo obsceno ou perverso é altamente subjetivo.

O Tribunal reconhece a falta de um conceito uniforme de “moral”, e a sua evolução rápida, especialmente na época moderna, mas volta a chamar à colação a ideia de que quem goza de direitos está adstrito a deveres e responsabilidades para declarar a não violação do art. 10º. Na opinião discordante do juiz SPIELMANN levanta-se a interessante questão: qual é a verdadeira necessidade de proibir estas expressões de criatividade artística, mesmo quando se possam considerar ofensivas ou repulsivas, na sociedade moderna?

Para nós este é o cerne da questão, a falha na necessidade da interferência por parte dos Estados. Infelizmente, o Tribunal continua a confiar na margem de apreciação dos Estados nestas matérias, em lugar de reconhecer que a limitação da expressão artística, sobretudo em nome da moral e da religião, deve permanecer a exceção.

As proibições são, na realidade, expressões de intolerância anti-democráticas. É que a caricatura, a sátira, o exagero, são formas de expressar uma determinada visão do

⁴⁶ Discurso de um padre ortodoxo como testemunha contra o curador de “Outlook”, uma exposição de arte contemporânea em Atenas, em 2006.

mundo – e essa visão pode ser muito pessoal, pode desagradar à maioria, mas não tem de ser proibida por esse motivo.

Como dizem CHRISTOPOULOS e DIMOULIS⁴⁷ com humor, quem ofende a religião pode bem ir parar ao inferno, mas não à prisão!

Há um caso interessante de 2007, VEREINIGUNG BILDENDER KUNSTLER c. Áustria⁴⁸, no qual o tribunal decidiu a favor do pintor Otto Muhl e da associação de artistas responsável pela exposição, Vereinigung Bildender Künstler Wiener Secession, ao declarar a violação do artigo 10º. Curiosamente, este é para nós um dos casos menos evidentes de violação do artigo 10º, pois havia efetivamente um direito que se opunha, que era o direito de um político à sua imagem e reputação. O pintor tinha criado uma grande tela a que atribuiu o nome “Apocalipse” onde eram visíveis mais de trinta figuras públicas, entre elas o requerente, o sr. Meischberger, despidos e a praticar atos sexuais explícitos uns com os outros (entre os quais, a própria Madre Teresa). O sr. Meischberger já tinha ocupado outros cargos de relevância política, em especial, o cargo de secretário-geral do FPO (Partido Liberdade da Áustria, de extrema-direita) e integrava à data dos factos a Assembleia Nacional. O pintor optou por representar de forma desproporcional e caricatural o corpo das pessoas visadas, mas serviu-se da colagem de fotografias que encontrou na imprensa para os rostos. Logo aqui parece colocar-se um problema de violação do art. 8º, o qual só foi reconhecido na opinião discordante conjunta dos juízes SPIELMAN e JEBENS... Parece que a violação do direito de imagem seria aqui causa suficiente para dar razão ao requerente, mas não o entendeu assim o Tribunal. Teria sido talvez a ocasião certa para falar dos “deveres e responsabilidades” que estão associados ao uso da liberdade de expressão, ponto que é mencionado no acórdão, mas logo deixado cair para se defender o direito à caricatura e à sátira. Seria muito bem-vinda esta defesa se o quadro em questão se limitasse a caricaturar, mas na verdade foi bem mais além. Quando o autor optou por representar de forma evidente uma série de figuras públicas, servindo-se inclusive de fotografias para os rostos, e as colocou em situações pouco dignas, tem que se aceitar que estas

⁴⁷ Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis, “Art can legitimately offend” in *Blasphemy, Insult and Hatred, Finding Answers in a Democratic Society*, Science and Technique of Democracy, no. 47, Council of Europe Publishing, March 2010, p. 83 SS.

⁴⁸ Vereinigung Bildender Künstler c. Áustria, queixa nº 68354/01, julgamento de 25 de Janeiro de 2007, versão final de 25/04/2007.

possam ver aí uma violação dos seus direitos – à imagem, à reputação. No entender dos juízes que votaram contra a violação do art. 10º, é a dignidade do requerente que é colocada em causa, e não parece exagerado. O argumento da maioria, de que uma figura política tem de ter mais tolerância face a representações desfavoráveis, é válido apenas até certo ponto – pensamos que o quadro em questão ultrapassava aquilo que seria válido como crítica política, para entrar num domínio em que o único propósito era o de ridicularizar os infelizes participantes.

2.1 Um direito a não ser ofendido nas convicções religiosas?

Desde Otto-Preminger que o Tribunal de Estrasburgo pareceu defender a ideia de que existe um direito a se ser protegido de formas de expressão consideradas ofensivas dos sentimentos religiosos. Num documento disponível no próprio site do Tribunal⁴⁹, a questão da existência do direito a não se ser ofendido é colocada explicitamente, e a resposta é dada na afirmativa, com a seguinte explicação: “a forma pela qual as convicções ou doutrinas religiosas são negadas é uma questão que pode envolver a responsabilidade do Estado, nomeadamente a sua responsabilidade em assegurar o gozo pacífico dos direitos garantidos ao abrigo do artigo 9º.”

Parece tratar-se de uma afirmação contraditória com a ideia também mantida pelo Tribunal de que a liberdade de expressão protegida pelo artigo 10º inclui o direito a chocar e a exprimir opiniões que podem ser consideradas desagradáveis. Mais, parece contradizer o próprio artigo 9º, que protege o direito à descrença.

Questionamos de onde se retira o direito à não ofensa das convicções religiosas. Lendo a opinião discordante dos juízes PALM, PEKKANEN E MAKARCZYK em Otto-Preminger, fica-se com a convicção de que um tal direito não se infere do art. 9º: “A Convenção não garante, nos seus termos, um direito à proteção de sentimentos religiosos. Mais, um tal direito não se pode extrair do direito à liberdade religiosa, que

⁴⁹ Research Division, “Overview of the Court’s case-law on freedom of religion”. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_ENG.pdf (última consulta realizada a 21/09/2015).

na verdade **inclui o direito a expressar uma visão crítica das opiniões religiosas dos outros**".

O Tribunal parece assumir que a liberdade de expressão de uns, quando exercida de forma a poder constituir uma ofensa, vai **necessariamente** colocar em causa o núcleo do direito à liberdade religiosa de outras pessoas. Ora, vimos em casos como *Otto-Preminger* ou *Wingrove* que não é isso que se passa.

O critério da ofensa não basta para concluir por uma violação do artigo 9º, é necessário um critério muito mais exigente – é necessário que o direito a ter ou a exercer uma religião tenha sido **efetivamente posto em causa**. TEMPERMAN chama a atenção para o salto lógico que pode estar em causa entre reconhecer que algo pode ser tido como insultuoso por um determinado grupo religioso e concluir que há direitos, desse mesmo grupo, que estão efetivamente a ser postos em causa⁵⁰.

Há que questionar também por que é que a religião merece uma atenção tão especial da parte do Estado e dos tribunais, enquanto que ofensas de outro tipo não têm o mesmo mérito. Podemos dizer que é neste campo que as sensibilidades são maiores, e até que, infelizmente, a experiência mostra que é neste domínio que as pessoas tendem a reagir mais violentamente. É verdade que o Estado tem uma obrigação de assegurar a manutenção da paz, e aceita-se o argumento de que deve prevenir acções que a possam colocar em risco – mas então é a prevenção da desordem e da violência a justificação para a restrição da liberdade de expressão, e já não os direitos dos outros.

Assumir que a liberdade religiosa só se garante através de um direito à não ofensa, não só parece errado, como irrealista. Pensar que na sociedade moderna podemos esperar não ofender sistemas de valores, doutrinas, religiões, e manter a liberdade, não é razoável. **A preocupação do Direito deve ser a de proibir a ofensa a pessoas determinadas, e não a crítica a doutrinas**. Quando o discurso passa a constituir um incentivo à violência, à discriminação ou ao ódio, aí e por esse motivo, deviam começar as restrições. Se o Tribunal adotasse esta linha de pensamento, os casos de verdadeiro conflito entre os artigos 9º e 10º seriam muito mais raros.

⁵⁰ Jeroen Temperman, *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech*, *Brigham Young University of Law Review*, 2011, p. 735.

2.2. A blasfémia.

Há uma longa tradição de leis contra a blasfémia no continente europeu, historicamente protegendo a conceção religiosa maioritária.

Segundo o dicionário Oxford, blasfémia é a ação ou ofensa de falar com sacrilégio de Deus ou de coisas sagradas; o discurso profano. De acordo com o extenso relatório da Comissão de Veneza⁵¹, é a ofensa de insultar ou mostrar desprezo ou falta de reverência por Deus e, por associação, em relação a tudo o que é considerado sagrado.

Este relatório surgiu no contexto de um levantamento da legislação dos vários Estados-membros nesta matéria, requerido pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Com efeito, a Assembleia Parlamentar levantou, na Resolução 1510 (2006), sobre Liberdade de expressão e respeito por crença religiosas⁵², a questão que justamente nos colocamos: deve a liberdade de expressão ser limitada em função do respeito pelas sensibilidades religiosas? A resposta foi no sentido de que não há que aumentar restrições ao discurso para acomodar maiores sensibilidades, mas tão-só quando entramos na categoria de discurso do ódio. É este tipo de discurso, que é indiscutivelmente contra a CEDH.

Mas o relatório da Comissão não deixa de usar critérios de Otto-Preminger, ao afirmar que, para manter a paz, os Estados têm de evitar expressões gratuitamente ofensivas que não contribuam para o progresso social. Trata-se mesmo de uma obrigação positiva dos Estados, quando estejam em causa, essencialmente, duas das motivações possíveis decorrentes do 10º nº 2: a proteção da reputação dos outros e a proteção da ordem e segurança públicas.

Quanto à representação provocante de objetos de culto ou veneração, ou aos ataques a princípios e dogmas, é necessário atender ao contexto: em certas circunstâncias, diz-se, este uso da liberdade de expressão pode constituir uma “violação maliciosa do espírito

⁵¹ Relatório sobre blasfémia, insulto e ódio, adotado pela Comissão na sua 76ª Sessão, 17-18 de Outubro de 2008.

⁵² Adotada pela Assembleia Parlamentar a 28 de Junho de 2006.

de tolerância” democrático.

Explica o juiz do TEDH LÓPEZ GUERRA,⁵³ que a blasfémia e o insulto religioso podem ter dois tipos de repercussão distinta: a ofensa sentida pelos crentes, semelhante a qualquer outra forma de injúria ou difamação, e a inibição do exercício do seu direito de liberdade religiosa, sempre que a ofensa seja suficientemente grave que crie um clima de intolerância geral. Uma não se confunde com a outra numa perspectiva de direitos humanos: “no primeiro caso, a questão seria determinar os limites aceitáveis que podem ser colocados à liberdade de expressão para proteger sentimentos religiosos legítimos, de pessoas ou grupos; no segundo caso, a questão é como resolver a colisão entre as duas liberdades pessoais básicas. Ou seja, aquela envolve determinar os limites de um direito, esta diz respeito a um conflito entre direitos.” O primeiro tipo de repercussão não pode ter a proteção que tem o segundo, e no entanto é aquele que se verifica maioritariamente: o insulto não é suficiente para obstar à prática religiosa de uma comunidade.

A grande objeção à penalização da blasfémia e de insultos à religião, é de que não se trata de proteger pessoas e os seus direitos, o único fim válido do ponto de vista do Direito, mas de proteger o sagrado em si mesmo. É a proteção da própria religião a finalidade da condenação da blasfémia – aceitar transpor esta proibição do mundo das religiões a que pertence para o mundo do Direito, não faz já qualquer sentido nos dias de hoje. Neste sentido vai também a opinião de TEMPERMAN⁵⁴, ao explicar que se desloca o ênfase da proteção dos direitos dos indivíduos, onde pertence, e introduzem-se novas razões para restringir direitos humanos que não devem ser reconhecidas pelo direito internacional dos direitos humanos, por tornarem possível o abuso dos governos.

Hoje em dia a blasfémia é um ilícito apenas numa minoria de estados membros do Conselho da Europa e são raras as condenações. Mas a sua criminalização, nos países nos quais ela ainda existe, será compatível com a Convenção Europeia dos Direitos do

⁵³ Blasphemy and religious insult: offenses to religious feelings or attacks on freedom? *In* Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights, Council of Europe Publishing, September 2012, p. 305 SS.

⁵⁴ Jeroen Temperman, Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralistic Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech, 2011, p. 730.

Homem? Repetidamente o Tribunal Europeu tem considerado que esta opção cai dentro da margem de apreciação dos Estados.

Encontramos uma Europa a duas velocidades: mais progressista, o Conselho da Europa tem vindo a emitir deliberações no sentido de rejeitar a ilegalidade da blasfémia e de incentivar os Estados a terminarem com a previsão de consequências criminais para a mesma, com a exceção do discurso do ódio (e mesmo aqui com respeito pelo princípio da proporcionalidade na sua mais estrita aceção).

O relatório da Comissão de Veneza acima mencionado não deixa de se pronunciar sobre as maiores sensibilidades da população muçulmana, aceitando, na prática, uma maior margem de ação das autoridades no que toca a restringir os direitos de membros da população não muçulmana: “Algumas pessoas mostraram-se sem dúvida uma sensibilidade maior e reagiram com violência à crítica à sua religião. A Comissão aceita que, no curto prazo, estas sensibilidades possam ser tidas em conta pelas autoridades nacionais quando, para protegerem os direitos de outros e manterem a ordem e a paz, tiverem que decidir se uma restrição à liberdade de expressão deve ser imposta ou implementada.”

Apesar desta cedência, logo no parágrafo seguinte se vem defender que a Europa não pode ficar refém da sensibilidade exarcebada e propensão para a violência de alguns grupos... É notório, ao longo de todo o trabalho da Comissão, a dificuldade em encontrar uma conciliação satisfatória entre os dois direitos.

3. O DISCURSO DO ÓDIO COMO GRANDE LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1. Conceito.

Não há uma definição universalmente aceite para discurso do ódio. A Recomendação nº R (1997) 20 do Comité de Ministros do Conselho da Europa⁵⁵ explica da seguinte forma o conceito: “a expressão “discurso do ódio” deve ser entendida como cobrindo todas as formas de expressão que espalhem, incitem, promovam ou justifiquem o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo: intolerância através de expressões de nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, imigrantes e descendentes de imigrantes.”

Apesar de privilegiar o uso de conceitos autónomos próprios⁵⁶, e uma cuidada avaliação casuística, o TEDH faz uso desta definição⁵⁷, chamando a atenção para a inclusão do discurso do ódio por motivos religiosos. O Tribunal é claro na afirmação de que o discurso do ódio é absolutamente contra os princípios inerentes à Convenção.

O relativo desprendimento do juiz europeu face a conceitos rígidos tem permitido ao Tribunal rejeitar por vezes a qualificação feita pelos juízes nacionais. No mencionado caso *Gunduz c. Turquia*, o Tribunal discordou do enquadramento do discurso do Sr. Gunduz como discurso do ódio. Para tal, apoiou-se no contexto em que as palavras tinham sido proferidas, um programa televisivo. Era sabido tratar-se de um programa de debate, e de resto a opinião pública turca já estava alerta acerca da visão fundamentalista do grupo religioso representado pelo Sr. Gunduz. O apresentador fez o enquadramento da questão e foram ouvidas opiniões distintas, tanto por parte de outros participantes como através da participação do público. Além disto, o Tribunal valorizou a favor do requerente tratar-se de uma emissão em direto, o que não lhe deixou a opção de reformular os seus comentários.

É verdade que não houve nenhum apelo à violência, e apesar de o requerente ter defendido a aplicação da sharia, a lei islâmica, que é contrária às democracias e aos direitos humanos, ele não incitou a nenhuma tomada de ação nesse sentido – mas será

⁵⁵ Recomendação sobre o Discurso do Ódio do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adotada a 30 de Outubro de 1997, na 607ª reunião.

⁵⁶ Os termos legais que poderiam ser associados a conceitos com a mesma denominação pertencentes aos vários ordenamentos jurídicos são frequentemente alvo de interpretação própria pelo Tribunal.

⁵⁷ *Gunduz...* §40

que o Tribunal se devia ter bastado com este facto para concluir não tratar-se de discurso do ódio? Foi isso que decidiu a maioria, justificando: “O requerente [...] declarou que o regime baseado na sharia seria estabelecido não pela coação, força ou armas, mas convencendo e persuadindo as pessoas.”⁵⁸ Mas este ponto não é isento de controvérsia. Num mais recente caso sobre liberdade de associação⁵⁹, a dissolução do partido islâmico “Refah Partisi” foi apoiada pelo Tribunal porque o propósito dos seus membros era instalar a sharia na Turquia. Aqui o Tribunal não hesitou em ir mais longe e declarar, no parágrafo 123º da decisão, que “a sharia é incompatível com a democracia”...

Mas ainda que se pudesse concluir que as declarações do sr. Gunduz acerca da democracia e da sharia não eram suficientes para sustentar a sua condenação, não parece que o mesmo se possa dizer de todo o conteúdo do seu discurso. O sr. Gunduz disse ainda que as pessoas nascidas de um casamento civil são bastardos, usando um termo muito insultuoso, “*piç*”. Porque não considerou o Tribunal esta afirmação mais relevante? Os juízes não aprovaram o uso da palavra, mas também não a censuraram. Felizmente, temos a opinião discordante da Juíza TURMEN, a chamar a atenção para o apelo à discriminação verificado: “a palavra *piç*, usada tal como o requerente o fez, constitui claramente discurso do ódio baseado na intolerância religiosa. O discurso do ódio, tanto a níveis nacionais como internacionais, compreende não só o ódio racial mas também o incitamento ao ódio por motivos religiosos ou outras formas de ódio baseadas na intolerância.” “O discurso do ódio não é merecedor de proteção. Não contribui nada para um debate público com sentido e por isso não há razão para pensar que a sua regulação fere de forma alguma os valores que suportam a liberdade de expressão”.

O caso Gunduz podia assim ser encarado, na nossa opinião, como um exemplo de discurso do ódio em função da religião, porque apesar de não estar presente o incentivo à violência, está presente o incentivo à discriminação.

Naturalmente, há vários fatores a ter em conta quando se procura determinar se estamos

⁵⁸ Gunduz... §50

⁵⁹ Refah Partisi e Outros c. Turquia, queixas nºs 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, julgamento de 13 de Fevereiro de 2013.

perante discurso do ódio - o género de expressão: se o discurso é político, se é expressão artística, se é um comentário jornalístico; o modo de difusão: televisão, rádio, imprensa escrita, cinema, panfletos, exposição à porta aberta ou fechada; audiência: se o público foi confrontado com a informação ou optou por tomar dela conhecimento, se a mensagem visava um público adequado, etc).

WEBBER⁶⁰ reconhece a dificuldade em definir critérios identificadores do discurso do ódio, e acaba por enumerar apenas aqueles que constam do Protocolo Adicional à Convenção sobre Cibercrime⁶¹ - no entanto, podemos retirar daí ideias valiosas, com as devidas adaptações, isto é, abstraindo-nos do meio típico que seria o uso da informática: “distribuir ou tornar disponível material racista e xenófobo”, “ameaçar cometer um crime grave segundo definido pela lei nacional, em razão da pertença de alguém a um grupo, raça, origem étnica ou religião”, “insultar publicamente pessoas por pertença a um grupo identificado pela raça, origem étnica ou religião”, “distribuir ou tornar disponível material que nega, minimiza seriamente, aprova ou justifica atos que constituam genocídio ou crimes contra a humanidade”.

Não existe democracia onde não seja possível debater livremente ideias, mesmo as antidemocráticas, e é por isso que qualquer forma de censura tem de ser estritamente necessária e devidamente justificada, sob pena de cairmos numa repressão de ideias impopulares, que é como quem diz, minoritárias – uma negação da própria democracia que se quer preservar. Mas a justificação para a proibição do discurso do ódio baseia-se na teoria do **paradoxo da tolerância**. Um sistema absolutamente tolerante levaria à aceitação de ideias que conduziriam à intolerância. Escreveu Karl Popper⁶²: “A tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos uma tolerância ilimitada até para aqueles que são intolerantes, se não estamos preparados para defender uma sociedade tolerante contra o ataque dos intolerantes, então os tolerantes serão destruídos, e a tolerância com eles.”

⁶⁰ Anne Webber, *in* Manual on Hate Speech, p. 21 SS.

⁶¹ Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, adotado a 28 de Janeiro de 2008, em vigor desde 1 de Março de 2006.

⁶² Karl Popper, “The Open Society and Its Enemies”, 1945.

Numa matéria onde é difícil traçar fronteiras entre o permitido e o proibido, o combate ao discurso do ódio tem sido uma opção clara do Conselho da Europa, e do Tribunal. Existe uma verdadeira obrigação dos Estados de legislar contra este tipo de discurso, e de encontrar soluções para conflitos entre liberdade de expressão e direitos dos outros. A esta conclusão se chega pela leitura da mencionada recomendação, cujo princípio n.º 2 dispõe: “Os governos dos Estados membros devem estabelecer ou manter uma sólida legislação que consista em disposições de direito civil, penal e administrativo sobre discurso do ódio, de forma a permitir às autoridades administrativas e judiciais conciliar em cada caso o respeito pela liberdade de expressão e o respeito pela dignidade humana e a proteção da reputação e direitos dos outros.”

Muito importante é também a recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, sobre blasfémia, insultos religiosos e discurso do ódio contra pessoas com base na sua religião⁶³. Também esta estabelece a fronteira do inaceitável no discurso do ódio. A liberdade de expressão traz consigo responsabilidades, e as formas de discurso que demonstram menos respeito para com os outros merecem de forma geral menos tutela do Direito. Mas o que deve ser proibido é o discurso do ódio, verdadeiro crime, e não uma qualquer ofensa às convicções dos outros.

3.2. O artigo 20º do PIDCP e o artigo 17º da CEDH

Qual o fundamento legal de onde o Tribunal retira a proibição do discurso do ódio? Se na aplicação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos o Comité para os Direitos do Homem aplica o n.º 2 do artigo 20º para fundamentar a proibição deste tipo de discurso, em vão procuraremos encontrar uma disposição equivalente na CEDH⁶⁴:

⁶³ Recomendação 1805(2007), adotada a 29 de Junho de 2007.

⁶⁴ O PIDCP é o único instrumento de direito internacional com carácter universal que aborda diretamente a questão do discurso do ódio. A nível regional, só a Convenção Americana sobre os Direitos do Homem de 1969, no art. 13º § 5.

Artigo 20º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

“1. Toda a propaganda em favor da guerra deve ser interdita pela lei.

2. Toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estará proibida por lei.”

Esta disposição assume uma formulação negativa, que é a proibição dirigida aos Estados, mas nela o Comité lê também uma formulação positiva, consistindo no direito individual de não se ser vítima desse tipo de discurso.

O TEDH tem de percorrer outro caminho. Na verdade, tem-se socorrido de dois possíveis: o artigo 10º nº 2 e o artigo 17º.

A primeira via consiste em ler nas restrições do nº 2 do artigo 10º uma proibição do discurso do ódio, nomeadamente onde o texto refere a proteção dos direitos dos outros.

Outra consiste em socorrer-se da doutrina do abuso de direito, do artigo 17º:

“Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.”

O art. 17º é uma espécie de válvula de escape do sistema, porque permite ao Tribunal rejeitar logo uma queixa declarando-a inadmissível em razão da matéria. Citando OETHEMEIER, o objetivo é: “retirar as garantias da Convenção àqueles que invocam os direitos nela consagrados com o propósito de pôr em causa os seus valores”.⁶⁵

⁶⁵ M. Oethmeier, “La cour européenne des droits de l’homme face au discours de haine”, Rev. Trim. DH, 2007, p. 66.

O artigo 17º surgiu pela primeira vez na jurisprudência do Tribunal numa decisão que data de 1957, Partido Comunista Alemão (KPD) c. República Federal da Alemanha⁶⁶. Neste, o Tribunal afirma que ideologias totalitárias tais como o comunismo ou o fascismo são contrários aos direitos humanos e por isso incompatíveis com a Convenção. Desde então, o Tribunal tem vindo a alargar o seu âmbito de aplicação para julgar não merecedor de tutela o conteúdo de expressões de apoio a ideologias antidemocráticas, discriminatórias e de incitamento ao ódio ou à violência.

Em relação ao incitamento à violência, o anterior juiz maltês do TEDH Giovanni BONELLO⁶⁷ defende que deveria criar-se a distinção entre incitamento perigoso e incitamento não perigoso – isto é, seguir a linha da doutrina norte-americana do “clear and present danger”. Trata-se de uma doutrina criada pelo juiz do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, Justice Oliver Wendell Holmes, em 1919. Exige-se o requisito do “perigo claro e atual” para justificar restrições à liberdade de expressão: “A questão em cada caso é se as palavras foram usadas de tal forma e sejam de tal natureza que criem um perigo claro e atual [...] que se deva prevenir.”⁶⁸

Bonello defende que é preciso cuidado com o que pode ser uma criminalização antecipatória, isto é, podemos estar a criminalizar não um real incitamento à violência, efetivo, mas o potencial abstrato de um discurso para incentivar à violência. Bonello escreve “as palavras em si mesmas são inofensivas.” Permitimo-nos discordar. Não é afinal porque as palavras não são em si inócuas que se justifica este estudo? Socorremo-nos aqui de um texto no qual TULKENS⁶⁹ descreve a posição de Édouard Delruelle nesta matéria (com o título muito apropriado “when to say is to do”). À pergunta “como é que é possível que em democracia se proibam palavras [em vez de atos]?” estes dois autores respondem com uma simplicidade desarmante: o discurso do ódio não é apenas a expressão de uma opinião, é já um agir, e um agir contra a democracia.

⁶⁶ Partido Comunista Alemão c. República Federal da Alemanha, queixa nº 250/57, decisão sobre admissibilidade de 20 de Julho de 1957.

⁶⁷ Giovanni Bonello, *Freedom of Expression and Incitement to Violence*, p. 349 SS.

⁶⁸ Schenck c. Estados Unidos da América, 1919.

⁶⁹ Françoise Tulkens, vice-presidente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights”, in *Freedom of Expression, Essays in Honor of Sir Nicolas Bratza*.

O primeiro acórdão no qual o Tribunal rejeitou uma queixa de violação da liberdade de expressão com base no artigo 17º foi num caso de negação do Holocausto, *GARAUDY c. França*,⁷⁰ no qual se discutia a publicação de um livro intitulado “The founding myths of Israeli politics”. O caso foi declarado inadmissível por contrário aos valores e princípios da Convenção, por via deste artigo.

A negação do Holocausto é reiteradamente considerada uma forma de discurso do ódio. Atente-se ao § 1 da fundamentação de direito: “A negação de crimes contra a Humanidade é uma das mais sérias formas de difamação racial dos Judeus e de incitamento ao ódio. A negação ou revisão deste tipo de facto histórico mina os valores sobre os quais assentam o combate ao racismo e ao antissemitismo e constitui uma séria ameaça à ordem pública. [...] Os seus autores têm, indubitavelmente, propósitos que caem nas categorias de finalidades proibidas pelo artigo 17º da Convenção.”

3.3. O discurso do ódio religioso.

A primeira vez que o artigo 17º foi invocado para negar o direito à liberdade de expressão em favor da liberdade religiosa foi no caso *NORWOOD c. Reino Unido*⁷¹. O requerente tinha colocado na sua janela, virado para a rua, um cartaz fornecido pelo British National Party, do qual o próprio fazia parte. No cartaz figuravam as torres gémeas do Wall Trade Centre em chamas momentos após os atentados de 11 de Setembro, juntamente com o símbolo do crescente e estrela riscado por um sinal de proibição. Podiam ainda ler-se as palavras “Islão fora do Reino Unido. Proteger o Povo Britânico.” Depois de recebida uma queixa, a polícia apreendeu o cartaz e o sr. Norwood foi posteriormente acusado de hostilidade contra um grupo, na forma agravada por tratar-se de um grupo religioso. Ao defender-se em Estrasburgo alegou, entre outros argumentos, que o Tribunal reconhecia na sua jurisprudência que a liberdade de expressão abrangia o discurso polémico, inconveniente, herético e provocatório, desde que não constituísse incentivo à violência. Só que na perspetiva

⁷⁰ Queixa nº 65831/01, julgamento de 24 de Junho de 2003.

⁷¹ Queixa nº 23131/03, declaração de inadmissibilidade.

do Tribunal, o cartaz representava efetivamente um incentivo à violência – não se tratava de um ataque direcionado a um Islão extremo, como pretendeu o requerente, mas um ataque a todos os muçulmanos no Reino Unido, aliando-se os conceitos de muçulmano e terrorista.

A proteção do artigo 10º foi negada através da utilização do 17º, que permite um juízo antecipado, numa fase preliminar, que é a decisão sobre a admissibilidade, ou neste caso, sobre a inadmissibilidade por incompatibilidade *ratione materiae* com as disposições da Convenção.

Este artigo é por vezes referido como uma disposição “guilhotina” porque o Tribunal socorre-se dele apenas para excluir os casos mais graves, sem sequer prosseguir ao balanço dos interesses em causa, recorrendo ao artigo 10º nº 2 sempre que haja alguma margem para ponderação, na fase de apreciação do mérito da causa, que é o que sucede na maioria dos casos. Isto porque: “Ideias extremas podem muito bem tornar a queixa inadmissível, mas como parte da liberdade de expressão elas merecem pelo menos algum escrutínio quanto ao seu conteúdo.”

CONCLUSÃO

Em sociedades multiculturais, é muitas vezes necessário reconciliar a liberdade de expressão com outros direitos, tal como liberdade de religião e direito a não ser alvo de discriminação. Esta conciliação pode ser difícil porque são todos direitos fundamentais.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é bastante generoso na avaliação dos requisitos necessários que justificam limitações à liberdade de expressão por parte dos Estados. Além de lhes conceder uma margem de apreciação para avaliação da necessidade da medida, reconhece que esta pode ser particularmente ampla quando o tópico é a religião.

Ao longo deste trabalho procurámos defender que as religiões não merecem, enquanto tal, uma proteção especial, como pretendem leis datadas contra a blasfémia, e que quando invocamos os “direitos dos outros” é preciso provar que um direito foi efetivamente lesado. Na nossa opinião, o critério da “ofensa gratuita que não contribui para o progresso” é insuficiente, e até desadequado. É necessário averiguar se houve um direito efetivamente prejudicado pelo exercício da liberdade de expressão, e em que medida. Critérios como a intenção do autor, o modo de expressão, a forma de divulgação e o público-alvo devem assistir os juízes de Estrasburgo quando avaliam possíveis situações de conflito entre os artigos 9º e 10º.

É também vital que o terceiro critério do artigo 10º - o teste da necessidade da medida restritiva – seja alvo de uma avaliação mais rigorosa, mais de acordo com os princípios teóricos defendidos pelo próprio Tribunal, para que haja uma evolução jurisprudencial no sentido defendido por nós e também por alguns dos juízes do Tribunal.

Na esteira das Recomendações do Conselho da Europa, concluímos com a convicção de que o verdadeiro grande limite à liberdade de expressão deve ser a proibição do discurso do ódio, incitador da violência e da discriminação - esse sim absolutamente contrário aos valores e princípios inerentes à Convenção.

BIBLIOGRAFIA

BONELLO, Giovanni, “Freedom of Expression and Incitement to Violence” *in* Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights, Council of Europe Publishing, September 2012.

CHRISTOPOULOS, Dimitris e **DIMOULIS**, Dimitri, “Art can legitimately offend” *in* Science and Technique of Democracy nº 47, Blasphemy, Insult and Hatred, Finding Answers in a democratic society, Council of Europe Publishing, March 2010.

FLAUSS, Jean-François, The European Court of Human Rights and Freedom of Expression, *Indiana Law Journal*, vol. 84, art. 3, Summer 2009.

GOMIEN, Donna, Short Guide to the European Convention on Human Rights, 3rd Ed, 2005, Council of Europe Publishing.

GUERRA, Luiz López, “Blasphemy and Insult: offenses to religious feelings or attacks on freedom?” *in* Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights, Council of Europe Publishing, September 2012.

HARRIS, O’BOYLE & WARBRICK, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2014, 3rd edition.

LETSAS, George, “Is there a Right not to be Offended in One’s Religious Beliefs?” June 1, 2009. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1500291>

MACOVEI, Monica, Freedom of Expression, A guide to the implementation of Article 10 of the European Court of Human Rights, Human Rights Handbooks no. 2, Council of Europe, 2nd ed., January 2004.

OETHEMEIER, M., “LA Cour Européenne des droits de l’homme face au discours de l’haine”, *Rev. Trim, DH.*, 2007, p. 66.

REID, KAREN, “Words in the Workplace”, *in* Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights, Council of Europe Publishing, September 2012.

ROSENBERG, Michelle, “Drawing Outside the Lines: The European Court of Human Rights’ Interpretative Limitation of the Freedom of Artistic Expression and the Role of Religion”, 19 *Southwestern Journal of International Law* 207, 2012

TEMPERMAN, Jeroen, Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralistic Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech, *Bringham Young University Law Review* 2011, issue 3, article 7.

VENICE CONVENTION, Report on Blasphemy, Insult and Hatred adopted at its 76th Plenary Session (Venice, 17-18 October 2008), *in* Science and Technique of Democracy n° 47, Blasphemy, Insult and Hatred, Finding Answers in a democratic society, Council of Europe Publishing, March 2010.

VESPAZIANI, Alberto, “Teaching of religion and margin of appreciation – the reluctant liberalism of the Strasbourg Court” *in* Giorgio Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law – An Italian Perspective*, Intersentia.

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS	4
INTRODUÇÃO	5
1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	6
1.1. Evolução histórica.....	6

1.2. O artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.....	8
1.3. O conteúdo da liberdade de expressão.....	10
1.4. A inclusão de “deveres e responsabilidades” e a comparação com os artigos 8º, 9º e 11º.....	13
1.5. Os limites do artigo 10º nº 2.....	14
1.6. A doutrina da margem de apreciação.....	18
2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RELIGIÃO.....	22
2.1. O artigo 9º da CEDH.....	22
2.2. Conflitos entre os artigos 9º e 10º.....	25
2.2.1. A expressão artística.....	30
2.1 Um direito a não ser ofendido nas convicções religiosas?	34
2.2. A blasfémia.....	36
3. O DISCURSO DO ÓDIO COMO GRANDE LIMITE À LIBERDADE DE	
EXPRESSÃO	38
3.1. Conceito.....	38
3.2. O artigo 20º do PIDCP e o artigo 17º da CEDH	42
3.3. O discurso do ódio religioso.....	45
CONCLUSÃO.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	47

ÍNDICE..... **49**