

Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio

Abreviaturas utilizadas:

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Caras e caros colegas

1 - Introdução

Este é um tema com variados campos de análise, designadamente político, sociológico e filosófico, mas também jurídico.

No campo jurídico e em territórios próximos do nosso direito criminal terá reflexos quase imediatos no Direito da Regulação e Contra-Ordenacional. Esses serão campos que não abordarei!

O relevo nas redes sociais, quer na vertente de defesa da liberdade de expressão, mas também – reflexos do tempo – de militantismo da polícia do pensamento, é território próximo e de extremo melindre de que nós, magistrados portugueses, também podemos ser vítimas, mas que aqui surge como irrelevante.

Por isso e pelo tempo disponível que me vá limitar aos aspectos de análise jurídica do tema no ramo do crime e apenas na vertente “discurso de ódio”, excluindo os “crimes de ódio” e os “crimes de discriminação”.

Questões que pretendo abordar:

- a liberdade de expressão;
- o “*Hate Speech*” e os principais instrumentos legais de que dispomos para o enquadrar;
- e como se relacionam estes dois conceitos.

Os únicos elementos de que nos devemos servir são os normativos convencionais, quer universais, quer europeus, a “*Hard Law*”, digamos. O que não impede uma vista de olhos pelos

instrumentos de “quase direito”, a que se chama habitualmente de *soft law* ou *mollis legis* que nos ajudam a iluminar as intenções políticas e a escassez legislativa. Sempre com a noção presente que **“soft law” não é lei, mas que pretende arrogar-se o ser direito sem sanção legal, aqui a ser substituída pela sanção opinativa!**

E, de extremo e óbvio relevo, que **interpretação e aplicação da lei nos tribunais não é política prática, nem ideologia.**

Depois, convém ter bem presente que o excesso de *soft law* é – nos dias que correm – a demonstração da inúmera actividade política de origens várias que se move nos corredores das sedes de poder legislativo nacional, comunitário e convencional com o declarado intuito de transformar uma particular *soft law* na *hard law* para todos.

Se isto parece um campo minado de incertezas havemos de procurar refúgio em campos de análise bem estruturados e bem densificados ao longo dos anos, como é o caso da liberdade de expressão assente na CEDH e na Constituição da República portuguesa, com o precioso contributo do TEDH. De outra banda, escassas definições legais e muito voluntarismo a fazer face a novos fenómenos sociológicos não devem afastar-nos de uma rigorosa metodologia de análise.

E um dos problemas sociológicos – e político - de monta que nos aflige é o apelo aos magistrados para que esqueçam a razão e as razões e se cinjam à sensibilidade, aos sentimentos, ao politicamente correcto, à influência dos media e das redes sociais, caminho que pessoalmente recuso.

Iniciemos a abordagem pela análise muito sucinta da

2 – Habitual Jurisprudência do TEDH sobre liberdade de expressão

De forma ultra sucinta para economia de tempo aqui fica um resumo pessoal sobre a jurisprudência da TEDH:

- A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais vigora na ordem jurídica portuguesa com valor infra-constitucional, isto é, com valor superior ao direito ordinário português - Artigo 8.º - (Direito internacional) da CRP.

- A Convenção faz uma clara opção na definição da maior relevância do valor “liberdade de expressão” sobre o valor “honra”.

- O art.º. 10.º da Convenção é um pilar, não apenas de reconhecimento de direitos individuais, mas muito mais relevantemente de reconhecer que há direitos individuais que são o cimento de um determinado tipo de sociedade, a sociedade democrática, juridicamente Estado de Direito. – acórdão *Sunday Times*, 26-04-1979, § 65.

- Embora a liberdade de expressão possa ser sujeita a exceções, “elas devem ser restritamente (*narrowly*) interpretadas” e a “necessidade de quaisquer restrições devem ser convincentemente estabelecidas”. – acórdão *Observer and Guardian v. UK*, § 59, 1991.

- Quando o dissídio se situa em questões de interesse geral e com laivos de se inserir na vida política, “pouco espaço há para as restrições à liberdade de expressão”. - acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Wingrove c. Reino Unido*, §58, 1957.

Coloquemos então as duas questões centrais:

- O “discurso de ódio” altera esta jurisprudência?
- Qual o significado de “discurso de ódio”?

Passemos a uma brevíssima referência aos instrumentos de *soft law* internacional mais relevantes

3 - O *Hate Speech*, tal como visto na *Soft Law*

O *Hate Speech* segundo o Dicionário Oxford consiste numa “*comunicação verbal ou não verbal que envolve hostilidade dirigida a particulares grupos sociais, frequentemente com base na raça, e etnicidade (racismo, xenofobia, anti-Semitismo, etc.) género (sexismo, misoginia e porque não a misandria?), orientação sexual (homofobia, transfobia), idade (envelhecimento), incapacidade.*”

A definição é ilustrativa e nada mais. É demasiado ampla para servir como critério jurídico. A imensidade de textos de *soft law* sobre o tema reconduz-nos – e porque esta é uma exposição jurídica e não política – a reduzir os textos ao mínimo edível. Assim referimos apenas material incontornável e de fácil acesso como instrumento de trabalho ilustrativo e ainda não jurídico:

A nível internacional temos vários instrumentos de *soft law* que podem ser considerados na aproximação ao tema. Serão os mais relevantes:

- o “*General comment n° 34, Freedoms of opinion and expression*” do «*Human Rights Committee on Article 19, ICCPR*» (2012); ¹

- o “*Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*” (2011), contido no «*Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred.*» ²

¹ - <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>

² - https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf

- o recente – Setembro de 2020 - Segundo Plano Estratégico das Nações Unidas, designado “United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech - Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presences.”³

Os dois primeiros são claramente instrumentos políticos que nenhum aspecto concreto nos leva a apreciar com mais detalhe. O mesmo não ocorre com o terceiro que merece uma breve abordagem adiante.

Antes disso façamos outra breve referência à *Soft Law* Europa – onde tudo é “Discurso de Ódio”.

A nível da União Europeia o material disponível é muito mais numeroso, não encerra apenas considerações sociológicas e políticas, mas demonstra uma intenção regulatória imediata, restritiva.

- Recomendação nº R (97) 20 do Comitê de Ministros sobre “Discurso de Ódio” (do Conselho da Europa, adoptada em 30 de Outubro de 1997).

- O ECRI (European Commission against Racism and Intolerance) com a sua Recomendação Geral nº 15 sobre “Discurso de Ódio”, adoptada em 8 de Dezembro de 2015. Esta entidade emitiu variadíssimas recomendações sectoriais sobre os mais variados temas que podem ser analisados no seu site.

- O Código de Condutas sobre o Hate Speech on line - Com o objectivo de prevenir e contrariar a expansão do *Hate Speech* a União Europeia assinou em Maio de 2016 um acordo com as maiores IT Companies (“*Information Technologies Companies*”), Facebook, Microsoft, Twitter e You Tube um “Código de Conduta para a luta contra os discursos ilegais de incitação ao ódio em linha”. A estas empresas juntaram-se o Instagram, Snapchat e DailyMotion. Em 2019 juntou-se a Jeuxvideo.co e o Tik-Toc anunciou a sua adesão em Setembro de 2020.

Quanto ao Código de Condutas sobre o Hate Speech *on line* é imperativo esclarecer que visa essencialmente estes dois objectivos:

- “promover e facilitar a liberdade de expressão em todo o mundo em linha”;
- as empresas de TI partilham igualmente o compromisso da Comissão Europeia e dos Estados-Membros da UE de combater os discursos ilegais de incitação ao ódio em linha”.

O Código de Conduta estabelece depois um procedimento de controlo, retirada de conteúdos que incitem ao ódio que, no essencial assentam nas seguintes regras:

³- <https://www.un.org/en/genocideprevention/hate-speech-strategy.shtml>

As empresas de TI dispõem de procedimentos claros e eficazes para examinar as notificações relativas aos discursos ilegais de incitação ao ódio difundidos através dos serviços por eles prestados, de forma a poderem retirar ou impossibilitar o acesso a tais conteúdos. (...)

Após a receção de uma notificação válida de retirada, as empresas de TI examinam o pedido à luz das suas regras e orientações internas e, se necessário, da legislação nacional que transpõe a Decisão-Quadro 2008/913/JAI e confiam a análise dos pedidos a equipas especializadas.

As empresas de TI examinam a maioria das notificações válidas que solicitam a retirada dos discursos ilegais de incitação ao ódio em menos de 24 horas e, se necessário, retiram ou impossibilitam o acesso a tais conteúdos.

(...)

As empresas de TI fornecem informações sobre os procedimentos aplicáveis à apresentação das notificações, a fim de melhorar a rapidez e a eficácia da comunicação entre as autoridades dos Estados-Membros e as empresas de TI, em especial no que se refere às notificações e à desativação do acesso ou à retirada dos discursos ilegais de incitação ao ódio em linha. As informações devem transitar pelos pontos de contacto nacionais designados pelas empresas de TI e pelos Estados-Membros, respetivamente. (...).

Deste modo, os Estados-Membros e, em especial, os serviços responsáveis pela aplicação da lei podem familiarizar-se melhor com os métodos utilizados para reconhecer e notificar as empresas que veiculam discursos ilegais de incitação ao ódio em linha.

Isto representa uma chamada clara de empresas privadas ao exercício do *imperium* estadual, sendo o Estado a delegar em empresas privadas poderes de intromissão e apagamento de conteúdos em comunicações *on line* e em estabelecer até a possibilidade de essas empresas iniciarem, conduzirem e concluírem processos de investigação e documentação tendo em vista possibilitar aos serviços responsáveis pela aplicação da lei a “notificação” de quem “veicula discursos ilegais de incitação ao ódio em linha”, obviamente para sancionamento penal ou outro.

Estas regras ao permitirem a exclusão de conteúdos estão a conceder a estas empresas o poder de limitar o direito à expressão do pensamento e, dessa forma, a definir e delimitar o conteúdo possível da expressão do pensamento *on line*, sem intervenção judicial e têm levantado um coro de críticas, de que a Internet dá a devida nota em estudos bastante pormenorizados, já sendo catalogados como “*extra-judicial policing and punishment by private companies*”.

Principalmente quanto a alguns pontos:

- a “devolução” às IT *Companies* de poderes de regulação não controlada pública ou judicialmente;
- a existência de “*extra-judicial punishment*”;
- a não previsibilidade de possibilidade de reacção contra a decisão de retirada de “discursos” considerados ilícitos pelos Internet Providers das redes sociais;
- a circunstância de este Código de Conduta ter sido “negociado” directamente pelas indicadas companhias apenas com a Comissão Europeia sem debate, designadamente no Parlamento Europeu.

Mas o Código de Conduta faz mais, remete explicitamente a definição dos “discursos ilegais de incitação ao ódio” para a sede legislativa, isto é, a Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, bem como para as legislações nacionais que a transpõem.

Ou seja, um acordo negociado entre um órgão executivo da União Europeia – a Comissão – e um grupo de empresas privadas restringe o direito de expressão de opiniões através de um procedimento no interior das indicadas empresas privadas, incontrolado e incontrolável, mas buscase a “protecção” de uma Directiva Comunitária para lhe dar a cobertura

A este respeito convém que nos recordemos que o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efectiva constitui princípio geral do direito comunitário (v., neste sentido, o acórdão do TJUE de Julho de 2005, *Unibet*, processo C 432/05)

Face a isto não nos espantaria que o TJUE viesse a reeditar uma posição semelhante à assumida na decisão *Digital Rights Ireland Ltd* – (lavrado no processo C-293/12) acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça de 8 de abril de 2014 - ao considerar que «a Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Directiva 2002/58/CE», era inválida.

O Código de Conduta será ultrapassado pela proposta submetida pela Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu em 15 de Dezembro de 2020 quanto ao *Digital Services Act* (DSA) e ao *Digital Markets Act* (DMA). Estes – a Lei dos Serviços Digitais e Lei dos Mercados Digitais - assumem a forma de propostas de Regulamento comunitário já disponíveis na internet (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>).

Esta questão terá o maior relevo para o direito da Regulação.

Sugere-se que a aprovação destes dois regulamentos ocorra em cerca de 3 anos, não obstante a nível nacional se afirme que estará concluído durante a Presidência portuguesa da UE.

Quanto ao direito criminal as condutas poderão ser reduzidas a crimes que possam ser praticados nas redes digitais e estarão dependentes do conteúdo e aplicação dos indicados regulamentos do mercado digital. Resta-nos esperar pela aprovação de tais Regulamentos comunitários!

Não sem que antes afirme que na minha opinião esta é também a ocasião de resolver – tentar resolver - pelo Direito da Regulação e Direito contra-ordenacional pelo menos os dois primeiros problemas indicados pelo ex Juiz Richard Posner do “*United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*” (Chicago) com reflexos na prática de crimes pela internet:

- o anonimato;
- a ausência de controlo da qualidade;
- os efeitos do vasto público potencial;
- os efeitos de a Net ser ponto de encontro das almas gémeas anti-sociais.

4 - Estratégia das Nações Unidas – Definição de “Discurso de ódio”

Na minha opinião o documento mais relevante é a Estratégia das Nações Unidas – Definição de “Discurso de ódio” na medida em que assume uma análise de “discurso de ódio” mais terrena e restritiva e se não fica por mero enquadramento político e sociológico. É esta a sua definição de “hate speech”:

“Qualquer tipo de comunicação em discurso, escrita ou comportamento que ataca ou usa linguagem pejorativa ou discriminatória com referência a uma pessoa ou um grupo com base na sua religião, etnicidade, nacionalidade, raça, cor, descendência, género ou outro factor identitário. Isto é frequentemente baseado e gera intolerância e ódio e, em certas circunstâncias, pode ser aviltante e divisivo.”

Sendo uma definição igualmente muito lata e imprestável para o Direito, há um esforço posterior louvável de definição do seu objecto.

Segundo o Plano Estratégico das Nações Unidas a definição do conceito de “Hate Speech” abrange três categorias ou níveis de “*unlawful and lawful expression*”, a saber:

- *No nível superior, “directo e público incitamento ao genocídio” e o “advogar ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, hostilidade ou violência são proibidos sob a lei internacional - Crimes de ódio;*

- *No nível intermédio, certas formas de “discurso de ódio podem ser proibidas mas apenas se as restrições estiverem previstas pela lei, persigam um objectivo legítimo*

(respeito pelos direitos de outrem ou protecção da ordem pública) e sejam necessários e proporcionais; O campo de acção do “discurso de ódio” que importa delimitar;

- No nível inferior, as restrições não devem ser impostas na disseminação de expressões ilegítimas que sejam, por exemplo, ofensivas, chocantes ou perturbadoras. –

Não devem ser definidas como crime.

Para além da ideia base de que estas recomendações se destinam aos Estados, duas constatações claras se impõem: o conteúdo proposto para o conceito de “*Hate Speech*” é mais restritivo do que aparece nas grandes proclamações políticas e sociológicas e apresenta de forma clara a ideia de separação entre:

- Crimes de ódio;
- Actos de discriminação;
- Discurso de ódio.

E quando se afirma que “*certas formas de “discurso de ódio podem” ser proibidas mas apenas se as restrições estiverem previstas pela lei, persigam um objectivo legítimo (respeito pelos direitos de outrem ou protecção da ordem pública) e sejam necessários e proporcionais” está claramente a utilizar-se a mesma metodologia utilizada pelo nº 2 do artigo 10º da CEDH.*

E nada de mais concreto e proveitoso nos surge, mas esta delimitação já é útil.

5 – A *hard law* internacional e Comunitária

Os mais relevantes instrumentos jurídicos Convencionais são:

- a Declaração Universal dos Direitos do Homem – artigos 7º, 12º e 19º;
- o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – artigos 19º e 20º;
- a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial – artigo 4º;
- a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – artigo 10º;
- a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 11º e 21º.

A única norma que se refere ao “discurso de ódio” é o artigo 20.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos que reza no seu nº 2: «*Todo o apelo ao ódio nacional, racial e religioso que constitua uma incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência deve ser interdito pela lei.*»

Ou seja, também não temos aqui uma definição de discurso de ódio mas temos um pensamento consequencial a exigir uma incitação e o seu objecto: a discriminação, a hostilidade e a violência.

O conjunto dos artigos citados encerra uma consagração de direitos que, pela afirmativa, foi sendo esclarecida e particularizada em aspectos concretos e que não apresenta problemas interpretativos de monta por existir já suficiente doutrina e jurisprudência sobre a “afirmação” da liberdade de expressão.

Maior dificuldade interpretativa irão apresentar os textos com formulações restritivas do direito, que aqui se repetem. Assim:

- o artigo 19º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos quando explicita exceções no seu nº 3;

- o Artigo 21º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia sob a epígrafe “Não discriminação”;

- assim como o nº 2 do art. 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, quando restringe o direito consagrado no nº 1.

E por aqui nos ficamos sem que haja norma nacional ou convencional que defina “discurso de ódio”, apesar de já termos normas nacionais e comunitárias a falar de ódio mas que nada adiantam quanto a uma sua definição.

Mas é de ter em atenção o artigo 240º do Código Penal e Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, apesar de também estes não definirem o conceito de ódio, que se dá como adquirido.

E agora passemos ao concreto

5 - Um caso paradigmático com um critério pragmático e um personagem pouco enigmático, Clarence Brandenburg

Antes de abordar o caso concreto e porque vou exhibir uma figura que pretende ser simbólica e por isso ter sido colocada ao lado do Sr. Clarence Brandenburg, recordemos que na Alemanha existe um “*communicative taboo*” referido no acórdão *Nix v. Alemanha* (2018) do TEDH. E que eu afirmo repudiar tal doutrina!

É que, segundo decisão de 1 de Junho de 2006 (pro. 150/03) do Tribunal Constitucional alemão e por referência à exibição de símbolos nazis, o art. 86º, a) do Código Penal alemão «*bans*

such symbols, as a rule, from German political life and establishes a “communicative taboo” (kommunikatives Tabu)» - Par. 31º do acórdão TEDH.

É ver artigos 86º, 86º.a do Código Penal alemão para constatar o espírito proibitivo existente sempre que se trate de matérias respeitantes ao nacional socialismo e à sua simbologia.

No parágrafo 54 do referido acórdão *Nix v. Alemanha* lê-se:

*«54. The Court notes that this gratuitous use of symbols was exactly what the provision sanctioning the use of symbols of unconstitutional organisations was intended to prevent, as it was meant to pre-empt anyone becoming used to certain symbols by banning them from all means of communication (the so-called “communicative taboo” – see paragraph 31 above). **The case-law of the domestic court is clear in so far as the critical use of Nazi symbols is not sufficient to exempt a person from criminal liability for such use (see paragraph 32 above). Rather, a clear and obvious opposition to Nazi ideology is required (ibid.).»***

Esta problemática do discurso de ódio surge nos EUA em 1919 no aresto *Schenck v. US* (249 US 47, de 1919), que consagrou a cláusula “*clear and present danger*” para proteger o discurso que não causasse um perigo claro e actual para a sociedade e no qual o Justice Holmes relatara a decisão unânime do tribunal.

Esta jurisprudência seria confirmada nas Decisões *Frohwerk v. US* e *Debs v. US*, ainda em 1919 – efeitos da 1ª Guerra Mundial e do Espionage Act de 1917. Todas estas decisões reduzem a liberdade de expressão com fundamento no estado de guerra.

Schenck era Secretário Geral do Partido Socialista e responsável pela distribuição de panfletos contra o recrutamento para a 1ª Guerra Mundial.

Em Schenck Holmes afirma: “*We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional rights. **But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done***”.

E acrescenta a célebre frase: «*The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic*”. («*A mais severa protecção da livre expressão não protegeria um homem que gritasse “fogo” num teatro causando pânico*»).

Prossegue o relato: «*The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree.*»

«A questão em cada caso é saber se as palavras usadas em tais circunstâncias têm a possibilidade (natureza) de criar um perigo claro e presente de causar os males que o Congresso tem o direito de evitar. É uma questão de proximidade e grau.»

Já em tempo e paz, em 1925, o caso *Gitlow v New York* (268 US 652) veio apresentar a doutrina da “*bad tendency*” que dava aos Estados a possibilidade e o dever de proteger o público de discursos que “pudessem” conduzir a substanciais danos sociais.

Apresentava-se a questão de facto como ocorrida em 1919 com *Gitlow*, um socialista, a distribuir panfletos onde advogava a tomada do poder pela força, através de greves e acções de classe de várias formas. Foi condenado por violação da New York’s Criminal Anarchy Law, que punia a defesa do derrube do governo pela força. O New York Court of Appeals, confirmou a decisão.

Precisamente devido à condição de paz Holmes vem a apresentar “*dissenting vote*” (secundado por Brandeis) nestes termos:

“Cada ideia é um incentivo. Ela oferece-se para ser acreditada e, se acreditada, é posta em prática, a menos que alguma outra crença a supere ou alguma falha de energia sufoque o movimento à nascença. A única diferença entre a expressão de uma opinião e um incitamento no sentido estrito é o entusiasmo do locutor pelo resultado. A eloquência pode incendiar a razão. Mas o que quer que se pense sobre o discurso redundante diante de nós, ele não teve hipótese de iniciar uma conflagração atual.(...)”

Concluiu, assim, que *Gitlow* não violara o teste “*clear and present danger*” de *Schenck*, já que o apelo à acção era abstracto e não havia suficiente iminência de tal ocorrer.

O caso *Brandenburg v. Ohio* (1969 – 395 US 444) constitui um “*Landmark case*” ainda actual.
⁴ Clarence Brandenburg, era o líder de um grupo local do Ku Klux Klan e foi condenado por violação do *Ohio Criminal Syndicalism Statute* por:

- “*advogar ... o dever, necessidade ou propriedade de crime, sabotagem, violência, ou métodos ilegais de terrorismo como meios de obter reformas industriais ou políticas*”;

⁴ - O site Global Freedom of Expression da Columbia University - <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/casesf-india/> - indica o aresto citado por variadíssimas decisões tão recentes quanto: January 10, 2020 - *Bhasin v. Union of India*, February 22, 2019 - *Rynearson v. Ferguson*, August 21, 2018 - *Pennsylvania v. Knox*, March 31, 2017 - *Nwanguma et al v. Trump et al*, June 19, 2017 - *Packingham v. State of North Carolina*, October 28, 2015 - *Bible Believers v. Wayne County*, March 7, 2014 - *Blum v. Holder*, May 30, 2014 - *Swaziland Independent Publishers v. The King*, June 28, 2012 - *United States v. Alvarez*.

- “e por voluntariamente reunir com qualquer grupo, sociedade, ou assembleia de pessoas formada para ensinar e ou advogar as doutrinas do sindicalismo criminal”.

Foi condenado numa multa de 1.000 \$ e numa pena de 10 anos de prisão.

Interpôs recurso tendo por objecto a inconstitucionalidade do “*Criminal Syndicalism Statute*” com fundamento na violação das 1ª e 14ª Emendas.⁵

Deixem-me esclarecer que o *Criminal Syndicalism* ou *Criminal Anarchy* teoria em voga nas primeiras décadas do século XX nos EUA (o Presidente americano, William McKinley, foi assassinado em 1901 por um professor anarquista) levou muitos Estados a criar leis que consagravam como crimes as condutas de quem advogava a “*Criminal Anarchy*” através de discurso ou distribuição de impressos.

A posição inicial do Supremo americano foi a de considerar tais leis de acordo com a Constituição. No entanto o tribunal veio a alterar a sua posição e a reverter os casos de condenação ou porque essas leis eram demasiado amplas na sua previsão, ou porque as pessoas que advogavam a prática de crimes não representavam uma ameaça imediata.

Com *Brandenburg* (1969) impõe-se a regra “*imminent lawless action*” ou, na minha mnemónica, a do “*duplo teste do perigo iminente de acto ilícito*”.

O Supremo vem a decidir que o “*princípio do discurso livre e imprensa livre não permite a um Estado proibir ou proscrever o advogar do uso da força ou da violação da lei excepto onde essa defesa é directa no incitamento ou na produção iminente de uma acção ilícita e é provável que incite ou produza tal acção*”.

O duplo critério para a constitucionalidade da lei punitiva, passa a assentar:

- no incitamento directo a uma acção ilícita;
- que essa acção ilícita possa, com probabilidade, ocorrer.

⁵ - 1ª Emenda (1791) - “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionarem ao governo por reparações de queixas”. 14ª Emenda – (1866), Secção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado deve fazer ou aplicar qualquer lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual protecção das leis.”

É claro que há críticas e desenvolvimentos após *Brandenburg*, mas nem nós temos tempo para as abordar nem o que aprendêssemos nos seria útil. Apenas num ponto convém ter presente um aparente desenvolvimento, ainda não decidido definitivamente segundo informação não confirmada.

Em *Nwanguma et al v. Trump et al* – de Março, 31, 2017 – do United States Court of Appeals do 6º Circuito - Kentucky – sendo relator o Juiz McKeague – decidiu-se:

“The Brandenburg test precludes speech from being sanctioned as incitement to riot unless:

(1) the speech explicitly or implicitly encouraged the use of violence or lawless action,

(2) the speaker intends that his speech will result in the use of violence or lawless action, and

(3) the imminent use of violence or lawless action is the likely result of his speech.”

[in, caso *Bible Believers v. Wayne Cty.*, Mich., 805 F.3d 228, 246 (6th Cir. 2015)]

Como se constata os primeiro e terceiro argumentos correspondem ao duplo teste *Brandenburg*, só o segundo aparenta ser uma novidade mas não passa da referência ao dolo do agente.

O Supremo americano veio posteriormente a aplicar este teste em – pelo menos - mais dois casos, um na década de setenta, outro na de 80.

Em *Hess v. Indiana* - 414 U.S. 105 (1973), aplicou o teste *Brandenburg* num caso de protestos na Universidade do Indiana em que um dos activistas disse *“We’ll take the fucking street again”* (or *“later.”*) alegando que o discurso *“amounted to nothing more than advocacy of illegal action at some indefinite future time.”*

E concluiu que *“since there was no evidence, or rational inference from the import of the language, that his words were intended to produce, and likely to produce, imminent disorder, those words could not be punished by the State on the ground that they had a ‘tendency to lead to violence.’”*

Em *NAACP*⁶ *v. Claiborne Hardware Co.* - 458 U.S. 886 (1982), Charles Evers ameaçou com uso de violência os habitantes que recusassem boicotar os negócios de homens brancos. O tribunal usou o teste de *Brandenburg* argumentando da seguinte forma: *“Strong and effective extemporaneous rhetoric cannot be nicely channeled in purely dulcet phrases. An advocate must be free to stimulate his audience with spontaneous and emotional appeals for unity and action in a common cause. When such appeals do not incite lawless action, they must be regarded as protected speech.”*

E esta será, a meu ver, uma via saudável, pragmática, de compatibilizar a livre expressão do pensamento com a necessária defesa da sociedade e dos direitos de outrem. Nem tipos penais amplos, abertos, numa política punitiva de terra queimada ao sabor de voluntarismos vários, que também

⁶ - National Association for the Advancement of Colored People (NAACP).

visam o silenciamento, nem de outra banda, a permissividade absoluta que permita o ódio convertido em muito prováveis acções.

De qualquer forma, há já concretizações europeias das ideias inversas, a clara limitação da liberdade de expressão através da ampliação do conceito de “*Hate Speech*” e a sua conversão em letra de lei, assim como a acção de Estados na consagração de leis restritivas de carácter criminal e regulatório (Alemanha e França que já aprovaram tais leis).

E, inclusive, um acórdão do TEDH que fazendo apelo a *Soft Law* como se de Lei se tratasse, alargou a punibilidade ao simples discurso num tema político.

6 - A Transição na Europa

Vivemos – ou acabámos de iniciar – um período de transição na legislação e jurisprudência europeias em que assumimos, mesmo sem nos apercebermos disso, um papel determinante num território ainda desconhecido nas suas consequências.

Como iremos enfrentar a dupla transição de jurisdições (TEDH e TJUE) e de enquadramento jurídico (CEDH e CDFUE)? E sua simultaneidade? E pagará a Europa (União Europeia) o preço da indefinição, espírito compromissório ou timidez de alguma jurisprudência?

Não foi por acaso que o nº 2 do art. 10º da CEDH se tornou um dos mais discutidos textos normativos no TEDH (juntamente com o art. 6º da Convenção).

Isto suscita um problema imediato a qualquer prático do direito quando se confronta com a vigência da Carta Europeia dos Direitos do Homem e com a mudança parcial de jurisdição para o TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia): vamos prescindir da jurisprudência do TEDH sobre o tema, sedimentada ao longo de tantos anos e que tanta ajuda dá no entendimento e preenchimento dos “conceitos abertos” usados pela Convenção?

E em que condições se aplicarão os dois textos?

Por isso que já afirmámos – e aqui repetimos – que a subscrição da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) pela UE enfrentou problema *sui generis* (sistema institucional de direito internacional e problemas institucionais daí resultantes entre EU, TJUE e TEDH), que veio a ser resolvido pelo artigo 6º, nº 2 do Tratado da União Europeia (TUE).⁷

⁷ - A este propósito podem ver-se as conclusões do Tribunal de Justiça nos seus Pareceres nº 2/94 de 28-03-1996 e 2/13, de 18-12-2014 (2015/C 065/02). O primeiro consultado em 09-01-2021: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3645916a-61ba-4ad5-84e1-57767433f326.0009.02/DOC_2&format=PDF.

Certo é que hoje o artigo 6º do Tratado da União Europeia é de uma clareza que nos dispensa outras apreciações e que nos resolve o problema da recepção da jurisprudência do T.E.D.H na ordem jurídica comunitária. E, juntamente com outros dispositivos legais dos Tratados dão-nos a exacta medida do enquadramento jurídico do tema que ora tratamos.

É claro que a diplomacia entre as duas instituições, TEDH e TJUE, será algo de essencial para a prática judicial na Europa. Mas essa é uma questão lateral.⁸

O artigo 6º do Tratado da União Europeia resolve o problema da recepção da CEDH e da jurisprudência do T.E.D.H na ordem jurídica comunitária nos seguintes termos:

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

(...)

2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

Para a UE e, logo, para o Tribunal de Justiça são fontes de Direito dito originário – Tratados – os seguintes:

- O Tratado da União Europeia – T.U.E. - (mais Anexos, Protocolos e Tratados de adesão);

- O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – T.F.U.E.;

- A Carta Europeia dos Direitos do Homem;

- Os direitos fundamentais tal como os garante a C.E.D.H. e os Princípios gerais de Direito Constitucional comuns aos Estados-Membros.

Desta forma a convergência de todos estes textos aparenta ser a seguinte para a definição do nosso tema:

⁸ - Vide PACHECO, Maria de Fátima de Castro T. Monteiro, “O Sistema de Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia — entre a Autonomia e o Compromisso”, in *Julgar* nº 11, 2011, pp. 11-28.

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) - TJUE
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) – TEDH
- Jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE
- Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)
- Outra legislação comunitária e nacional

Ainda:

- O Protocolo Adicional à Convenção sobre Cibercrime – Convenção de Budapeste de 23-11-2001– relativa à criminalização de actos de natureza racista e xenofóbica cometidos através de sistemas computadorizados, Strasbourg, 28.I.2003 - contém uma outra definição de racismo e material xenofóbico;

- A Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. Veio acrescentar um instrumento legal dirigido aos Estados que contém nos considerandos (7) a (9) a definição de três conceitos (“ascendência”, “religião” e “ódio”) e no seu artigo 1º, nº 1 exorta os Estados a assegurar que sejam consagrados como crimes dolosos, os comportamentos que ali indica em quatro alíneas.

Na ordem jurídica portuguesa é alterada a redacção de vários preceitos do Código Penal e vai evoluindo a letra do art. 240º do C.P., cuja epígrafe também sofre alterações:

- Discriminação racial - Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março
- Discriminação racial ou religiosa - Lei n.º 65/98, de 02 de Setembro
- Discriminação racial, religiosa ou sexual - Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro
- Discriminação e incitamento ao ódio e à violência - Lei n.º 94/2017, de 23 de

Agosto.

A diferente legislação (mais numerosa a que vincula o TJUE) e diversa jurisdição (mais ampla a do TEDH por incluir todos os países do Conselho da Europa e não apenas os da UE), pode conduzir a análise dos dois tribunais para potenciais diferentes resultados.

Mas aqui convém ter sempre presente – face à duplicação de textos e jurisdições – que a CDFUE apenas se aplica (o que define a jurisdição do TJUE) primeiro, quando a acção que viola a lei provém das instituições da União Europeia, depois, quando a acção provém dos Estados-Membros, mas apenas quando estes aplicam os regulamentos europeus.

O Artigo 52º da Carta - Jornal Oficial da União Europeia 7.6.2016 – é claro quanto a isso:

«3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.»

5. As disposições da presente Carta que contenham princípios podem ser aplicadas através de atos legislativos e executivos tomados pelas instituições, órgãos e organismos da União e por atos dos Estados-Membros quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respetivas competências. **Só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação desses atos e a fiscalização da sua legalidade.**

A Carta e o TJUE estarão, assim, reservados para atos legislativos e executivos das instituições, órgãos e organismos da União e por actos dos Estados-Membros quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respetivas competências

Desta forma a CEDH e a jurisprudência do TEDH constituem o patamar mínimo de direitos para todos os restantes casos.

Continua, pois, a revelar-se essencial uma análise da CEDH e da jurisprudência do TEDH sobre essas matérias já que a CEDH será agora o standard mínimo de respeito pelos direitos fundamentais (a que pode acrescer a mais ampla previsão da Carta se tal ocorrer).

Na análise da jurisprudência do TEDH temos uma outra dificuldade pois que o TEDH não parte de qualquer prévia definição legal de “Discurso de Ódio”. O que define o conceito é a sua casuística, o seu “case law”. E será sobre parte dessa casuística que nos debruçaremos adiante.⁹

7 - As abordagens processuais do TEDH ao “discurso de ódio

Artigo 35º - Condições de admissibilidade;

Artigo 17º - Proibição do abuso de direito;

Artigo 10º - O conhecimento de mérito.

a) – O artigo 35º da CEDH (condições de admissibilidade)

⁹ - O TEDH editou no seu site em Setembro de 2020 um “fact sheet” com a casuística por sub-temas incluídos no tema geral “Hate Speech”: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf

1. *O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.*

2. *O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição:*

a) (...);

b) ***For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.***

3. ... *O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que:*

a) ***A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo;***

b) (...).

4. *O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.*

O tribunal decidiu com base neste preceito nos casos *Nix v. Alemanha* (2018), *Williamson v. Alemanha* (2019) e *Lilliendahl v. Islândia* (2020).

Esta é norma natural e necessária e não suscita problema de maior na sua interpretação, revelando uma necessidade comum a códigos de procedimentos.

Certo é que o TEDH também usa o art. 35º para as petições que considera abusivas mesmo sem invocação do art. 17º. E este preceito poderia aparentar ser a previsão substantiva da cláusula de abuso de direito que poderia ser activada através da norma de cariz processual que o artigo 35º claramente é.

Mas tal não ocorre e as duas normas não surgem na jurisprudência com campos de aplicação diferentes. Isto é, para a rejeição liminar de uma queixa o TEDH tanto usa o art. 35º como o art. 17º, não surgindo um critério claro que permita afirmar a diferença entre os preceitos.

Assim o artigo 35º abre portas a uma aplicação autónoma do nº 3, a) e a um outro preceito, esse mais problemático, a “previsão guilhotina” – O artigo 17º da CEDH.

ARTIGO 17º

Proibição do **abuso de direito**

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 actividade ou praticar actos 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.

Esta norma é controversa, considerada como abstracta e unilateral e por muitos entendida como um inaceitável “mecanismo de tudo ou nada”, onde a aplicação da norma implica a rejeição do direito à liberdade de expressão do requerente sem outros elementos de análise que não sejam o teor do discurso.

Desde logo porquanto entra na difícil discussão sobre conflitos de direitos fundamentais.

Mas, acima de tudo, norma abstracta que obriga a fazer apelo ao “espírito” da Convenção e à “essência”, ao “âmago”, à “substância” dos direitos fundamentais e isso ninguém sabe o que seja.

A crer no artigo “*The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?*” de Sébastien Van Drooghenbroeck e Cecilia Rizcallah¹⁰ há várias referências à circunstância de o conceito de “essência” dos direitos fundamentais nunca ter sido explicitamente definido, apresentar falta de consistência e a casuística do tribunal ser “altamente confusa”, ao ponto de se invocar a existência de uma “*word cloud*” (“*nuvem de palavras*”).

Este é um tema em que não gostaria de entrar pois que é quase infindo e problemático e conduzem o triplo conceito de “essência”, “âmago”, “substância” dos direitos fundamentais para o posterior conceito de “limite dos limites” dos direitos fundamentais e para a posterior constatação de que em caso algum uma limitação pode “alterar a verdadeira substância dos direitos fundamentais que a Convenção protege!”.

O que, nada dizendo, permite tudo.

Por outro lado, enquanto o artigo 10º da Convenção permite a aplicação de um critério de “ponderação de interesses” no seu nº 2, o artigo 17º não o permite e avança para um juízo imediatista em que a rejeição se baseia essencialmente no discurso.

Esta é uma muito interessante discussão filosófica mas continuamos sem um critério prático, simples e fiável para decidir casos concretos. E parece-me ser questão de mérito e ser extremamente arriscado sedear esta questão num procedimento de simples rejeição, seja com fundamento no artigo 35º, seja no artigo 17º.

¹⁰ - in “*German Law Journal*” (2019), 20, pp. 904–923 – Cambridge University Press.

Aliás, vários acórdãos, mesmo rejeitando liminarmente invocando o artigo 35º, nº 3, a) só o fazem depois de fazer uma rápida análise de mérito dos pressupostos do artigo 10º, nº 2.

a) O TEDH aplicou o art. 17º, entre outros, nos seguintes casos:

Garaudy v. França (2003) – Considerando que o livro deste filósofo francês “Les myths de la politique israeélienne”, era marcadamente negacionista e os factos do Holocausto não podiam ser negados. “*O requerente pôs em causa a realidade, a amplitude e a gravidade destes factos históricos que não foram objecto de debate entre historiadores mas foram, pelo contrário, claramente estabelecidos*” e rejeitou o pedido. E afirma-se ali:

La Cour considère que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son but, ont un caractère négationniste marqué et vont donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que les exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix. Elle considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. De telles fins, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention.

Norwood v. Reino Unido (2004) – O Sr. Mark A. Norwood era um Regional Organizer do BNP (British Nacional Party), e tinha na janela do seu apartamento um poster (60 cm x 38cm) com uma fotografia das Twin Towers em chamas e os dizeres «*Islan out of Britain – Protect the British People*». O requerente foi condenado por um crime punido pelo Public Order Act, agravado nos termos do Anti-Terrorism, Crime and Disorder Act com uma multa de GBP 300. O TEDH considerou que “*as palavras e imagens no poster constituíam um público ataque a todos os muçulmanos no R.U.*” e rejeitou o pedido. Fundamentou o tribunal:

Such a general, vehement attack against a religious group, linking the group as a whole with a grave act of terrorism, is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention, notably tolerance, social peace and non-discrimination.

b) - E recusou a aplicação do art. 17º (conheceu de mérito) em:

• Caso **FÉRET v. BELGIQUE (2009)** - Contra Daniel Féret da «Front National-Nationaal Front», por distribuição de panfletos. Um deles apresentava um desenho representando L.O., à época ministro do Emprego, do Trabalho e da Igualdade de Oportunidades a distribuir notas de banco em Marrocos com a legenda: «*le PS fait la charité (...) avec votre argent*». Um segundo desenho representava um pensionista saindo de um edifício decrepito com a legenda «*Pensionnés: le*

gouvernement se fout de vous». (Dos factos do acórdão); arguido condenado sem violação do artigo 10º;

• No caso *LEROY c. FRANCE (2009)* o Sr. Denis Leroy, desenhador e, a esse título, colaborador do hebdomadário basco *Ekaitza com sede em Bayonne* por no dia 11 setembro 2001 ter enviado à redacção e ter sido publicado um desenho simbolizando o atentado contra as “Torres Gémeas” (imóveis de grande altura que se afundam numa nuvem de pó após terem sido embatidas por dois aviões) com uma legenda imitando um slogan publicitário de uma marca célebre «*nous en avions tous rêvé ... le hamas l’a fait*»; arguido condenado sem violação do artigo 10º.

A invocação do art. 17º da Convenção para a rejeição da queixa assenta em regra na seguinte jurisprudência: acórdãos *Lawless v. Irlanda (1960)*, *Glimmerveen et Hagenbeek v. Holanda (1979)* e *Norwood v. Reino Unido (2004)*. Acrescentemos também *Ivanov v. Rússia (2007)*; *RojTV A/S v. Dinamarca (2018)*; *M’Bala M’Bala v. França (2015)*; *Belkacem v. Bélgica (2017)*.

O suporte, a fundamentação, para o uso deste artigo vem claramente expressa na decisão *Glimmerveen e J. Hagenbeek v Holanda (1979)*: «*O objectivo geral do artigo 17º é impedir que agrupamentos totalitários possam explorar a seu favor os princípios da Convenção. Para atingir esse objectivo não é necessário privar de todos os direitos garantidos pela Convenção os indivíduos que nós constatamos que se entregam a actividades visando destruir qualquer um desses direitos. O artigo 17 visa essencialmente os direitos que permitiriam, se os invocássemos, tentar tirar o direito de se entregar efectivamente a actividades visando a destruição de direitos ou liberdades reconhecidas na Convenção (decisão Lawless, 1 de Julho de 1961, p. 6, pag. 45).*»

A análise do n.º 2 do art. 10º da Convenção impõe saber se existem os requisitos de restrição da liberdade de expressão, aí expostos como requisitos de punibilidade ali contidos, isto é:

(1) *se a restrição à liberdade de expressão está “prevista na lei” e*

(2) *se prossegue um “objectivo legítimo” e*

(3) *se a condenação do arguido se justifica, se é uma “providência necessária numa sociedade democrática”.*

Resta acrescentar que a expressão “*providência necessária numa sociedade democrática*” tem sido interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como a exigência de uma “*necessidade social imperiosa*” que justifique uma condenação.

Este conceito tem sido entendido nos casos de “*discurso de ódio*” com uma preocupante amplitude, cingindo-se ao discurso!

Com outro efeito perverso, a “invasão” de processos com “perícias” que parecem saídas de um manual de contra-informação ou desinformação, chegando-se ao extremo de aceitar como bons elementos de prova que alguns tribunais nacionais usam para a condenação, como “perícias” sobre intenções linguísticas ou fundamentos psicológicos do discurso que se analisa. Veja-se a decisão no caso *Atamanchuk v. Russia*, de 11 de Fevereiro de 2020.

Um perito, o Sr. R, linguista, considerou que o texto continha implícito incitamento a actos violentos contra pessoas de um certo grupo social atendendo à sua etnicidade, raça, religião, ou outras características sociais.

O Sr. L, psicólogo e o já citado Sr. R fizeram novo relatório pericial em 29 de Janeiro de 2010. Na parte psicológica do relatório consta o seguinte:

*(a) The linguistics part of the report stated as follows: the content of the applicant’s text concerned political and social issues addressed to a large audience; the main part of the text started at the phrase “Which people?” that introduced his subsequent discussion based on the opposition between the Russian people and the population of the non-Russian origin; the author presented their “ethnic characteristics” as the reasons for the suffering of the Russian people; **the author had used what could be described in linguistics as “hate speech” or aggressive language creating an enemy image; he had used expressions that would be insulting to any ethnic group; while he had not named any specific group, it was clear from the context that he meant (essentially non-Slavic) ethnicities of Central Asia, Northern Caucasus and Transcaucasia;** from certain parts of the text it became clear that he was talking about the Armenian ethnicity, among others; the text did not contain phrases calling for violent actions against a person or a group of people on account of his/her/their social status, race, ethnicity, language, gender or religion.*

*(b) The psychology part of the report concluded as follows: the article contained phrases disclosing a negative attitude toward a social group on the basis of its ethnicity, language and religion; those phrases could be perceived as inciting readers to feel hatred and enmity; **the text did not contain phrases calling for violent actions against a person or a group of people on account of his/her/their social status, race, ethnicity, language, gender or religion.***

8 - O TEDH e sua jurisprudência

Resolvido o problema da recepção da CEDH e da jurisprudência do TEDH pela União Europeia e sua vivência conjunta com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia resta constatar que a jurisprudência do TEDH se sedimentou ao longo dos anos e de forma notável. Ou seja, a União Europeia é hoje beneficiária de um acervo jurídico e filosófico enorme por via da Convenção Europeia e jurisprudência do TEDH. A que irá sendo acrescentada a legislação comunitária, sejam Regulamentos, Decisões-Quadro, sejam Directivas, que vincularão os Estados-Membros e os tribunais nacionais.

Mas o TEDH não pertence à União Europeia, é uma instituição do Conselho da Europa e só pode aplicar o Direito Convencional Universal e a CEDH. Não pode, como é evidente, aplicar legislação comunitária, embora se possa entender que a deva ter em conta, como sempre teve em conta a legislação nacional dos Estados-Membros.

A jurisprudência do TEDH é tão abundante e – nos últimos tempos – tão pouco homogênea, que seria um exercício digno de um Manual exaustivo tentar encontrar um denominador comum.

De entre os inúmeros arestos que se dedicam ao tema optei por escolher dois casos com votos separados que demonstram as duas visões que parecem dividir o TEDH quanto ao tema “*discurso de ódio*” e que se centram naquilo que é essencial, o ou os critérios determinantes que permitam ao tribunal delimitar o sociológico conceito de “discurso de ódio” e atribuir-lhe efeitos jurídicos.

Mas antes vamos fazer breve referência a decisão que se entendeu, em 2006, ser um dos mais relevantes acórdãos a considerar na análise da posição mais marcante do tribunal. Referimo-nos ao caso *Erbakan v Turquia* (2006)

O sr. Necmettin Erbakan é um político e foi primeiro Ministro da Turquia entre 1996 e 1997 e pertencia a um partido dissolvido em 1998 por actividades contrárias ao secularismo turco.

Em 1994 e durante a campanha para umas eleições locais fez um discurso no sul da Turquia. Quatro anos depois, em 1998, foi acusado por nesse discurso ter incitado as pessoas ao ódio e hostilidade acerca de distinções entre religiões, raças e regiões. E de ter defendido que os partidos, que não o seu, tinham declarado guerra a Alá!

Foi condenado por discurso de ódio a prisão e multa.

O tribunal considerou:

- Fazer apelo a *Handysize v. UK* e afirmou que a liberdade de expressão é uma das fundações essenciais da democracia e uma básica condição para o progresso de cada indivíduo.

- Confirmar a jurisprudência própria de forma abundante quanto ao artigo 10º, nº 2.

- Invocar *Jersild v. Dinamarca* (1994) para classificar as expressões como discurso de ódio

Mas considerou existente violação do artigo 10º com este fundamento essencial:

68. De même, au vu des circonstances de l'espèce, pour la Cour, il n'est pas établi qu'au moment de l'engagement des poursuites à l'encontre du requérant, le discours incriminé engendrait «un risque actuel» et un danger «imminent» pour la société (paragraphe 48 ci-dessus) ou il était susceptible de l'être. A cet égard, à la différence du Gouvernement, le laps de temps assez long, à savoir quatre ans et cinq mois, écoulé entre la prétendue diffusion des propos litigieux et l'engagement des poursuites pénales est un élément à prendre en considération, compte tenu de ce qu'était l'enjeu pour le requérant de la procédure le concernant. Cela vaut d'autant plus que la cour de sûreté de l'État a tiré des conséquences de la situation qui régnait à l'époque à Bingöl, où avait eu lieu le meeting en question (paragraphe 32 ci-dessus).

Ou seja, temos a impressão que a referência explícita no parágrafo 68 do acórdão a “risco actual” e a “perigo iminente” não é a aceitação da posição do supremo americano em *Brandenburg* mas sim a aceitação conjunta de *Schenk e Brandenburg*. Há uma exigência clara de um critério de perigo concretizável.

Desta forma o tribunal faz explícita referência às duas regras que se sucederam no tempo na jurisprudência norte americana, sendo certo que o teste *Brandenburg* substituiu a cláusula “*clear and present danger*” de *Schenk*.

E tal substituição não ocorreu por acaso, mas sim por a jurisprudência americana ter entendido que o critério de *Schenck* era insuficiente por permitir corruptelas na sua aplicação.

Para ilustrar indicamos decisão de 1951, a decisão no caso *Dennis v U.S.* (341 US 494), também designado como *Communist Conspiracy Case*, que sustentou que os discursos tendendo a conduzir a revoluções violentas podiam ser punidos sem que ocorresse violação da constituição.¹¹

Este caso é visto como uma das razões para se considerar a cláusula “*clear and present danger*” passível de ser facilmente manipulada na sua aplicação, ao lado de considerações sobre a sua aplicação noutros casos e de ser não reconciliável com a liberdade de expressão em tempo de paz, o que conduziu à formulação do teste *Brandenburg*.

Anos passados e com mudanças na constituição do TEDH os critérios parecem ter-se alterado, pelo que o essencial é ver quais os utilizados pelo tribunal sempre que se encontra defronte daquilo

¹¹ - “*Landmark Supreme Court Cases – The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*”, Gary Hartman, Roy Mersky, Cindy Tate, Ed. Facts on File, 2004, pags. 368-370.

que pode ser entendido como *hate speech* e, depois, saber quais os temas que se inserem nesse conceito indefinido e difuso.

O TEDH usa os seguintes critérios na apreciação de fundo, face à previsão do n° 2 do art. 10° da CEDH:

- O teor do discurso em abstracto;
- O significado de uma palavra (Voto de vencido);
- A intenção do orador;
- O status social ou profissional do orador;
- O contexto factual que envolve o discurso;
- O impacto do discurso;
- O potencial de incitamento do discurso;
- O potencial abstracto de “causar mal”;
- A sanção aplicada;
- A reacção pública.

Que são a nosso ver critérios de natureza secundária e que não deveriam ser determinantes de uma decisão. O primeiro nem sequer é aceitável! Quanto ao segundo, *no comments...*

No conhecimento de mérito apreciemos então os dois votos separados

a) - Decisão no caso *Caso Féret v. Bélgica*

“Par un arrêt du 18 avril 2006, la cour d'appel de Bruxelles condamna le requérant à une peine de 250 heures de travail à exécuter dans le secteur de l'intégration des personnes de nationalité étrangère, avec un emprisonnement subsidiaire de dix mois. **Elle interdit au requérant l'exercice du droit à l'éligibilité pour une durée de dix ans**”.

O requerente (o condenado), médico e Presidente do partido político “Front National – Nationaal-Front”, responsável pela edição de escritos, foi condenado pela distribuição de panfletos de propaganda política entre 1999 e 2001 como segue:

Primeiro panfleto:

«Ce tract prônait notamment de rétablir la priorité d'emploi pour les Belges et les Européens, rapatrier les immigrés, appliquer le principe de la préférence nationale et

européenne, convertir les foyers de réfugiés politiques en foyers pour les Belges sans abri, créer des caisses de sécurité sociale séparées pour les immigrés, interrompre la «politique de pseudo-intégration » et arrêter les pompes aspirantes «sécurité sociale pour tous».

Distribuição em panfleto do programa do partido com os seguintes temas:

«s'opposer à l'islamisation de la Belgique», «interrompre la politique de pseudo-intégration», «renvoyer les chômeurs extra-européens», «réservé aux Belges et aux Européens la priorité de l'aide sociale», «cesser d'engraisser les associations socio-culturelles d'aide à l'intégration des immigrés», «réservé le droit d'asile (..) aux personnes d'origine européenne réellement poursuivies pour raisons politiques» et «comprendre l'expulsion des immigrés en situation irrégulière comme une simple application de la loi».

Um terceiro:

«tract intitulé «Rue des Palmiers: un centre pour réfugiés empoisonne la vie des habitants». Ce tract se lisait ainsi:

«Après Rendeux, Rixensart, voici Woluwe-Saint-Pierre concernée par la problématique des centres pour réfugiés.

La rue des Palmiers subit, depuis plusieurs mois, la présence d'un tel centre, qui engendre pour les habitants de nombreuses nuisances: dégradations des biens, bruit, déchets, altercations parfois violentes.

La police du bourgmestre PRL est impuissante à rétablir une sécurité gravement compromise par l'arrivée régulière de nouveaux réfugiés, et la majorité gouvernementale PS-SP-PRL-FDF-MCC-RTL-TVI-VLD-ECOLO-AGALEV abandonne lâchement la commune à son triste sort.»

Um quarto:

«tract présentait un dessin représentant L.O., à l'époque ministre de l'Emploi, du Travail et de l'Egalité des chances, distribuant des billets de banque au Maroc et en légende : «le PS fait la charité (...) avec votre argent».

un second dessin représentait un pensionné tenant deux billets et de la monnaie, sortant d'un bâtiment décrépi et portant la légende «Pensionnés: le gouvernement se fout de vous».

Com 4 votos a favor e um voto de vencido do Juiz Andras Sájo (Hungria), subscrito por mais dois juizes (4-3), Vladimiro Zagrebelsky (Itália) e Nona Tsotsoria (Geórgia), o tribunal considerou que não havia violação do artigo 10º da Convenção.

Do voto de vencido:

*“A possibilidade de regulamentar um discurso apenas com base no seu conteúdo e as restrições que daí resultam para o discurso repousam na ideia de que certas propostas vão de encontro ao espírito da Convenção. **Mas um “espírito” não propõe standards claros e abre a porta ao abuso.** Os seres humanos, aí compreendidos os juizes, tendem a qualificar as opiniões que não lhes convêm como inadmissíveis, e, portanto, a excluí-las da esfera da expressão protegida. Ora, é justamente quando somos confrontados com ideias que provocam o nosso ódio ou nosso desgosto que o nosso julgamento deve ser mais reflectido na medida em que as nossas convicções pessoais arriscam influenciar as nossas ideias sobre o que é verdadeiramente perigoso.”*

O voto de vencido acrescenta:

«Não há nas declarações de Mr Féret apelo à violência contra uma parte da população, caso em que as autoridades nacionais gozariam de uma margem de apreciação mais larga (Ceylan c. Turquie [GC], no 23556/94, § 34, CEDH 1999-IV).

Como a Comissão dos Direitos do Homem declarou no caso Becerk v. Bélgica «o parágrafo 2 do artigo 10º não permite infligir incapacidades em matéria de liberdade de expressão, seja a título de sanções penais, ou de medidas de segurança, salvo se a própria natureza da infracção torna manifestamente necessário tais incapacidades.» (...)

«Só um discurso de ódio que vise a destruição dos outros direitos e liberdades protegidos pela Convenção será insultante a um tal grau.

A aplicação da noção de discurso de ódio supõe igualmente que o incitamento ao ódio repousa na intolerância ou desemboca na violência. Incitação significa “atiçar o ódio” (ver Sürek c. Turquia (nº 1) [GC], nº 26682/95, § 63, CEDH 1999-IV).»

Fazendo um apelo a *Surek v. Turquia*, designadamente ao seu § 62, declara “*Se adoptamos os standards esclarecidos no acórdão Surek no caso de discriminação é forçoso concluir que as expressões devem ser susceptíveis de favorecer a discriminação por insuflarem um ódio profundo e irracional contra aqueles que foram apresentados como responsáveis das atrocidades alegadas. A discriminação, à semelhança da violência, implica acção.*”

Deve existir uma outra acção penal cometida ou susceptível de o ser e é aí que a prevenção intervém. A incitação é uma exortação psicológica forte, decisiva, supondo fazer nascer outra infracção penal. Mas a simples intolerância, o sentimento sem acção, ou ao menos sem tendência manifesta à acção, não constitui um delito.»

É uma posição clara no sentido de exigir uma interpretação restritiva do conceito de ódio ao qual damos o nosso apoio por assim se evitar que os tribunais europeus se tornem – como em alguns países já podem ser – meros censores do que se diz!

Manifestamente esta não parece ser a posição maioritária actual do TEDH.

E assim o TEDH já considera que nem políticos em campanha eleitoral têm o direito de exprimir as suas opiniões políticas se estas abordarem certos temas, como a integração de imigrantes (*Feret v. Bélgica* (2009)]. O voto de vencido no aresto *Gunduz v. Turquia* (04-12-2003) é bem elucidativo de que o significado de uma palavra é reivindicado como critério de condenação, de limitação da liberdade de expressão (a palavra era “filho ilegítimo” em turco).

Está em falta um critério que – atendendo necessariamente à mensagem (discurso ou outra) – se situe fora do discurso e na previsibilidade das suas consequências pessoais, sociais ou políticas.

Mas ao menos que se siga a ideia veiculada pelos três juízes que votaram vencidos em Féret, um conceito restrito de *Hate Speech*.

b) - E agora um voto de concordância elucidativo - *Vejdeland e outros v. Suécia* (2012)

Em 2004 quatro cidadãos suecos (Mr Tor Fredrik Vejdeland, Mr Mattias Harlin, Mr Björn Täng and Mr Niklas Lundström) pertencentes a uma organização chamada “National Youth” deslocaram-se a uma escola onde deixaram 100 panfletos onde se lia:

• *“Homosexual Propaganda. In the course of a few decades society has swung from rejection of homosexuality and other sexual deviances to embracing this deviant sexual proclivity. Your anti-Swedish teachers know very well that homosexuality has a morally destructive effect on the substance of society and will willingly try to put it forward as something normal and good. Tell them that HIV and AIDS appeared early with the homosexuals and that their promiscuous lifestyle was one of the main reasons for this modern-day plague gaining a foothold. Tell them that homosexual lobby organisations are also trying to play down paedophilia, and ask if this sexual deviation should be legalised.”*

Por distribuírem os panfletos os requerentes foram condenados em Maio de 2006 pela prática de agitação contra um grupo nacional ou étnico por o tribunal ter entendido que os arguidos tinham ido para além do que se considerava uma discussão objectiva sobre homossexuais como grupo. Foram condenados a penas de 2 meses de prisão (dois deles), o terceiro a uma pena suspensa e o quarto a *probation* e a 40 horas de serviço comunitário.

O TEDH considerou com três votos concordantes, sendo 2 hesitantes, que não fora violado o artigo 10º da Convenção. Mas o que é relevante neste aresto é o teor de um dos votos de concordância.

O terceiro voto (lavrado pela Sr^a Juíza Ganna Yudkivska (Ucrânia), com apoio de Villinger (Liechtenstein) é assertivo e elucidativo. Assim:

1. I have no difficulties in finding that Article 10 was not violated.

2. However, I regret that the Court missed an opportunity to “consolidate an approach to hate speech” against homosexuals, as commented by the third-party intervener. Further, it was recognised that “although the Court has not yet dealt with this aspect, homophobic speech also falls into what can be considered as a category of “hate speech”¹, which is not protected by Article 10”.

3. Although there is no agreed definition of hate speech in international law, the Committee of Ministers of the Council of Europe was very clear in its Recommendation No. R (97) 20: the term “hate speech” is to be “understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance...”.

4. In the present case the applicants described homosexuality as a “deviant sexual proclivity” and accused homosexuals of having a “morally destructive effect on the substance of society” and being the main reason for the spread of HIV and AIDS. To my mind, such accusations clearly match the above definition.

«5. Já no parágrafo 54 a maioria afirma que declarações que não “recomendam directamente aos indivíduos que cometam actos odiosos” podem ser descritos como “alegações sérias e prejudiciais”, não como “discurso de ódio”.

6. Esta parece ser a abordagem americana, onde o discurso de ódio é protegido até ameaçar dar azo a violência iminente. Este é um limiar muito alto e por muitas e conhecidas razões políticas e históricas, a Europa não se pode dar ao luxo de ter uma tal visão soberana do valor do discurso livre.

7. A nossa trágica experiência no último século demonstrou que as opiniões racistas e extremistas podem trazer mais mal (dano) do que as restrições à liberdade de expressão. Estatísticas sobre crimes de ódio mostram que a propaganda de ódio causa

sempre dano. Não é necessário esperar até que o discurso de ódio se torne um real e iminente perigo para a sociedade democrática.»

Chama-se apenas a atenção para o facto de o argumento referido em 2 não ser de natureza jurídica, mas aparentar ser uma declaração política que sugere a necessidade de o tema ser incluído na agenda do tribunal. Depois, para que o argumento que aparenta ser jurídico, a Recomendação N^o R (97) 20 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, não ser uma lei formal, mas simples *soft law*.

Por fim, que são os dois últimos pontos do voto concordante que determinam o sentido da decisão, afastando explicitamente qualquer aproximação ao teste *Brandenburg* não por se tratar de critério inadequado, mas sim por uma opção que se entende cultural, optando claramente por uma redução drástica da liberdade de expressão com base num argumento supostamente estatístico e histórico.

Impõe-se, agora, ter uma noção clara dos temas tabu, já que – em alguns casos - estamos reduzidos à punição do discurso

Os temas que o “fact sheet” do Cons. Europeu considera “discurso de ódio são:”

Ameaças à ordem democrática;

Apologia da violência e incitamento à hostilidade;

Apoio ou justificação do terrorismo; ... de crimes de guerra;

Denegrir a identidade nacional;

Discurso de ódio na internet;

Ódio racial ... religioso ... étnico ... homofóbico.

Extremismo;

Incitamento à violência e suporte à actividade terrorista;

Incitamento ao ódio racial; ... ao ódio nacionalista;

... à discriminação racial; ... à intolerância religiosa;

Insulto de Entidades oficiais;

Negacionismo e revisionismo histórico;

Exibição de uma bandeira com conotações históricas controversas.

Alguns destes temas roçam o ridículo, algumas queixas – sendo sérias no tema tratado – não passam de crenças por vezes disparatadas, outros estão no limiar problemático entre a simples opinião – mesmo que controversa – e o incitamento a algo violento ou potencialmente violento.

Como já alguém afirmou, só democracias frágeis revelam receio de alguns destes temas! E tal ocorre com estes temas: ameaças à ordem democrática, o denegrir da identidade nacional, o discurso

de ódio na internet, o insulto de entidades oficiais, o “*revisionismo histórico*” (só o nome já sugere a ânsia de assegurar que determinados factos históricos sejam intocáveis, o que podendo ser admissível num número restrito de casos, não permite erigir em regra a intocabilidade histórica) e a exibição de uma bandeira com conotações históricas controversas, são temas que não “incomodam” democracias com fortes instituições e equilibrados poderes.

Por alguma razão o supremo americano dá menos atenção a uma análise profunda do discurso e aos temas tratados e mais relevo às potenciais consequências mas o TEDH centra muito a sua análise no **simples dizer**.

Ou seja, já antecipámos a punibilidade ao que é dito sem consequências sociais óbvias e imediatas. E por isso que já fiquemos na dúvida na afirmação da diferença entre uma opinião e um crime. Onde acaba a opinião e começa o crime? Porque, é bom que se repise, estamos apenas a punir o discurso, o que é dito.

É a este tipo de dúvida a que somos conduzidos quando usamos como critérios penais meros conceitos políticos e sociológicos. E bem podemos afirmar que o mundo jurídico – e não só neste tema – já foi colonizado pela sociologia.

A análise do discurso é essencial mas ... pode a liberdade de expressão ficar dependente do tema abordado e da análise textual sem qualquer ligação às consequências? Há temas vedados à discussão? O abuso de liberdade de expressão define-se pela nossa (pessoal ou grupal) discordância? E esta lista de temas *tabu* terá tendência a aumentar?

Mesmo que se aceitem limites quanto a certos temas – holocausto, apologia da violência, terrorismo e poucos mais – parece-nos que negar a discussão em temas determinados e afirmar a sua potencial perigosidade em abstracto é negar a liberdade de expressão...

O discurso de ódio tem que exigir um juízo probabilístico exterior ao discurso assente numa causalidade entre discurso e perigos concretos ou concretizáveis. Qual o grau de provável concretização é questão que merece discussão! Entendemos que só a perigosidade concreta em termos a definir e assente num juízo causal entre o teor do discurso e as consequências pessoais e sociais provocadas ou a provocar deve ser limite do discurso

Quer no voto de vencido do Juiz Andras Sajó quer em vários arestos do TEDH se exige mais do que um simples “*perigo especulativo*” para se considerar preenchido o requisito da “providência necessária numa sociedade democrática”, como se afirmou no acórdão Vajnai v. Hungria – 2008, § 55.

Assim, às duas questões que coloquei no início: - O “discurso de ódio” altera esta jurisprudência? - Qual o significado de “discurso de ódio”?

respondo:

- O conceito de discurso de ódio parece estar a perverter a habitual jurisprudência do TEDH;
- O conceito de discurso de ódio, face à ausência de definição legal, tem que ser preenchido de forma restritiva pela jurisprudência.

Que se segue?

A queirosiana contraposição entre Paris e Lisboa está hoje recolocada no nosso campo judiciário na contraposição entre a quietista e distraída Lisboa...

... com a expectável e determinante futura – próxima? – actividade das sedes judiciárias “parisienses” actuais:

Estrasburgo – TEDH;

Luxemburgo – TJUE; e

Washington DC – US Supreme Court.

Por enquanto e por cá... “*no pasa nada*”

... mas com a sensação de que “*The Times They A-changin*”

E agora algo que revela uma fina capacidade de observação e análise

«*In an international human rights court like the ECtHR, there seems to be two sorts of judges.*

- *Some envision their role somewhat like **diplomats***

- *Other judges, by contrast, approach their office rather like **academics**..... ».*

(in «*The art of dissenting. A few words on Judge Tulkens’ legacy*» - Tribute to Judge Tulkens by Professor Julie Ringelheim, Strasbourg Observers, 22-08-2012.)¹²

Some envision their role somewhat like **diplomats**:

[“*Eles acreditam que um tribunal internacional deve agir com restrição e dar particular peso à soberania nacional e à margem de apreciação do Estado. Eles receiam que uma jurisprudência mais incisiva possa comprometer a aceitação da autoridade do Tribunal pelos Estados. Desta forma estão sempre relutantes nos casos em que importantes interesses do Estado estejam em jogo*”.]

¹² - <https://strasbourgobservers.com/2012/08/22/the-art.-of-dissenting-a-few-words-on-judge-tulkens-legacy/>

Other judges, by contrast, approach their office rather like **academics**:

[“*A sua principal preocupação é determinar o que é legalmente correcto e eticamente justo. Procuram sempre iluminar a questão que subjaz aos factos do caso. Consideram essencial que cada julgamento seja rigorosamente motivado. No seu modo de ver a missão do Tribunal é providenciar justiça aos indivíduos cujos direitos e liberdades foram violados mas também contribuir para a clarificação e desenvolvimento dos standards internacionais das leis dos direitos humanos*”].

Parafraseando Ortega y Gasset, o juiz também é a sua circunstância.

Retiro e transcrevo um parágrafo do voto discordante da Sr^a Juíza Françoise Tulkens no Caso *Barata Monteiro da Costa Nogueira e Patrício Pereira c. Portugal* de 11-01-2011, num caso de Castelo Branco e de luta política, no qual um médico do PSD é atacado em conferência de imprensa pela primeira arguida, deputada do Bloco de Esquerda e pelo advogado do partido, o segundo arguido, e em que o TEDH concordou com a Relação de Coimbra que condenara os arguidos, revertendo decisão de 1^a instância, que os absolvera.

‘At a time when the winds are changing, it is the Court’s task, more than ever, to reinforce freedom of expression as a key element in democracy’.

[“*Num momento em que os ventos são contrários, pensamos que o Tribunal deve, mais do que nunca, reforçar a liberdade de expressão que, longe de constituir uma defesa ou um privilégio, é um dos elementos chave da democracia.*”].

Esperemos que assim seja!

E, “I rest my case”, agradecendo a vossa atenção.

João Gomes de Sousa

Évora, 5 de Fevereiro de 2021