

A DIGNIDADE DA MULHER COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO¹

Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena²

RESUMO

O presente trabalho tem como fim, servir como contributo ao debate sobre a construção do papel da mulher na sociedade, se é que tal papel existe, e sair em defesa de seus direitos humanos. O objeto desse estudo reflete um grande problema da sociedade atual, qual seja: o discurso de ódio, e visa identificar a dignidade da mulher vítima destes discursos, como o parâmetro de ponderação no conflito entre valores jusfundamentais, tais como, a liberdade de expressão por um lado; e a honra, o nome, ou a autodeterminação da mulher, por outro. Para sua elaboração, utilizamo-nos da pesquisa bibliográfica onde analisamos textos de autores clássicos e contemporâneos, da filosofia, do direito e outras ciências sociais, bem como, analisamos textos normativos do contexto internacional.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Liberdade de expressão, Discurso de Ódio.

INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas enfrentados pela sociedade multicultural atual é, sem dúvidas, o da intolerância. Se por um lado, a liberdade de expressão deve ser perseguida por todos, pois representa um forte pilar da democracia, cuja existência é fundamental para a manutenção da própria sociedade; por outro lado, a divulgação irrestrita de ideias, sobretudo aquelas que não tem compromisso com a verdade, pode acarretar danos psíquicos reais em algumas pessoas que se sintam ofendidas por estas ideias, ainda mais quando, um discurso é capaz de provocar ódio ou discriminação contra quem é proferido.

Infelizmente, a nossa realidade ainda é de, em algumas situações, a mulher ser a parte mais frágil em uma relação social, seja em sua casa, com sua família, seja no ambiente de trabalho, ou mais amplamente, na sociedade como um todo. E em muitas dessas situações, acontece de a mulher ser vítima de discursos violentos ou sexistas, que lhe causem além de constrangimento e dor, também preconceito.

Neste cenário é que vamos estudar a hipótese de equilíbrio dessa situação desigual. Ou seja, qual será o limite da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, visto que esta não é um direito absoluto? No caso específico dos discursos contra a mulher, qual será o

¹ O trabalho foi desenvolvido no âmbito da investigação que a autora realiza no Doutorado em ciências jurídico-internacionais e europeias, com bolsa de estudos da Universidade de Lisboa.

² Professora do curso de Relações Internacionais da Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: lucilavilhena@ccbsa.uepb.edu.br

critério de ponderação possível que faça a balança da justiça garantir a sua dignidade, sem desvirtuar o caráter democrático da liberdade de expressão? São estas, algumas das questões que buscamos responder ao longo do trabalho.

Contudo, antes será preciso entender a natureza da liberdade de expressão. Se esta for uma mera permissão por parte do Estado, ela pertence ao espaço geral de liberdade, estendendo-se até onde for proibido o seu exercício, isto é, quando ofender valores ou direitos; fora disso, ela é mantida, desde que seja tolerada. Se por outro lado, é um direito, a liberdade de expressão constitui um valor protegido em sociedade e estende-se até onde colidir com outros direitos e/ou valores, tendo de se ponderar qual é o superior em uma situação de conflito. Só se for um direito é que pode a liberdade sobrepor-se a outros valores, se não o for, é sempre preterida.

Contudo, dada a sua identidade e semelhança com outros direitos amplamente consolidados, a liberdade de expressão enquadra-se definitivamente na categoria dos direitos, e não das meras permissões discricionárias do Estado, principalmente devido à sua historicidade. Concluimos assim, que a liberdade de expressão, uma grande conquista da democracia, construída e aperfeiçoada ao longo dos tempos, e que subsiste independentemente de ações de terceiros, é a regra em uma sociedade democrática. Suas limitações, portanto, não devem passar de meras exceções.

Neste sentido, um livre mercado de ideias é sem dúvidas, o grande palco da busca pela verdade, sejam elas formadas por opiniões totalmente verdadeiras ou não. Privar pessoas de divulgar seus pensamentos, pode causar danos irreversíveis à sociedade, pois pode sempre estar contido naquela ideia proibida, um viés de verdade. Se a proibição se dá sobre um argumento verdadeiro, o resultado danoso à sociedade resta óbvio: é o desconhecimento da verdade. Se o argumento é falso, a sociedade perde uma grande oportunidade de desmenti-lo e assim, fortalecê-la. Neste sentido, em quaisquer das hipóteses, privar o discurso pode ser pior do que permiti-lo.

Contudo, vale ressaltar que a despeito de sua importância histórico-política, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, seu exercício deve observar alguns limites, embora estes devam ser impostos com a máxima cautela, sob pena de se retirar da sociedade, o grande pilar da democracia, pois como bem demonstra Warburton (2015, p. 10), é difícil resistir à tentação de usar a lei ou a força para silenciar um adversário. Sem a liberdade de criticar e desafiar os que agem em nosso nome, as democracias podem degenerar em tiranias.

Sendo assim, limitar a liberdade de expressão sem a observância da real necessidade de se impor estes limites, pode ter um resultado ainda mais danoso à sociedade, pois pode-se

sempre desvirtuar essa necessidade e aproveitar-se de motivos democraticamente legítimos, para atingir fins que são estranhos aqueles perseguidos pela justiça.

Após justificar a necessidade de um livre mercados de ideias, e consciente de que o amplo exercício da liberdade de expressão causará eventualmente danos em pessoas que sintam-se ofendidas com o discurso, nomeadamente e de maneira mais evidente e de maior importância para este estudo, as mulheres que encontrem-se numa relação de hipossuficiência psicológica na sua interação social, far-se-á necessário debater até que ponto o Estado pode, legitimamente, interferir na liberdade das pessoas, sem desvirtuar o seu fundamento democrático.

Neste cenário, então, quais são os limites possíveis à liberdade de expressão? Vieira de Andrade (1987, p. 214) explica que há situações em que os limites de certos direitos dizem respeito ao seu próprio âmbito de proteção constitucional, assim, identificamos hipóteses em que previamente são excluídas em termos absolutos certas formas de exercício desses direitos: são os chamados “limites imanentes”. Porém, há ainda aqueles casos que abarcam os conflitos ou colisões entre direitos, quando estes se limitam reciprocamente, derivados de compromissos naturais entre valores constitucionais que concorrem diretamente em determinados tipos de situações. Esta última, é a hipótese onde este trabalho se insere, nomeadamente, na situação em que um discurso que supostamente é abrangido pela liberdade de expressão se choca com valores morais das mulheres, dignos de proteção constitucional, quais sejam: sua honra, seu nome ou sua mente, dentre outros valores igualmente importantes.

Com efeito, o grande problema que este trabalho visa ultrapassar é o de buscar identificar o parâmetro de ponderação, aquele que orientará o julgador na busca pela justiça. Neste caso, o que fará a balança do direito pender para algum lado?

Demonstra-se salutar, ainda, delimitar o objeto do estudo. Este trabalho visa identificar os limites da liberdade de expressão a fim de garantir, em última análise, a manutenção de uma sociedade alicerçada na democracia. Para tal, são objeto do presente estudo portanto, os discursos discriminatórios e violentos direcionados às mulheres, que são suscetíveis de lhe causar dor ou ofensa, atentando diretamente contra a sua honra, característica esta inerente ao próprio conceito de pessoa e que deve ser preservada em qualquer circunstância, sob pena de se negar a própria condição de ser humano. Nestes casos, um mero juízo de valor pessoal, socialmente irrelevante e com forte caráter ofensivo, não merece proteção jurídica.

METODOLOGIA

No que toca a escolha de procedimentos sistemáticos, optamos pelo estudo e compreensão de textos bibliográficos, análise jurisprudencial e legislativa. Realizamos, portanto, uma pesquisa bibliográfica e documental, bem como o estudo de casos atuais e essenciais que auxiliaram na elaboração da conclusão do presente estudo. Partimos então do pressuposto de que um raciocínio metodológico dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo de premissas por intermédio de uma cadeia de observações conclusivas em ordem decrescente, ou seja, da análise do geral para o particular, chega-se a conclusão.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

a) Uma Liberdade não Absoluta

Para Zippelius (2010, p. 239), só há liberdade jurídica, ou seja, delimitada e garantida pelo direito, quando houver limitação mútua do livre arbítrio, pois o que alguém perde por via do contrato social é a sua liberdade natural e o direito ilimitado a tudo o que o tente e que possa alcançar; o que ganha é a liberdade civil e o direito de propriedade sobre tudo o que lhe pertença. Incluídos aí obviamente, bens imateriais como o nome e a honra.

Joel Feinberg (2000, p. 308) nos lembra a forma como o princípio liberal que apoia a liberdade de expressão do pensamento, geralmente também define os limites daquilo que o direito permite que seja dito. Ele completa o *harm principle* de Stuart Mill, que de amplitude tão extensa, acabou por se tornar uma fórmula vazia com urgente necessidade de ser suplantado, o que foi concretizado por este autor, quando delimitou alguns degraus em que os interesses individuais ou coletivos correriam perigo face à liberdade de expressão.

Com efeito, há casos em que permitir que alguém diga livremente tudo aquilo que pensa, traz mais danos do que benefícios à sociedade, o que demonstra que a liberdade de expressão precisa conhecer alguns limites. Assim como para Aristóteles (2004), não há jeito certo de se cometer um adultério, pensamos que também não há uma forma correta de ser sexista. É preciso, portanto, por via excepcional, obviamente, privar uma pessoa de exercer sua liberdade de pensamento de forma absoluta para escolhermos o menor dos males, entre o cerceamento das ideias e a livre e ilimitada divulgação das mesmas.

A contribuição de Feinberg (2000, p. 309) para a discussão, se dá pela exclusão de algumas categorias de expressões do *harm principle* de Stuart Mill, nomeadamente: difamação e verdade maliciosa; invasão de privacidade; e os discursos que causem prejuízo

ou dano ao outrem: aqueles que causem pânico, provoquem retaliações violentas ou incite os outros ao crime ou insurreição. Passaremos a analisar brevemente cada uma dessas hipóteses.

A difamação geralmente ocorre quando alguém, dirigindo-se a terceiro, imputa a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um fato, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, excetuando-se dentre outros casos, as situações em que a imputação é feita para realizar efeitos legítimos (a exemplo de um crítico de teatro por exemplo, que fala mal de um autor ou de um espetáculo; ou ainda, do parlamentar que impõe características negativas a um colega em um discurso no exercício de suas funções), e quando o agente provar a verdade ou tiver tido fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira. Isso nos leva a concluir que toda difamação é, a princípio, falsa, e que uma pessoa tem o direito de proteger a sua honra ou a sua reputação, assim como o tem de proteger a sua vida ou sua integridade física, cabendo então ao autor da conduta difamatória, a prova da verdade. A pergunta daquele autor acima mencionado, é: o interesse da sociedade pela verdade é assim tão legítimo que deva se sobrepor ao direito de uma pessoa privada de resguardar a sua reputação? E para isso, ele cita o exemplo da senhora que na juventude drogava-se e prostituía-se, e após ser condenada pela prática de alguns crimes e cumprir sua pena, resolve mudar de vida, vai para outra cidade, casa-se com um senhor respeitado e ocupa um posto na igreja local. Um vizinho descobre seu passado e resolve publicar sua história numa espécie de jornal comunitário, para que todos saibam a verdade sobre aquela senhora, que é obrigada a deixar o posto que ocupava na igreja, passa a ser hostilizada pelos membros da comunidade e, embora tenha mudado de vida e tenha direito de esquecer o seu passado, juridicamente, pelo menos sob o ponto de vista do direito penal, ela não teria remédio, já que todos os fatos narrados pelo vizinho, eram verdadeiros.

Assim, os argumentos favoráveis à busca da verdade pela sociedade, não são suficientes para se sobreponem a proteção da intimidade de alguém, haja vista que rondam a ideia de mera “decepção” causada por alguém que quer esquecer a verdade sobre o seu passado, e uma vez membro de uma comunidade, apesar de esta ter interesse em conhecer sem surpresas, todos os seus componentes, a ninguém é dado o direito de ultrapassar os limites de sua vida privada. Ora, o julgamento de condutas ocorridas estritamente no âmbito privado é injusto para com a pessoa que já não tem ligações com seu passado, pois representa uma pena perpétua aplicada pela sociedade, o que é de fato uma punição ainda mais cruel do que o sistema penal (FEINBERG, 2000, p. 310). E se observarmos o fato de que todo esse interesse na vida privada só ocorre, nesse exemplo em estudo, porque a vítima é mulher, tal

injustiça torna-se ainda mais evidente. Se no caso citado, a pessoa que mudou de vida e de cidade, fosse um homem, certamente o interesse pela sua intimidade passaria despercebido.

O conceito abstrato de verdade nos permite concluir que em alguns momentos, a proteção da reputação de alguém pode de sobrepôr a ela, essencialmente quando na verdade não haja interesses relevantemente públicos, ficando adstritos ao âmbito privado. A verdade, portanto, não deve ser perseguida a qualquer custo.

Ainda nos chama atenção neste exemplo, é que apesar da decepção causada naquela comunidade, a falta de interesse público sobre o passado daquela senhora, demonstra que o intuito da divulgação de elementos de sua intimidade não é outro, senão o de causar-lhe agressões psicológicas. É dizer, um discurso direcionado a uma mulher especificamente, com o único intuito de a agredir, de causar-lhe dor, não deve ser protegido pela liberdade de expressão, pois não há interesse público na divulgação dessas ideias, e/ou, não há prejuízo algum para a sociedade se tais ideias não forem divulgadas. Não há, portanto, verdade que se perca, ou pelo menos, não há risco algum na perda dessa suposta verdade.

Com efeito, não há verdade a ser protegida naqueles discursos que visam causar danos psíquicos em outras pessoas, seja através de práticas reiteradas, seja por condutas isoladas. Os maus tratos da mente são tão graves quanto os do corpo, como defendem Bublitz e Merkel (2014, p. 52). Estes autores questionam o motivo pelo qual estamos tão convencidos de que, se ninguém é permitido de dispor do corpo do outro sem a autorização deste, por que estaria de dispor de sua mente? Por que assustar almas é tão diferente de violar o corpo? Nestes casos, assim como causar danos físicos a outrem limita a liberdade de alguém, um discurso que tenha claramente por objetivo causar danos psíquicos e que seja direcionado a uma pessoa ou grupo de pessoas específicas, não pode ser abrangido pela liberdade de expressão. E esse é um problema que merece a urgente atenção do direito, pois a autodeterminação psíquica e a proteção à integridade mental, são tão importantes como a óbvia proteção jurídica à integridade física de alguém. Nestes casos, infelizmente, em ambos os bens jurídicos protegidos: a mente e o corpo, as vítimas mais vulneráveis ainda são as mulheres.

Este tema nos remete a outro elemento do *harm principle* de Mills, trazido por Feinberg (2000, p. 310): o da invasão de privacidade, quando em algumas situações, uma afirmação sobre alguém pode nem ser uma difamação, e nem ser falsa, mas ainda assim representar uma ofensa ao que o autor chama de “paz mental”, ou “senso de dignidade”, ou ainda de “gozo da solidão”. É que em muitas situações, os Tribunais se deparam com queixosos que buscam apenas o direito de “*being let alone*”, ou ainda, o direito de “*not being*

known about”, o que representa um *hard case* jurídico atual, sobretudo em tempos de terrorismo e crescente violência.

Em conclusão aos argumentos desse autor em epígrafe, nos parece que de uma forma ou de outra, os discursos que, segundo ele, devem sofrer restrições, já estão consolidados no âmbito das responsabilidades criminal - ou como prefere Zechariah Chafee (1941, p. 33), punível pelo *normal criminal law of words* - ou pelo instituto da responsabilidade civil, na maioria dos ordenamentos jurídicos democráticos, o que parece desde logo, resolver o problema, ou pelo menos, coloca a discussão em outro plano: o de saber se as regras ou as decisões que punem o autor daqueles discursos, fazem parte de um sistema de direito justo.

Contudo, há ainda algumas situações onde os discursos não são considerados crime de maneira evidente, e nem estão consolidados naquelas situações típicas da responsabilidade civil, sobretudo quando se tratam de condutas danosas à honra ou reputação da mulher, que por vezes tornam-se vítimas esquecidas. Contudo, sabemos que a pessoa deve ser tratada sempre como um fim em si mesmo, cujo valor está acima de qualquer preço, e nunca como meio (RACHELS, 2004).

b) O Problema do Discurso de Ódio

Um grande problema a que o direito é chamado a pronunciar-se, é o de saber como e quando será desenhado um limite à liberdade de expressão, quando no exercício desta, o discurso proferido cause dano às mulheres. Porém a concretização desses limites não pode configurar uma censura prévia, pois nesse caso, desvirtuaríamos o próprio conceito de liberdade de expressão. Então, o problema que se coloca neste momento é: o discurso de ódio contra as mulheres extrapola os limites da liberdade de expressão? E em caso positivo, ele deve ser considerado sempre um crime, ou sua conduta deverá ser permitida e, em causado um dano, este ser objeto de reparação posterior?

Contudo, antes de mais, devemos dizer que a problemática dos discursos de ódio, para Adams (2013, p. 241), já se inicia em conhecer o seu conceito. É que há condutas que são tipificadas como crime pela legislação penal e, portanto, proibidas, a exemplo dos crimes de racismo e de injúria racial; há outros casos em que a conduta é punida administrativamente; e há situações finalmente, que configuram casos clássicos de responsabilidade civil por dano moral. Porém, há momentos em que o discurso não é claramente inserido em nenhuma dessas categorias. Um discurso pode não parecer representar um padrão típico de um comportamento discriminatório, e ainda assim, causar dor ou ofensa às suas vítimas. Uma opinião que

diminua o valor da mulher na sociedade, pode ilustrar um discurso de ódio, porém não ser tratado como crime. A ideia de fazer uma associação direta desse discurso à prática de um crime, portanto, é uma leitura um tanto quanto apressada.

Com efeito, não encontramos na doutrina um conceito fechado daquilo que se entende por discurso de ódio, mas o que está difundido tanto na doutrina quanto na legislação internacional, é que trata-se da divulgação de ideias odiosas, impopulares, politicamente incorretas, na maioria das vezes contrário ao aceito pela maioria, que pode gerar o ódio por parte da parcela da sociedade que se sinta atingida por estas ideias.

Para Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2012, p. 685), o discurso de ódio é a manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, que por sua vez são, na maioria das vezes, representantes das minorias, como pode ser em algumas situações, o caso das mulheres. Portanto, ainda na seara da discussão sobre proibir ou não um discurso que possa gerar ódio, essa autora reconhece que é por meio da discussão, da existência de opiniões conflitantes que se alcança a busca pela verdade, e esse é sem dúvida o melhor caminho para desqualificar o discurso do ódio: a livre discussão de ideias.

Neste cenário, o que prega a doutrina mais liberal é que a recusa de ideias impopulares propagadas por discursos odiosos deve partir da própria sociedade esclarecida e bem informada, por meio de uma discussão livre e do conhecimento de todas as versões da história, até mesmo aquelas que aparentemente não tem compromisso com a verdade, já que a própria história da humanidade comprova que a proibição de divulgação de ideias impopulares nunca foi obstáculo eficaz para impedir a sua propagação.

Edgar Taborda Lopes (2014, p. 205) afirma que os cidadãos vivem em sociedade e têm também de pagar o preço por isso. Para esse autor, há três sistemas possíveis de abordagem sobre os limites à liberdade de expressão: o americano, que proíbe o Congresso de restringir a liberdade de expressão, e permite inclusive manifestações racistas do grupo *Ku Klux Klan*, por exemplo; o que decorre da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que faz quase sempre prevalecer a liberdade de expressão, embora permita algumas restrições, nomeadamente ao discurso de ódio, a negação do holocausto ou propaganda nazi, o que certamente é devido à recente história vivida na Europa; e a mais tradicional e conservadora, aquela que faz prevalecer a honra sobre a liberdade de expressão.

Para Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2012, p. 688), no sistema norte americano, o Estado privilegia a liberdade de expressão, punindo apenas as expressões de ódio que denigram o valor da dignidade humana das vítimas. Neste sistema, parte-se do pressuposto

que o discurso do ódio se encontra no mundo das ideias, não gerando uma ação concreta. Para a Suprema Corte Americana, não deve haver punição para a manifestação da ideia ou de uma ideologia em abstrato, exceto quando elas representam uma ação em concreto. É o emprego do critério do *clear and presente danger* como forma de combater e delimitar o discurso odioso. Ainda para a mesma autora, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem caminha para o não reconhecimento do discurso de ódio contra os judeus como forma de livre manifestação de pensamento, por entender que ele significa mais uma conduta do que um mero discurso.

A diferença de tratamento dado à liberdade de expressão pela jurisprudência norte-americana e pela do Tribunal Europeu de Direitos do Homem se dá, certamente, pela realidade vivida pelos cidadãos europeus que em inúmeros casos sofreram diretamente a dura realidade nazista, e embora muitas pessoas tenham fugido dessa realidade para o continente americano, este não sofreu diretamente a perseguição aos seus cidadãos. Este ponto demonstra que, o contexto histórico de uma sociedade a faz construir seus valores e a protegê-los com a máxima eficácia, e é salutar que o discurso livre de uma sociedade democrática seja instrumento da consolidação do respeito e dignidade de todas as pessoas. Quanto maior o nível de desenvolvimento cultural de uma sociedade, portanto, menor será o risco de propagação de discursos discriminatórios e de desrespeito contra as mulheres. Neste sentido, qual deverá ser a posição do direito em relação ao discurso de ódio? É certo que quando estamos diante de liberdades civis onde precisamos garantir um ambiente de liberdade de expressão para todos e combiná-la com a autodeterminação da pessoa, com a dignidade da pessoa humana, com não discriminação, dentre outros valores, o dano será sempre real e deverá ser suportado por alguém. Em algumas situações, o dano será suportado pelo autor que não poderá divulgar sua ideia ou sofrerá as consequências da divulgação dela; em outras, pela vítima que sentir-se-á ofendida.

Neste cenário, a questão, portanto, é identificar o caminho que trará o menor dano à sociedade como um todo: proibir o discurso previamente, ou permiti-lo, e tendo sido causado um dano, garantir meios de ser reparado? Diante de uma ideia em abstrato, ficamos com a segunda opção como regra geral. Porém, há exceções, e na hipótese de se proibir um discurso através de uma legislação que o considere ilícito, podemos justificar pelo fato de haver certos valores em uma sociedade que são indispensáveis para garantir o bem-estar de todos, e de forma evidente, identificam esta mesma sociedade como única, e que o Estado tem o dever de garantir e de proteger contra quaisquer perturbações, nomeadamente através do discurso. Em nome da liberdade de expressão, o direito não pode permitir discursos atentatórios ao próprio

Estado de direito. Contudo, vale ressaltar, não permitir um discurso será uma situação excepcional.

c) A Ponderação de Valores Jusfundamentais

Por não ser uma ciência exata, a doutrina questiona-se - e por vezes, diverge - se o direito pode encontrar apenas uma solução correta para todos os casos de conflito entre direitos fundamentais. Neste sentido, a ponderação é, portanto, uma técnica que visa solucionar a colisão entre dois bens fundamentais que se encontram em conflito num plano de fato. E as soluções apresentadas aqui, serão tantas quantos forem os conflitos no plano de fato.

Para Jorge Miranda (2012), apenas há conflito de direitos quando estes são exercidos dentro dos seus limites, já que não há direitos absolutos ou ilimitadamente elásticos, sendo assim não há que se falar em conflito entre direitos que extrapolem seus limites de exercício regular e invadam o ambiente de abuso de direito. A grande questão aqui, é saber quais são estes limites, quando estamos diante de um discurso que cause dor e ofensa às mulheres.

Para solucionar conflitos entre princípios constitucionais, Alexy (2006) afirma que a posição deve ser completamente diversa da tomada para solucionar divergências entre as regras jurídicas, pois nenhum dos princípios será invalidado quando ocorrer uma situação de choque entre eles, e nem deve haver na lei um rol taxativo de exceções a estes princípios quando eventualmente acontecer tal fenômeno de conflito. Já com as regras jurídicas, a solução é diferente, pois quando estas divergem, uma delas deve ser extirpada do ordenamento jurídico. Para o autor em destaque, quando há uma relação de tensão entre dois ou mais princípios constitucionais, a solução a ser apresentada é a de que um destes princípios deve ceder diante do outro, ou seja, um deles prevalecerá, e as variações dessa solução serão tantas quantas forem as situações de conflito. Assim, a interpretação e a aplicação de um princípio constitucional em detrimento de outro, será ponderada em cada caso concreto, podendo em uma situação prevalecer um direito, e em outra semelhante, onde haja conflito entre os mesmos direitos, a solução ser exatamente oposta. Os princípios, portanto, diferente das regras, apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.

Tarefa difícil é a que recai sobre o juiz do caso em concreto, aquele que “pronuncia as palavras da Constituição” (PALMA, 2008, p. 523), que precisa recorrer ao que Canotilho (2003) chama de princípio da concordância prática, que visa delimitar o âmbito material constitucionalmente protegido dos direitos e bens constitucionais que estão em confronto; ou

análise do âmbito material da norma, onde os limites de cada direito se determinam em função do seu próprio fim e pela existência de outros direitos; ou ainda, ao princípio da proporcionalidade, para fazer a ponderação de dois valores em conflito numa situação de abuso de direitos fundamentais, sobretudo, onde o exercício de um direito fundamental viola um outro direito, como por exemplo, quando o exercício da liberdade de expressão ponha em causa a honra ou dignidade da mulher.

Para Edgar Lopes (2014, p.208), outro critério operador da ponderação é o princípio da otimização de direitos e bens constitucionais, que conduz ao estabelecimento de limites aos direitos colidentes entre si de forma a conseguir uma autêntica eficácia ótima de ambos os direitos, onde as limitações não devam ir além do necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

Interessante solução é aquela trazida pelo art. 335 do código civil português (n.1), que determina que havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para quaisquer das partes. Tal solução sugere a limitação voluntária dos direitos das partes envolvidas, em nome de uma harmonia das relações jurídicas que mantivessem intactos apenas os núcleos essenciais daqueles respectivos direitos, procurando otimizar a eficácia dos preceitos em conflito, sem aniquilar nenhum no seu conteúdo essencial.

Com efeito, transpondo essa ideia para a realidade da divulgação de um pensamento que discrimine as mulheres, sempre que nela estivesse presente um dano à dignidade da mulher, caberia ao autor um exercício de autocensura, em respeito à esta dignidade, ou ainda, como prefere Neil (1966), de autocontrole, pois isso significa a habilidade de pensar na outra pessoa, ou de respeitar os seus direitos. Assim, podemos encontrar um embrião de fundamentação para a escolha entre a divulgação de uma opinião danosa à mulher e a autocensura, no imperativo categórico kantiano: a justificativa para as limitações que uma pessoa precisa impor a si mesma em respeito à outra, é o respeito moral para com ela e para com a sociedade, ou seja, a ideia de ter de reconhecer todo outro ser humano como uma pessoa. Isso significa agir em relação a ela do modo a que nos obrigam moralmente as propriedades de uma pessoa (HONNETH, 2003, p. 186).

Longe da hipótese altruísta da autocensura, no exercício do direito de expressar-se livremente, em caráter positivo, como já restou claro ao longo deste estudo, a liberdade de expressão não pode ser exercida de maneira ilimitada, pois haverá situações em que ela, inevitavelmente entrará em conflito com outros direitos fundamentais de igual natureza. Por outro lado, a liberdade de expressão não pode ser tolhida arbitrariamente, pois trata-se de um

direito construído e preenchido ao longo dos tempos e berço da democracia, com valores moral e político inigualáveis, e ainda, único caminho para a descoberta da verdade. Daí tamanha dificuldade encontrada no estudo do tema apresentado: buscar um limite viável que garanta a dignidade da mulher numa sociedade democrática, porém, sem comprometer a liberdade de expressão, que é imperativo desta sociedade.

d) A Dignidade da Mulher como Parâmetro de Ponderação

Castanheira Neves (2013, p. 12) nos ensina que a interpretação jurídica deixou de significar apenas a interpretação da lei e passou a ser concebida como “*actus* da realização de direito”. Isso quer dizer que, é pela problemática autônoma e específica da realização do direito, no seu momento metodológico-normativo, que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei. Contudo, resta evidente que o exercício do direito à liberdade de expressão precisa observar alguns limites, em nome principalmente, da tolerância e da convivência pacífica de uma sociedade plural. Segundo Zippelius (2010, p. 239), a liberdade está limitada tanto pelas realidades que fixam o que podemos fazer, quanto pelas normas que determinam o que nos é permitido fazer, sendo as normas jurídicas as responsáveis por traçar os limites à atividade permitida. Ao direito, portanto, cabe delimitar as esferas da liberdade jurídica, conferindo a cada um a margem de conduta legal possível, de tal modo que a liberdade jurídica de um indivíduo mantém sempre relações com a liberdade de outros.

Em Fichte (apud ZIPPELIUS, 2010, p. 239) a tal liberdade jurídica fica evidente quando este afirma que os seres livres não subsistem juntos se cada um não limitar a sua liberdade com a liberdade de todos os demais, o que dialoga com o próprio conceito de direito de Kant (2011, p. 43) onde o direito é “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade”.

Nesse sentido, a delimitação das esferas individuais de liberdade segundo uma lei geral significa sobretudo, uma delimitação desta mesma natureza, para todos os demais, como restou claro já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 4º. quando consagrou que a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada um, não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade, o gozo dos mesmos direitos. E estes limites, por sua vez, apenas podem ser determinados pela lei. Então, num cenário em que, de um lado configure o amplo exercício da liberdade de expressão, e de outro, a proteção à integridade de autodeterminação da mulher, as perguntas as quais precisam de respostas, são:

(83) 3322.3222

contato@conidih.com.br

www.conidih.com.br

quais são os critérios possíveis utilizados na ponderação? E ainda, qual o parâmetro utilizado para identificarmos para que lado a balança penderá?

Na articulação desses valores como se fossem círculos que se encontram, haverá sempre um núcleo que é comum a eles, um reduto mínimo que permaneça intocável, e que deve ser perseguido por todos os sujeitos da sociedade, qual seja: a dignidade da mulher, que está obviamente inserida no núcleo da dignidade da pessoa humana que, com efeito, apesar de seu conceito alargado e aparentemente vazio, é possível sempre ser preenchido. Há um reduto mínimo cultural de dignidade que vai sendo construído e preenchido ao longo do tempo. Há na dignidade da pessoa humana, portanto, um núcleo intocável inerente ao seu conceito, que faz parte de um núcleo mínimo de moral construído historicamente (TUGENDHAT, 2003).

Uma vez que esse núcleo essencial caracteriza e garante à mulher o próprio *status* de ser social, deve ser reconhecido e buscado por todos os sujeitos da sociedade. Neste sentido, o parâmetro para a ponderação em um caso concreto, quando se coloca a questão de conflito entre esses princípios fundamentais aqui estudados, não pode ser outro senão a dignidade da mulher. Como referiu Maria Fernanda Palma (1998, p. 87), é a dignidade humana que justifica toda a liberdade, “enquanto liberdade própria e do outro”.

Assim, concluímos que uma teoria alicerçada na dignidade da pessoa humana como parâmetro de ponderação, diante de uma situação de conflito entre dois valores constitucionalmente protegidos, quando estes se chocam em seu exercício regular, ou seja, dentro de seus limites imanentes, e no contexto específico do discurso que discrimina as mulheres, objeto central do presente estudo, a balança da justiça deve pender para a dignidade da mulher.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, é na questão de saber como se podem medir e delimitar entre si, em concreto, as liberdades dos seres humanos, que se reflete a problemática da justiça.

Assim, a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco, pois os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática, quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais. Portanto, é numa realidade globalizada, de sociedades com aspecto cada vez mais multicultural das quais se espera maiores níveis de tolerância e inclusão, que estas relações sociais tornam-se mais evidentes, e por vezes, o Estado é chamado a intervir na garantia de um reconhecimento mútuo, nomeadamente quando das lutas moralmente motivadas de grupos

sociais, a exemplo das mulheres, pela tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente, formas ampliadas de reconhecimento recíproco. A verdadeira luta por reconhecimento, portanto, é a luta contra a denegação do reconhecimento.

A justificativa para o reconhecimento jurídico não é outra senão uma operação da consciência, uma vez que, por um lado, ela pressupõe um saber moral sobre as obrigações jurídicas que temos de observar perante pessoas autônomas, e por outro lado, uma interpretação empírica da situação em concreto a saber se se trata de um ser com a propriedade que faz aplicar aquelas obrigações.

É certo que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e ilimitado, seu exercício requer a observância à limites que são intocáveis e que seu reconhecimento representa o reconhecimento da mulher como pessoa munida de dignidade humana. Então, o reconhecimento desta subjetividade do outro se fundamenta em deveres de reconhecimento recíproco como sujeito, segundo os quais haverá para cada pessoa o dever de reconhecer a validade da norma jurídica, desde que esta a pressuponha como sujeito, mesmo que contrarie o seu interesse, e desde que a sua negação possa pôr em causa a sua participação numa sociedade democrática, pressuposto da sua subjetividade.

Com efeito, a aceitabilidade dessas normas que impõem o respeito à mulher, depende portanto, de um reconhecimento de cada destinatário como sujeito delas próprias e de alguma forma, como titular de um interesse por elas protegido. Deve ser do interesse de todo ser humano, o respeito pelas mulheres. Tal ideia é o que Honneth (2003, p. 210) entende por “estimar-se simetricamente”, que quer dizer que todo sujeito recebe a chance, sem graduações coletivas, de experienciar a si mesmo, em suas próprias realizações e capacidades, como valioso para a sociedade. Assim, quando a pessoa é capaz de reconhecer-se e estimar-se a si próprio como pessoa e como destinatário de regulações jurídicas, o auto-reconhecimento e a autoestima, levam a um novo grau de solidariedade social, e conseqüentemente, de reconhecimento do outro como destinatários dos mesmos direitos, nas mesmas medidas.

E finalmente, o que garante o reconhecimento jurídico da pessoa, portanto? Seria somente o consenso? Neste sentido, fazemos como Arthur Kaufmann (2014) que questionou sobre o que faz com que uma norma jurídica se mostre susceptível de consenso, de modo a ter uma pretensão legítima de ser reconhecida, já que a aprovação formalmente correta das normas por si só, não basta. Para o autor em epígrafe, a susceptibilidade de consenso depende essencialmente também do fato de o conteúdo da norma constituir direito justo, onde apenas possa se legitimar se garantir a cada um aquilo que lhe corresponde como pessoa, e um direito que garanta às pessoas aquilo que lhes corresponde nas suas relações com os outros, tem

legitimidade para obter reconhecimento nas consciências individuais. Esse direito será, portanto, passível de consenso e será intersubjetivamente válido. É fundamental que o direito não apareça perante às pessoas como algo que lhes é estranho, pois o direito válido tem de ser análogo ao homem (e à mulher).

Neste sentido, acabamos por concluir que, em uma sociedade democrática, a liberdade de expressão deve ser sempre perseguida, sob pena de se perder a essência dessa democracia, porém, o exercício legítimo desta liberdade deve encontrar alguns limites, e no que toca ao discurso que discrimina às mulheres, esse limite que ao mesmo tempo é o parâmetro de ponderação de conflitos entre valores constitucionalmente protegidos nessa seara, é a dignidade da mulher, aquele núcleo essencial que lhe caracteriza como pessoa e que lhe dá condições de uma convivência digna em sociedade.

REFERÊNCIAS

ADAMS, David M. *Philosophical Problems in the Law*. 5ª. ed. Boston : Wadsworth, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Edson Bibi. São Paulo : EDIPRO, 2014. Disponível em: http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf). Acesso em: 6 de setembro de 2019.

BUBLITZ, Jan Christoph; MERKEL, Reinhard. Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and Human Right to Mental Self-Determination. *In: Criminal Law and Philosophy*. Nova Iorque, Vol. 8, Issue 1, págs. 51-77, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CHAFEE JR, Zechariah. *Free Speech in the United States*. Cambridge : Harvard University Press, 1941.

FEINBERG, Joel. Limits to the Free Expression of Opinion. *In: Philosophy of Law*. 6ª. edição. FEINBERG, Joel; COLEMAN, Jules (org.). Belmont : Wadsworth, 2000.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. Tradução de Luiz Repa, São Paulo : Editora 34, 2003.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2^a ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LOPES, Edgar Taborda. Liberdade de Expressão e Tutela da Honra – Que Limites? *In: Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*. Volume LV, n. 1 e 2. Páginas 189 à 213. Coimbra : Coimbra Editora, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha. O Discurso do Ódio e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge*. Volume III. Coimbra Editora : Coimbra, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 9^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2012.

NEIL, Alexander Sutherland. *Freedom: Not License!* Oxford : Hart Publishing, 1966.

NEVES, Castanheira A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

PALMA, Maria Fernanda. Lições de Filosofia do Direito. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1998. (Texto não publicado pela autora).

_____. O Legislador Negativo e O Intérprete da Constituição. *In: Revista O Direito*. Ano 140^o. Páginas 523 à 535. Coimbra : Almedina, 2008 (III).

RACHELS, James. *Elementos de Filosofia Moral*. Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa : Gradiva, 2004.

TUGENDHAT, Ernst. *O Problema da Moral*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2003.

WARBURTON, Nigel. *Liberdade de Expressão – Uma Breve Introdução*. Gradiva : Lisboa, 2015.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa : Quid Juris, 2010.