

Direito Comparado: Justiça do Canadá; amplia conceito de “discurso do ódio”

O “discurso do ódio” e o tratamento jurídico que se lhe deve dar é objeto de interesse recente na dogmática brasileira^[1], embora o marco jurisprudencial sobre o tema seja o famoso Caso Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal há quase 10 anos.^[2] Siegfried Ellwanger, nacional brasileiro, fez publicar obras de caráter antissemita e que negavam a ocorrência do Holocausto dos judeus na Segunda Guerra Mundial. Ele foi denunciado pela prática de apologia ao preconceito e à discriminação dos judeus (artigo 20 da Lei 7.716/1989, com a redação dada pela Lei 8.081/1990) e surgiu a discussão sobre estar prescrita sua conduta, tese que seria afastada pela recondução desse tipo penal ao conceito de “crime de racismo”, o que atrairia as cláusulas de inafiançabilidade e de imprescritibilidade, ambas constitucionalmente previstas no artigo 5º, inciso XLII.

O STF, em um dos mais discutidos julgamentos de sua história, o que se nota pela profusão de estudos publicados sobre esse aresto, considerou que haveria efetivo delito de racismo, até em razão de o Brasil ser aderente a “tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamofobia’ e o ‘antissemitismo’”.^[3] De tal forma, “[a] edição e publicação de obras escritas veiculando idéias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam”.^[4]

Para o STF, a liberdade de expressão não contemplaria, em seu suporte fático, a incitação ao racismo, o que permitiria concluir que o Tribunal, com base na teoria interna, haveria reduzido *ex ante* o arco no qual se dilata esse direito. As conclusões do STF, embora amplamente apoiadas pela dogmática, foram criticadas por alguns autores, como Virgílio Afonso da Silva, pela ausência de rigor metodológico na construção de seus fundamentos. Esse problema da incoerência argumentativa é notável quando se compara o Caso Ellwanger com a ADPF 130, na qual se considerou não recepcionada a Lei de Imprensa.

De fato, na ADPF 130, o STF definiu a existência de dois “blocos de direitos”, o primeiro sob a rubrica das liberdades comunicativas, e o segundo, compreensivo dos direitos da personalidade (mais especificamente os relativos à imagem, à honra e à vida privada). No “balanceamento” entre esses dois blocos, que já se encontraria realizado pela própria Constituição de 1988, as liberdades comunicativas teria prevalência em seu exercício, ganhando relevo os direitos da personalidade em uma segunda etapa, quando se discutiria o direito de resposta e a reparação dos danos eventualmente causados pelo exercício abusivo das mencionadas liberdades. Nos termos do acórdão: “Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras”. Assim, “[o] corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de

informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização”.^[5]

Se os dois acórdãos pudessem ser compatibilizados, o que é bem complexo em face dos termos contudentes com que ambos trataram as condutas a eles submetidas, ter-se-ia a seguinte fórmula: 1) o discurso do ódio seria pré-excluído do suporte fático das liberdades comunicativas, o que compreenderia tanto a edição de livros, quanto a publicação de artigos, a produção de filmes, peças de teatro ou programas de televisão; 2) as liberdades comunicativas não se limitam *ex ante* pelos direitos da personalidade, mas, em caso de violação desses últimos, os infratores podem ser chamados a responder civilmente ou a assegurar o direito de resposta às vítimas. Na seção 1 da fórmula, pode-se incluir a censura a informações ou dados relativos aos incapazes (artigo 155 do Código de Processo Civil) ou sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, com as ressalvas do inciso XII do artigo 5º da Constituição de 1988.

Note-se que essa formulação é reconhecidamente suscetível de críticas, até pela dificuldade de se harmonizar os entendimentos exalçados nos dois julgamentos do STF. Esses problemas de interpretação das liberdades comunicativas, um tema especialmente polêmico, acentuaram-se com outro julgamento do STF, o também célebre Caso dos Humoristas. Ao apreciar a constitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei nº 9.504/1997, o Tribunal decidiu que “programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’, sinônimo perfeito de ‘informação jornalística’ (parágrafo 1º do artigo 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa”. Em tal ordem de ideias, “[a] liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral”.^[6]

Nos debates, por ocasião do julgamento da ADI 4.451, destacou-se que a atividade humorística tem como nota essencial a exposição das pessoas (sejam elas candidatos a cargos eletivos ou não) ao ridículo, a um processo ideológico (não no sentido político, é claro) de diminuição de suas qualidades e de acentuação de suas características incômodas ou esteticamente assimétricas. E é nesse ponto que surge o ponto de conexão com o título desta coluna: os limites entre o “discurso do ódio” e a liberdade de expressão, a partir de um recente julgado da Suprema Corte do Canadá. É conveniente resumir essa decisão canadiana, tomada à unanimidade, que foi publicada em fevereiro de 2013: a) o Código Penal do Canadá considera criminosa qualquer ato de caráter racista, homofóbico, antissemitas ou que tenha por fim “deliberadamente promover o ódio”, de maneira pública, contra grupos identificáveis; b) William Whatcott, um ativista religioso, vinculado a uma comunidade cristã, distribuiu panfletos com texto depreciativo aos homossexuais; c) o tribunal provincial de Saskatchewan condenou William Whatcott sob o fundamento de que esse material afrontava a dignidade, alimentava o sentimento de ódio e menosprezava os homossexuais. Ele foi condenado a pagar 17.500 dólares canadenses a título de reparação.

Houve recurso para a Suprema Corte do Canadá, que manteve o acórdão do tribunal de Saskatchewan,



por considerar que efetivamente a conduta de William Whatcott se enquadrava no conceito de “discurso do ódio”. A liberdade de expressão religiosa teria de ser protegida, mas ao ridicularizar e menosprezar as pessoas, Whatcott foi longe demais e abusou de seu direito fundamental. A despeito da confirmação do julgado local, a indenização foi reduzida para 7.500 dólares canadenses.

A decisão da Suprema Corte do Canadá tem sido objeto de grande polêmica no país. Seus defensores argumentam que a cultura e os valores canadenses são menos tolerantes com os abusos da liberdade de expressão (inclusive a religiosa) do que seus vizinhos norte-americanos. É de se recordar a esse respeito as posições de Ronald Dworkin sobre o discurso do ódio: a) não se deve proibir o discurso do ódio de maneira *a priori*: é necessário que ele seja posto à lume, conhecido e submetido ao crivo social, até para que sofra a indispensável crítica; b) os eventuais abusos cometidos nessa manifestação da liberdade comunicativa implicarão a responsabilidade do infrator.^[7] Essa visão dworkiniana é bastante simétrica aos fundamentos do STF na ADPF 130, embora ali se tenha discutido as liberdades comunicativas e não o discurso do ódio. Mas, se o “modelo” da ADPF 130 prevalecer (primazia da liberdade de expressão e submissão aos efeitos cíveis por seus excessos) em casos de discurso do ódio, ter-se-ia uma nítida contradição com as conclusões do recente julgado da Suprema Corte do Canadá.

Do exame de todas essas decisões soblevam duas consequências: a) é necessário que os estudos (e os julgados) envolvendo os conflitos entre a liberdade de expressão e a preservação da intimidade ou da dignidade de pessoas ou de grupos desenvolvam pressupostos metodológicos coerentes. Muita vez, a decisão — como se deu no Caso Ellwanger — é adequada em seus fins, mas cria um sério custo argumentativo para o próprio Tribunal e uma plethora de efeitos inesperados para outras situações, como se pode notar ao se inserir um elemento mais complexo na equação, ao exemplo da liberdade religiosa; b) o Brasil precisa definir se adota o caminho norte-americano ou a via de pré-exclusões do suporte fático da liberdade de expressão. Há diversas proposições legislativas em andamento no Congresso Nacional sobre esse difícil equilíbrio entre direitos fundamentais. E é muito conveniente que a doutrina — tantas vezes focada em discussões retóricas ou populistas — forneça um referencial teórico útil para esse importante debate sob pena de ser esquecida porque irrelevante, como tantas vezes há conclamado Lenio Luiz Streck em suas excelentes colunas.

[1] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio** : racismo, discriminação, preconceito, pornografia, financiamento público das atividades artísticas das campanhas eleitorais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio** : a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença. Brasília : Consulex, 2012; BOTELHO, Marcos César. Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso do ódio. **Argumenta** : revista do curso de mestrado em ciência jurídica da Fundinopi, n. 16, p. 283-301, jan./jul. 2012.

[2] STF. HC 82424, Relator Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004.

[3] Trecho da ementa do acórdão do HC 82424.

[4] Trecho da ementa do acórdão do HC 82424.

[5] STF. ADPF 130, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 6-11-2009.

[6] STF. ADI 4451 MC-REF, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, publicado em 1º



-7-2011.

[7] DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert e DUHAMEL, Olivier. (Orgs). **Democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 160-161.