



Discriminação no direito latino-americano: precedentes da Corte Interamericana e a tradução da Convenção

Pedro Lima Marcheri¹

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo identificar os padrões de julgamento que orientam a formação de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Estes precedentes, que colacionam a liberdade de expressão e o discurso de ódio, influenciam a forma da criminalização dos delitos de discriminação odiosa. Os tratados internacionais podem prover uma alternativa adequada para o alinhamento da legislação criminal aos sistemas mais modernos que criminalizam o discurso de ódio. Por meio de revisão bibliográfica, e jurisprudencial, apresentam-se aspectos relativos a tal adaptação. Todavia, esta incorporação do conteúdo normativo da Convenção Interamericana não foi realizada com sucesso pelo Brasil em virtude de erros técnicos em sua tradução. Estas erronias prejudicam o acesso à jurisdição da Corte em razão do estreitamento das hipóteses de violação da Convenção.

Palavras-chave: Discurso de Ódio; Convenção Interamericana; Tradução; Discriminação.

Discrimination in latin american law: inter-american court precedents and translation of the convention

Abstract: The present research aims to identify the standards of judgment that guide the formation of precedents of the Inter-American Court of Human Rights. These precedents that confront freedom of expression and hate speech affect the form of the criminalization of hateful discrimination offenses. International treaties can provide a suitable alternative to the alignment of criminal law to most modern systems that criminalize hate speech. Through literature review and case law, they present aspects of such adaptation. However, this incorporation of the normative content of the Inter-American Convention has not been successfully performed in Brazil due to technical errors in translation. These failures hinder the access to the jurisdiction of the Court due to the narrowing of the cases of violation of the Convention.

Keywords: Hate Speech; Inter-American Convention; Translation; Discrimination.

¹ Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Avaliador permanente da Revista de Direito de Franca (UNESP) e da Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado Criminalista. Professor de Direito do Centro Universitário Católico Salesiano "Auxilium". E-mail: pedrolimaadvogados@hotmail.com

Introdução

Com a promulgação da Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004, a Constituição Federal passou a admitir a incorporação em seu bojo normativo de tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma de emenda constitucional (votação bicameral, em dois turnos e quórum de três quintos dos membros). Com tal advento, passam a integrar o chamado "bloco de constitucionalidade" não só o texto originário da Constituição, mas também as emendas constitucionais e os tratados sobre direitos humanos; todos em patamar de igualdade hierárquica.

A desterritorialização e internacionalização das relações sociais e jurídicas fazem com que Direito Internacional vem ganhando vulto no cenário atual. Atualmente o Brasil é signatário de 97 tratados, dos quais 27 versam especificamente sobre a tutela de direitos humanos.

Diante desta sistemática de incorporação de tratados, surgiu também a necessidade que este tipo de documento jurídico fosse traduzido para o idioma pátrio, tarefa de competência do Congresso Nacional. Todavia, nem sempre tal mister é cumprido com sucesso.

O presente artigo visa trazer à lume uma destas situações: a equivocidade na tradução jurídica da Convenção Interamericana de Direitos Humanos como óbice no acesso à Corte para a proteção contra a discriminação.

Desenvolvimento da Tese

Na última década a Corte Interamericana de Direitos Humanos manifestou-se acerca da hermenêutica aplicável aos casos envolvendo conflitos sobre liberdade de expressão em duas oportunidades, nas Opiniões Consultivas 5 e 7 (OC-5² e OC-7). A primeira delas foi utilizada em 2001 como base para julgamentos que mais tarde poderiam ser utilizados em casos envolvendo discriminação, rendendo sua interpretação do Artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Bertoni (2009, p. 333) explica a evolução jurisprudencial da Corte neste tipo de caso, afirmando que embora há mais de uma década a jurisprudência da Corte Interamericana fosse quase inexistente, ultimamente alguns precedentes têm emergido dentro do sistema

² A Opinião Consultiva 5 (OC-5) foi elaborada em 1985 à pedido do governo da Costa Rica para dirimir questões relacionadas à liberdade de imprensa e de expressão à luz da obrigatoriedade associativa. O texto na íntegra encontra-se disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/comunicacao-social/radios-comunitarias/docs-documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/opniao_consultiva_5.85_advisory_opinion_05_cidh.pdf>. Acesso em: 27. jun. 2016.

interamericano. Estes casos tem demonstrado um impacto local, de modo que evidenciam as mudanças nas legislações nacionais (mesmo em níveis constitucional) bem como o alinhamento das decisões jurisprudenciais em concordância com os padrões internacionais fixados em tratados.

De tal modo, enfocando-se no tema que se pretende discutir, a análise do disposto no Artigo 13 verter-se-á para a hermenêutica de seus parágrafos 1º, 2º e 5º³.

Os primeiros esboços em prol da adequação da restringibilidade da liberdade de expressão em razão dos discursos de ódio ou racismo foram desenhados no sentido de que entendeu a Corte que os conceitos de ordem pública e bem estar social pudessem, tanto reafirmar os direitos fundamentais individuais contra o poder cerceador do governo, quanto para justificar a imposição de limitações no exercício destes mesmos direitos, sob o manto o interesse coletivo.

Neste sentido afirmou a Corte Interamericana:

§ 64 – It is possible to understand the meaning of public order as a reference to the conditions that assure the normal and harmonious functioning of institutions based on a coherent system of values and principles. In that sense, restrictions on the exercise of certain rights and freedoms can be justified on the ground that they assure public order. [...]

§ 69 – Public order or general welfare may under no circumstances be invoked as a means of denying a right guaranteed by the Convention or to impair or deprive it of its true content. (OC-5/85, 1985).

A Corte concluiu ser viável a imposição de sanções criminais para situações em que se verificasse o discurso de ódio, manifestações racistas ou preconceituosas em que houvesse desídia do Estado originário, desde que sob padrões de proteção estabelecidos na Convenção. Destarte, o uso da legislação criminal para combater determinadas formas de expressão nem sempre são contrários aos valores fundamentais da Convenção Americana, sinalizando que a introdução de um precedente como na decisão do caso *Tristán Donoso vs. Panama*⁴ assegura

³ “Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.” (CONVENÇÃO, 1969)

⁴ *Tristán Donoso vs. Panama* [2009]. Pleito nº (12.360). Extrato do julgamento para consulta no endereço eletrônico da corte. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/sap6.pdf>>. Acesso em: 10. jun. 2016.

a possibilidade do uso da legislação criminal doméstica contra casos de ódio racial e incitação à violência.

Comparativamente, a jurisprudência elaborada na Corte Interamericana foi capaz de assimilar, de forma significativa, a experiência e construções jurídicas da Corte Europeia de Direitos Humanos. Contudo, grande interação pode ser contemplada na interpretação da Convenção Europeia como um guia para os limites máximos e mínimos na proteção da liberdade de expressão nos julgados da Corte Interamericana.

A própria Corte Interamericana admite a interpretação do Artigo 10 pela Corte Europeia reflete padrões mínimos para a aplicação do Artigo 13 da Convenção Americana. Conforme reconhece Bertoni (2009, p. 352) nos últimos anos foi estabelecido um diálogo importante entre tais esferas jurisdicionais:

The Inter-American Court's rulings on the right to freedom of expression have clearly been influenced by the decisions of the European Court in many respects. The early decisions referred to this paper cite European precedent at length. At while on the surface it may appear that the influence of European jurisprudence is on the decrease [...] - in reality European jurisprudence is now embedded in the Inter-American precedents that the Court Relies on and cites. Some influence of Inter-American decisions can also be detected in European case law. In Stoll v. Switzerland, the European Court for the first time cited Inter-American Court jurisprudence in a freedom of expression case. A dialogue between the two courts may therefore be developing.

Herz e Molnar (2013) observam que até hoje a Comissão e a Corte Interamericana ainda não analisaram um caso específico de discurso de ódio, portanto, inexistindo qualquer provisão sobre a interpretação neste caso. Não obstante, a Comissão Especial de Defesa da Liberdade de Expressão, integrante da Organização dos Estados Americanos, realizou um estudo extensivo sobre o tema, o qual foi publicado no Relatório Anual de 2004⁵.

Em suma o Relatório Anual realiza uma apresentação do panorama jurídico e histórico sobre a criminalização do racismo e do ódio nos tratados e cortes internacionais.

Relembra-se em especial a legitimação extraordinária e controversa dos tribunais de Nuremberg e Ruanda, casos extremos em que o ódio foi utilizado como mola propulsora para extermínios de grupos minoritários:

En los casos más extremos, las expresiones de odio pueden ser utilizadas como armas para incitar, promover o impulsar el exterminio de un grupo de personas, como se vio en la Alemania nazi y en el genocidio de Ruanda en 1994. Ambas atrocidades dieron lugar a la creación de tribunales internacionales para procesar a los responsables y estos procesos incluían dictámenes directos sobre el delito de incitación al genocidio. Si bien este crimen aborrecible es una forma singular e infrecuente de expresión de odio, muy comúnmente objeto de las convenciones

⁵ Vide Informe Anual (2004).

internacionales y la legislación interna, las decisiones de los dos Tribunales sobre la incitación al genocidio pueden ser valiosas para orientar las decisiones sobre tipos de expresiones de odio más comunes. (INFORME ANUAL, 2004, p. 158-159)

Las expresiones de odio o el discurso destinado a intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo en base a su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad u otra característica grupal, no conoce fronteras de tiempo ni espacio. [...] Tras el Holocausto alemán, y con el crecimiento de Internet y de otros medios modernos que facilitan la divulgación de expresiones de odio, muchos gobiernos y organismos intergubernamentales han tratado de limitar los efectos perniciosos de este tipo de discurso. Sin embargo, estos esfuerzos chocan naturalmente con el derecho a la libertad de expresión garantizado por numerosos tratados, constituciones nacionales y legislaciones internas. (INFORME ANUAL, 2004, p. 153)

O Artigo 13 §5º da Convenção Interamericana diverge ligeiramente do conteúdo explícito na Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância da ONU (Artigo 4, §1º)⁶. Enquanto a Convenção institui um mandado proibitório abrangendo a proibição da propaganda de ódio, a Declaração é mais abrangente ao relacionar “*toda discriminación*”. O afunilamento da definição proscribida ao discurso de ódio é maior no caso do Artigo 13 (5), pois o mandado aplica-se apenas ao conteúdo disseminado ao público ou as práticas realizadas em público.

Não obstante, a Convenção garante maior liberdade para a regulamentação do conteúdo discriminatório em locais abertos ao público como no âmbito de trabalho, escolar ou científico. Ainda, Herz e Molnar (2013) afirmam que para a Corte Interamericana o mero fato que certas ideias ou opiniões possam ser tidas como extremamente ofensivas ou provocativas por alguns grupos sociais, isto não se constitui como argumento válido para sua restrição - influência clara da jurisprudência norte-americana. Em posicionamento ligeiramente oposto, o Comitê de Direitos Humanos da ONU sustenta que o exercício da liberdade de expressão carrega consigo responsabilidades e deveres especiais, e que, por exemplo, a influência exercida pelos professores escolares pode justificar restrições para assegurar que não se legitime pontos de vista que sejam discriminatórios⁷.

Repousa sobre o conflito entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão o hiato na definição dos limites aceitáveis em uma sociedade democrática e plural. Observa-se que uma das funções principais da prática de toda forma de expressão é convidar ao debate, que

⁶ Artigo 4º - §1. Todos os estados adotarão medidas eficazes para prevenir e eliminar toda discriminação por motivos de religião ou convicções no reconhecimento, o exercício e o gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em todas as esferas da vida civil, econômica, política, social e cultural.

⁷ §2. Todos os Estados farão todos os esforços necessários para promulgar ou derrogar leis, segundo seja o caso, a fim de proibir toda discriminação deste tipo e por tomar as medidas adequadas para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria (ONU, 1981)

⁷ Caso *Malcolm Ross vs. Canada*, §11.6, Comunicação nº 736/1997, Documento da ONU CCPR/C/70/D/736/1997 (2000). Ementa do julgamento disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/736-1997.html>>. Acesso em: 19. jun. 2016.

poderá servir como um propósito maior quando tais reflexões remetem ao descontentamento. Este debate pode levar à uma polarização benéfica, criando condições para que pessoas repensem seu contexto de vida, ainda que este panorama possa provocar algum grau de ódio (se tal polarização for exacerbada). Tal fundamento foi utilizado como base no julgamento do caso *Terminiello vs. Chicago*⁸ pela Suprema Corte Americana e no caso *Amarilla* pela Corte Constitucional Argentina⁹.

Uma vez verificado que as Cortes Internacionais têm admitido a função de aplicar sanções penais para casos em que haja ódio ou discriminação, é preciso enfrentar outra questão conceitual: qual é a definição adequada de termos como “racismo”, “discriminação” e “ódio” a ser adotada por estas mesmas Cortes – definindo assim o limite de sua competência. Embora a resposta pareça simples, no sentido de que se extraia tal conteúdo das Convenções Americana e Europeia e demais tratados que versem sobre a temática, verifica-se um claro problema de tradução dos dispositivos convencionais.

A Organização das Nações Unidas, com base na Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância, oferece um conceito amplíssimo sobre *intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções*. Com efeito, entende-se como tal “toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião”, a saber, a discriminação direta (preconceito religioso ou de crença) ou ainda com base “nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (discriminação atentatória à direitos e liberdades fundamentais) em consonância e clara ascendência do texto do artigo 5º, XLI da Constituição Federal (ONU, 1981).

Vejam os casos da Convenção Americana de Direitos Humanos. O artigo 13 contempla norma específica de proibição ao ódio, que pode ser classificada como mandado convencional de criminalização do ódio, já que dispõe sobre a obrigatoriedade de que os países signatários tenham tipos penais específicos e simultaneamente admite o ajuizamento de pleitos perante à Corte Interamericana nas mesmas hipóteses. Não obstante, a transliteração do dispositivo para a língua inglesa apresenta ligeira divergência:

5. Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law.

⁸ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1,4 (1949).

⁹ Juan H. Amarilla. Recurso Extraordinário nº 797/93. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1993. Disponível em: <<http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2014/12/amarilla-juan-h-csxn.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

5. *A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.*” (grifo nosso)

O texto em inglês refere-se à defesa do ódio nacional racial ou religioso (*advocacy of national, racial, or religious hatred*) que incite violência ilícita ou outra forma de prática similar (*incitements to lawless violence or to any other similar action*), enquanto a versão nacional indica a proibição da *apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*. Considerando a omissão do texto em português com relação à exigência da violência ilícita ou prática similar, que foi substituída por expressão mais abrangente (discriminação, hostilidade, crime, violência).

O texto em espanhol segue o indicativo da tradução norte-americana, ao trazer a idêntica vinculação do discurso de ódio à violência:

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.* (CONVENCION, 1969, grifo nosso)

O fundamento central que diferencia a interpretação da Corte Interamericana é a exegese do Artigo 13 (5), conforme a norma da Convenção, com base na vinculação do ódio ao “incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. A discriminação pura/própria, realizada sem a intenção de instigar outras práticas preconceituosas, é desconsiderada pela Convenção.

Os quatro fatores inseridos no texto não são condizentes com os indicativos jurisprudenciais da Corte Interamericana, que ressalva a primazia da liberdade de expressão, contudo, assegurando sua restringibilidade ou censura prévia diante de contextos ímpares. Herz e Molnar (2013) ratificam que a interpretação do texto enseja a aplicação da lei penal apenas nos casos em que a mensagem vincule-se diretamente à violência ilícita ou outra espécie de ação ilegal violenta.

Concomitantemente, critica-se esta interpretação com base em que esta espécie de discurso costumeiro, com o beneplácito da própria ordem do senso comum¹⁰, poderá gerar um ambiente propenso ao acirramento das tensões raciais:

The Inter-American Court is not likely to read Article 13(5) to contain Brandenburg's requirement of imminent lawless action. However it should be borne in mind, that the American Convention requires incitement to violence for speech to be proscribed as hateful. Consequently, discriminatory speech that does not amount

¹⁰ Vide Capítulo 3 “Frágil Democracia: na dança dos números” da obra de Schwarcz (2013).

to direct incitement to lawless violence - or other similar violent illegal action - against certain groups is not outlawed by the American Convention. The fact that such speech might contribute, in the long run, to an environment more prone to violence [...]. (HERNZ, MOLNAR, 2013, p. 508)

Levando em conta o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil e incorporado ao direito pátrio por meio do Decreto 592 de 6 de julho de 1992, nota-se a origem discrepância existente no texto da versão portuguesa da Convenção Americana. Prevê o Artigo 20 do Decreto 592/92: “1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.”

Há evidente transcrição de um dispositivo para outro, salvo o acréscimo do elemento “incitamento ao crime”¹¹, incorporado ao texto presumivelmente oriundo do fragmento *acción ilegal* ou *lawless violence* da redação em espanhol e inglês, respectivamente.

De toda maneira, embora as discrepâncias aparentem natureza superficial, a norma estabelecida fragmenta a unicidade e padronização da tutela jurisdicional prestada pela Corte Interamericana. A legislação brasileira sedimenta um privilégio desproporcional ao assegurar o acesso à competência da Corte em virtualmente toda e qualquer espécie de discriminação, enquanto que a ratificação dos outros países submete-se à exigência da vinculação do discurso de ódio à incitação de violência ilícita.

Embora se trate de um tema que inspira seriedade e cautela, diversas formas de discurso de ódio não atingem a dimensão de gravidade disposta no Artigo 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Da mesma forma, deve-se considerar a existência outras tantas formas de discurso derogatório, discriminatório ou demeritório. Não obstante, a única anotação passível da indicação expressa do Artigo 20 é que os Estados estão obrigados a criminalizar as práticas nele contidas (mandados de criminalização e/ou lei penal tipificadora). Em todas as outras hipóteses, enquanto o Estado não estabelece parâmetros para diferenciar os discursos lícitos dos ilícitos, torna-se imperiosa a justificação das proibições e sua regulamentação em conformidade estrita com o Artigo 19 do Pacto¹².

¹¹ Artigo 13 (5) - A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.” (grifo nosso)

¹² “Artigo 19 – 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

A ponderação proposta por Martins (2011) questiona o desalinhamento das legislações domésticas com o texto ratificado da Convenção Interamericana: a maioria dos países não utiliza em sua legislação de criminalização do ódio o verbo “incitar” contemplado na Convenção (o Brasil excetua-se nesta crítica), ao passo que também não verifica-se a vinculação da discriminação à incitação de violência ilícita ou prática similar (neste caso o Brasil descumpre o disposto).

Neste mesmo sentido apontam Farrior (2002), Price e Thompson (2002), que em estudos realizados na Universidade de Indiana e Harvard arremataram que o primeiro projeto do Artigo 13 (5) incluía a indicação expressa de "*discrimination, hostility, crime or violence*", mas a delegação norte-americana se opôs ao esboço, argumentando que sua exclusão seria uma necessária para evitar a formalização de uma censura conflitante com a proteção da liberdade de expressão, absolutamente cara ao constitucionalismo dos Estados Unidos. Ao invés desta abordagem a alternativa foi que para tais situações o remédio cabível seria maior liberdade ainda para discursos contrastantes, não silêncio forçado. Outrossim, a delegação americana tentou vetar todo o parágrafo 5º, contudo, posteriormente adotou postura mais balanceada ao propor as emendas.

Continua a análise dos autores ressaltando a formatação final adotada, que encontra-se hoje em vigência, sendo apresentada pela própria delegação americana após consultas reiteradas com as outras delegações. Indica-se que, de fato, o relatório final norte-americano recomendou que a interpretação da Corte Interamericana sobre o Artigo 13 pauta-se pela hermenêutica da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brandenburg vs. Ohio*. Previa ainda o relatório que as garantias constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa não permitiriam ao Estado proibir ou proscrever a apologia para o uso da força ou para violação da lei, salvo quando tal incitação for diretamente relacionada à produção de iminente perigo de prática ilícita na qual seja provável a incitação ou prática de tal ato. A provisão sobre o discurso de ódio na Convenção Americana guarda estrita similaridade com os Estados Unidos; conseqüentemente, o estudo conclui que a revisão dos precedentes norte-americanos pode-se demonstrar mais útil na interpretação da norma convencional do que a leitura analítica de outros sistemas internacionais.

Especula-se que o substrato da hermenêutica, que utiliza o Artigo 13 (5) da Convenção como fundamento da criminalização tangente à legislação racial no Brasil não está em consonância com a interpretação da Corte Interamericana e com o próprio texto da Convenção redigido para outros Estados membros da organização. Este paradigma enseja a reflexão sobre as bases da penalização do ódio no Brasil: estaríamos trilhando o melhor

caminho ao criminalizar de forma ampla as expressões de ódio ou discriminação, seria mais abalizada a jurisprudência norte-americana que prima pela tolerância e liberdade das manifestações, ou, ainda teria maior sucesso a interpretação fixada pela Corte Europeia escalonando a dimensão do vitupério aos direitos fundamentais? De uma forma ou de outra, especulo que tais interpretações estariam interligadas, sendo preciso considera-las todas para uma decisão equilibrada.

Conforme a metodologia estabelecida por Martins (2011), na qual baseia-se na interpretação conjuntiva dos artigos 19 e 20 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos aplicável à América Latina - as restrições na liberdade de expressão, em razão da apologia ou prática do discurso de ódio, deve passar pelo teste de três etapas, considerando previamente a legalidade proporcionalidade e a necessidade da sanção.

Inicialmente a interferência deve se revestir do primado da legalidade, a saber, deve ser baseada em uma lei. Esta norma jurídica deve ser acessível¹³: *suficientemente precisa para possibilitar ao cidadão que se pautar pela conduta lícita*.

Em um segundo momento, a interferência deverá ter como finalidade um objetivo legítimo. Ressaltando que a lista de objetivos contemplada nos tratados internacionais são exaustivas, a saber, nenhum outro fim é considerado legítimo como fundamento de restrição da liberdade de expressão no âmbito do Direito Internacional.

Por fim, a restrição deverá ser *necessária no contexto de uma sociedade democrática* ou *realizar uma iminente demanda social*¹⁴. O termo "necessária" deverá ser interpretado no sentido em que a fundamentação jurídica conferida pelo Estado para a imposição das restrições deve ser *relevante e suficiente* e a restrição *proporcional* à seus fins¹⁵.

Conclui-se ratificando a completa a insuperável barreira à democracia imposta pelos flagrantes casos de discriminação praticados em detrimento de qualquer agrupamento humano. É imprescindível que se estabeleçam parâmetros adequados para a criminalização de tal fenômeno. Se tolerarmos o preconceito contra qualquer grupo, por mais culturalmente aceitável que se pareça a discriminação ou insignificante a representação deste, nós estaremos também o tolerando em relação a todos os grupos, inclusive aqueles que pertencemos.

¹³ No caso *The Sunday Times vs. United Kingdom*, de 26 de abril de 1979, Processo nº 6538/74, a Corte Europeia de Direitos Humanos fez uso do critério da acessibilidade como parâmetro na avaliação da legalidade para restrições na liberdade de expressão.

¹⁴ Nos casos *Zana vs. Turkey* (1997) e *Lingens vs. Austria* (1986) a Corte Europeia utilizou o binômio "necessidade em uma sociedade democrática" e "realização de uma iminente demanda social" para fundamentar a legitimação da restringibilidade da expressão.

¹⁵ Novamente em *Lingens vs. Austria* (1986) a relevância, a suficiência e a proporcionalidade foram eleitas como parâmetros na dosimetria das limitações.

Considerações finais

Embora a Corte Interamericana busque uma consistência em seus precedentes, é possível que jurisdições nacionais obtenham conclusões distintas na deliberação sobre a prevalência de dois ou mais direitos ou liberdades. No caso do discurso de ódio, tal distinção torna-se ainda mais evidente. Não há um padrão jurisprudencial sedimentado na Corte Interamericana, que tardiamente vem admitindo restrições civis e penais à tais práticas.

De outra banda, a incorporação de tratados de combate à discriminação no bloco de constitucionalidade brasileiro não observou a adequada tradução do mandado internacional, desembocando em um menor acesso de pleitos nacionais à jurisdição interamericana. Enquanto o tratado original admite a competência da Corte para qualquer retórica que incite ações ilegais, o Brasil vincula o ajuizamento ao caráter preconceituoso da propaganda – apenas admitindo a competência no caso de propagandas a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Tal equivocidade na tradução da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ocorre do enxerto realizado com base no próprio texto trazido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado na forma do Decreto Federal 592/1992 (artigo 20, incisos I e II). Entendendo o legislador se tratar de mandamentos idênticos, resolveu por bem copiar integralmente o conteúdo do Decreto, resultando na tradução inverossímil do conteúdo da Convenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONI, Eduardo Andrés. **The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards.** *European Human Law Review*. i. 3. 2009. London : Sweet & Maxwell. Disponível em: <<http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Bertoni.pdf>>. Acesso em: 19. jul. 2016.

CAT. **General Comment N° 2 on the implementation of article 2 by States parties.** 24. jan. 2008. UN Doc. CAT/C/GC/2. United Nations. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pd/47ac78ce2.pdf>>. Acesso em: 30. jun. 2016.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (1969): Pacto de San José da Costa Rica. Tratado Internacional. **Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10. mar. 2015.

CONVENCION Americana Sobre Derechos Humanos. Departamento de Derecho Internacional. 1969. **Organización de los Estados Americanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 19. jul. 2015.

FARRIOR, Stephanie. Hate Propaganda and International Human Rights Law. In: PRICE, Monroe Edwin; THOMPSON, Mark (Ed.) **Forging Peace: Intervention, Human Rights and Management of Media Space**. Indiana: Harvard University, Indiana University Press, 2002.

_____. Hate Speech. **European Court of Human Rights**. nov. 2014. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 03. jun. 2016.

HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

INFORME Anual 2004. **Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2004. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=459&lID=2>>. Acesso em: 25. jun. 2015.

MARTINS, Paula. **Freedom of Expression and Equality: The Prohibition of incitement to Hatred in Latin America**. 2011. Article 19. United Nations Human Rights. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/PaulaMartins.pdf>> Acesso em: 16. jul. 2016.

OC-5/85 ADVISORY Opinion. **Inter-American Court of Human Rights**. Procuradoria Geral da República. 1985. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/comunicacao-social/radios-comunitarias/docs-documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/opniao_consultiva_5.85_advisory_opinion_05_cidh.pdf>. Acesso em: 16. jun. 2016.

ONU. Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções. **Assembleia Geral das Nações Unidas**. 1981. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1981Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Intoler%C3%A2ncia%20e%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Baseadas%20em%20Religi%C3%A3o%20ou%20Cren%C3%A7a.pdf>>. Acesso em: 19. jul. 2016.

PRICE, Monroe Edwin; THOMPSON, Mark (Ed.) **Forging Peace: Intervention, Human Rights and Management of Media Space**. Indiana: Harvard University, Indiana University Press, 2002.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil - Folha Explica**. São Paulo: Publifolha, 2013.

Artigo submetido em: 07/09/16.

Publicado em: 22/12/16.