

## Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano\*

**Winfried Brugger**

*Professor de Direito Público e Filosofia do Direito da  
Universidade de Heidelberg – Alemanha, Professor Visitante  
na Georgetown University Law Center – semestre de outono  
de 2001, J.D. 1973, S.J.D. 1980 na Universidade de Tuebingen –  
Germany, LL.M. 1981 na University of California at Berkeley.*

Tradução de Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira  
Assessora da Presidência do Supremo Tribunal Federal

Gostaria de agradecer a John E. Showalter, Georgetown  
University Law Center, pela generosa ajuda editorial.

SUMÁRIO: I – Duas maneiras diferentes de lidar com o discurso  
do ódio; II – O direito aplicável; III – A ponderação das regras da  
corte constitucional federal; IV – Análise e avaliação de casos  
difíceis; IV.1 Insulto a indivíduos; IV.2 Insulto coletivo e discurso  
do ódio; IV.3 Mentiras do Holocausto simples e qualificadas.

### I – DUAS MANEIRAS DIFERENTES DE LIDAR COM O DISCURSO DO ÓDIO

A maneira pela qual os sistemas jurídicos devem lidar com o discurso  
do ódio é uma matéria controvertida, mas isso não deve ser uma surpresa.  
Geralmente, Estados liberais valorizam a liberdade de expressão em abs-  
trato, mas, na prática, é apenas o discurso ofensivo ou repulsivo que normal-  
mente precisa de proteção. O discurso do ódio é uma das formas de discurso  
repugnante. A visão de que esse discurso horrendo mereça proteção está  
descrita nas obras de Voltaire, um proeminente representante do Iluminismo  
francês, cuja filosofia era “eu desaprovo o que você diz, mas eu defenderei

\* Palestra proferida nas faculdades de direito de Brooklyn University, Georgetown University, Golden Gate University, University of San Francisco, Vanderbilt University e Yeshiva University durante o semestre de outono de 2001. A versão escrita mantém o formato dialógico.

até a morte o seu direito de dizê-lo”<sup>1</sup>. A visão contrária é que o conteúdo do discurso do ódio elimina, ou pelo menos minimiza, seu caráter comunicativo e, por essa razão, a expressão de mensagens racistas é apropriadamente vista mais como uma conduta do que como um discurso, não sendo aplicáveis, portanto, os argumentos baseados na liberdade de expressão<sup>2</sup>.

De modo geral, nem o direito constitucional moderno nem o direito internacional permite ou proíbe o discurso do ódio de maneira consistente. Na comunidade mundial, tal discurso às vezes é protegido, às vezes não. Entretanto, o discurso do ódio é muito mais protegido nos Estados Unidos do que na Alemanha, Europa, Canadá e na maioria dos países com constituições modernas. Na jurisprudência dominante americana, a liberdade de expressão, nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio, é um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade. Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros<sup>3</sup>. O direito internacional e a maioria dos ordenamentos jurídicos não-americanos atribuem maior proteção à dignidade, honra e igualdade dos destinatários do discurso do ódio.

Antes de desenvolver mais o assunto, devemos fazer uma pausa para definir o nosso vocábulo. De acordo com a maioria das definições, o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas<sup>4</sup>. Meus comentários concentram-se na maior parte no

- 1 Citado com base em Simon Lee, *The Cost of Free Speech* 3 (1990). Lee aponta que essa não é, como freqüentemente se acredita, uma citação direta de Voltaire, mas sim uma frase inventada posteriormente para resumir a filosofia de Voltaire. Veja também Bertrand Russel, filósofo britânico, que disse: “É uma parte essencial da democracia que grupos importantes, até mesmo maiorias, devam estender a tolerância a grupos dissidentes, ainda que pequenos, e mesmo que seus sentimentos tenham sido ofendidos. Numa democracia, é necessário que as pessoas devam aprender a suportar a ofensa a seus sentimentos”. Citado em *The Bertrand Russel Case 183* (John Dewey and Horace M. Kallen eds., 1941), que cita Harry M. Bracken, *Freedom of Speech. Words Are Not Deeds* 32 (1994).
- 2 O discurso do ódio estaria, então, sob a proteção do direito genérico à liberdade concedido pela Constituição, que é comumente mais fraco do que a proteção do direito à liberdade de expressão.
- 3 Portanto, ainda que dominante nos Estados Unidos, essa abordagem é freqüentemente rotulada como “incomum” ou “fora de compasso” com o resto do mundo juridicamente iluminado. Veja Credence Fogoschensul, *More Than a River: Holocaust Denial, the Internet, and International Freedom of Expression Norms*, 33 *Gonz. L. Rev.* 241, 247, 276 (1997-78); Samuel Walker, *Hate Speech: The History of an American Controversy* 159 (1994); Kathleen Sullivan, *Freedom of Expression in the United States, in The Boundaries of Freedom of Expression and Order in American Democracy* 1, 9 (Thomas R. Hensley ed., 2001); Thomas David Jones, *Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression and the Law of Nations* 153 (1998).
- 4 Veja Anja Zimmer, *Hate Speech im Voelkerrecht. Das voelkerrechtliche Verbot rassendiskriminierender Aeusserungen im Spannungsfeld zwischen dem Verbot der Rassendiskriminierung und dem Schutz der Meinungsfreiheit* 17 (2001); *infra* notas 12 f. do § 130 do Código Penal alemão, e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, vigente em 4 de janeiro de 1969, 5 I.L.M. 352 (1966). O art. 1º, n. 1 dispõe: “Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça,

direito alemão, o qual, de modo geral, está em compasso com a abordagem europeia e mundial, porém, farei algumas comparações com o direito constitucional norte-americano<sup>5</sup>.

Para representar as diferenças entre a abordagem americana e a alemã sobre o discurso do ódio, usarei um caso hipotético. Vamos imaginar que, enquanto estamos passando uma tarde agradável nos degraus do Capitólio em Washington, DC, a tranqüilidade foi bruscamente interrompida por uma pessoa carregando um cartaz. Ela grita:

“Acordem, massas cansadas, eu tenho quatro mensagens que é melhor vocês ouvirem, entenderem e compartilharem! Primeiro, nosso Presidente é um porco! Eu pintei dois quadros para demonstrar meu argumento. Aqui tem um mostrando o nosso claramente reconhecível Presidente como um porco mantendo relações sexuais com outro porco vestido com uma toga de juiz e, aqui, há um outro, mostrando nosso Presidente mantendo relações sexuais com sua mãe na ‘casinha’”. Segundo, todos os nossos soldados são assassinos. Terceiro, o Holocausto nunca aconteceu. Quarto, afro-americanos usam a mentira da escravatura para extorquir dinheiro do governo americano, da mesma forma que os judeus usam a mentira do Holocausto para extorquir dinheiro da Alemanha. Alguma coisa tem que ser feita sobre isso!”

Depois de termos retomado a nossa compostura após essa invasão da nossa serena tarde, podíamos imaginar se as alegações que acabáramos de ouvir se qualificariam como discurso protegido pela Constituição. Ditas dos degraus do Capitólio americano, todas as quatro mensagens estariam protegidas pela Primeira Emenda<sup>6</sup>. Entretanto, ditas dos degraus do *Reichstag*

---

cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condição, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”. O art. 2º contém um amplo dever de todos os Estados-membros de banir a discriminação racial. O art. 4º torna claro que o discurso do ódio também está incluído, ao condenar toda propaganda que “[encorajar] o ódio racial e a discriminação de qualquer forma [...]”.

5 É evidente que fui forçado a omitir muitos aspectos da lei, mas minha esperança é que a ilustração das diferenças profundas entre os pontos de vista alemão e americano e que a referência a algumas razões para tal divergência possam informar ao leitor sobre as opções existentes para lidar com o discurso do ódio. Esse tópico demonstra claramente que história e cultura são levadas em consideração, sendo que alguns alegariam que tais considerações contam muito mais do que palavras em textos legais. Para literatura comparada sobre o discurso do ódio de forma mais detalhada, veja *supra* nota 3 f., *infra* notas 11, 13, 44, and, e.g., David E. Weiss, *Striking a Difficult Balance: Combatting the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties*, 27 Vand. J. Transnat'l L. 869 (1994); Charles Lewis Nier, *Racial Hatred: A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany*, 13 Dick. J. Int'l L. 241 (1995); Bradley A. Appleman, *Hate Speech: A Comparison of the Approaches Taken by the United States and Germany*, 14 Wis. Int'l L.J. 422 (1996); *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Nondiscrimination* (Sandra Coliver ed., 1992); *Under the Shadow of Weimar. Democracy, Law, and Racial Incitement in Six Countries* (Louis Greenspan and Cyril Levitt eds., 1993); *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy* (David Kretzmer and Francine Kershman Hazan eds., 2000).

\* Nota da Tradutora: compartimento fechado, separado e afastado da casa principal, dotado de vaso sanitário ou de escavação no solo para dejeções.

6 Quanto à terceira declaração no caso hipotético, veja *infra* nota 39.

alemão, todas as quatro mensagens acarretariam persecução penal. Na Alemanha, como na maioria dos outros países, o instinto básico coletivo refletido no direito é que o discurso do ódio é perigoso e deveria ser efetivamente eliminado. Como podem surgir juízos tão diferentes sobre o mesmo discurso? Primeiramente, irei descrever brevemente o direito aplicável e, em seguida, desenvolver as diferentes questões levantadas pelas quatro mensagens.

## II – O DIREITO APLICÁVEL

A Constituição alemã contém o princípio da liberdade de expressão, assim como todas as modernas constituições. O art. 5º da Constituição alemã, chamada de Lei Básica (LB), determina o seguinte: “Toda pessoa tem o direito de expressar e disseminar livremente suas opiniões”<sup>7</sup>. Para efeito desse artigo, “opinião” é compreendida como a incluir todos os tipos de julgamento, independentemente se são “bem fundamentados ou infundados, emocionais ou racionais, de grande utilidade ou sem nenhum valor, perigosos ou inofensivos [...] A manifestação de uma opinião não perde a proteção por ser exprimida de maneira incisiva ou injuriosa”<sup>8</sup>. Assim sendo, como nos Estados Unidos, palavras que ferem devido ao seu conteúdo de ódio são amparadas na Alemanha pelo princípio da liberdade de expressão<sup>9</sup>. Tais palavras não são consideradas como conduta desprotegida, como é defendido por vários autores progressistas americanos<sup>10</sup>.

No entanto, enquanto a proteção constitucional do discurso do ódio é, essencialmente, onde se encerra a discussão nos Estados Unidos, ela é apenas o começo na Alemanha. As palavras fortes e libertárias utilizadas pela Corte Constitucional alemã para extrair uma definição ampla do que é uma opinião protegida constitucionalmente podem dar margem a muitos enga-

7 O inteiro teor do art. 5º BL determina: “(1) Toda pessoa tem o direito de expressar e divulgar livremente suas opiniões por meio de palavras, por escrito e por imagens, e a se informar, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por meio de radiodifusão e filmes são garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, as disposições para a proteção da juventude, e o direito à honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não exime nenhuma pessoa de fidelidade à Constituição”. N.T.: Essa tradução para o português foi feita da versão em inglês da Lei Básica da República Federal da Alemanha, publicada pelo Gabinete de Imprensa e Informação do Governo Federal, 53105 Bonn.

8 90 BVerfGE 241, 247 (1994) (Relatórios Oficiais da Corte Constitucional Federal) = Decisões da Bundesverfassungsgericht – Corte Constitucional Federal – República Federal da Alemanha, vol. 2 – Liberdade de Expressão, 1998 (doravante, “Decisões”), 620, p. 625.

9 Dependendo dos fatos do caso, esses podem também envolver a liberdade das artes (art. 5º (3) BL), a liberdade de formar grupos religiosos e expressar crenças religiosas e não religiosas (art. 4º BL), a liberdade de associação (art. 8º BL), a liberdade de reunião (art. 9º BL), ou a liberdade de formação de partidos políticos (art. 21 BL). Enquanto esses dispositivos são tecnicamente tratados de forma diferente devido às suas diferenças de abrangência conceitual e às suas divergentes cláusulas limitativas, os resultados obtidos sob esses dispositivos não seriam substancialmente diferentes no caso do discurso do ódio tendo em vistas as considerações constitucionais feitas no texto principal.

10 Veja Mari Matsuda et al., *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* (1994).

nos, uma vez que tais palavras ainda não resolvem a questão fundamental sobre a ponderação dos valores constitucionais em jogo nos casos de discurso do ódio. O efeito dessa ponderação é profundo, já que a Corte Constitucional alemã jamais derrubou nenhuma das várias proibições criminais, administrativas e civis do discurso do ódio “constitucionalmente protegido” na Alemanha<sup>11</sup>.

Por razões de brevidade, enfocarei dois dispositivos do Código Penal Federal alemão, os quais, embora similares em conteúdo, possuem até certo ponto objetivos diferentes. O art. 185 e seguintes do Código Penal Federal proíbem ofensas\*. O insulto é geralmente compreendido como um ataque ilícito à honra de alguém, mostrando intencionalmente falta de respeito. O art. 185 dispõe: “O insulto é punido com pena de prisão que não ultrapassará um ano, ou por multa [...]”. O discurso do ódio direcionado tanto contra indivíduos como contra grupos, qualifica-se como insulto, como será explicado posteriormente na análise das declarações feitas pela manifestante do nosso caso hipotético.

Além da seção relativa aos crimes de ofensa, o Código Penal Federal alemão também inclui um dispositivo para a preservação da paz pública. Esse dispositivo, o art. 130, é de especial importância na limitação do discurso do ódio na Alemanha. O art. 130 dispõe o seguinte: “Quem, de forma capaz de perturbar a paz pública, (1) incitar ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrárias contra eles, ou (2) atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão não inferior a três meses e não excedente a cinco anos [...]”. O § 2º desse preceito contém uma proibição similar quanto a publicações e define expressamente o discurso do ódio, ao mencionar o incitamento do ódio contra “grupos determinados por nacionalidade, raça, religião ou origem étnica [...]”<sup>12</sup>. O pará-

11 Para pesquisas de tais regulamentos e proibições, veja Winfried Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*, in Contributions of the German Section of the International Association of Comparative Law to the World Congress of Comparative Law in Brisbane (Junho, 2002) section IV 2 (2002); Appleman, *supra* nota 5, p. 431 e seguintes; Juliane Wetzel, *The Judicial Treatment of Incitement against Ethnic Groups and of the Denial of National Socialist Mass Murder in the Federal Republic of Germany*, in Under the Shadow of Weimar. Democracy, Law, and Racial Incitement in Six Countries, p. 86 e seguintes (Louis Greenspan and Cyril Levitt eds., 1993); Manfred Zuleeg, *Group Defamation in West Germany*, 13 Clev.-Marshall L. Rev. p. 52, 54 e seguintes (1964); James O. Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 Yale L.J., p. 1279, 1292 e seguintes (2000); Klaus Guenther, *The Denial of the Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Anti-Semitism in Germany*, 15 Tel Aviv U. Stud. L., p. 51, 52 e seguintes (2000).

\* Nota da Tradutora: A seção 14, que trata de “ofensas” no Código Penal alemão (que inclui os arts. 185 e seguintes) é equiparável ao capítulo dos crimes contra a honra do Código Penal brasileiro.

12 Veja *supra* nota 4. Enquanto existe consenso sobre o âmago dos critérios que, em combinação com outros ataques verbais, qualificam-se como discurso do ódio, diferentes autores incluem ou excluem critérios como religião, gênero e orientação sexual. Leituras ampliadas de critérios “suspeitos” para ataques verbais incluiriam todos os fatores que formam o âmago da identidade individual, os quais outros grupos atribuem ao grupo atacado, ou que o indivíduo não pode mudar. Assim, orientação sexual qualificar-se-ia e, de fato, qualifica-se, nos Estados Unidos, como crimes de ódio (e não discurso do ódio). Veja James B. Jacobs and Kimberley Potter, *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics* cap. 3 (1998) (resumindo as leis de crime do ódio americanas).

grafo terceiro do mesmo artigo, incluído em 1994, pune efetivamente todas as formas de negação, mentira e aprovação do Holocausto. O art. 130 (3) estabelece o seguinte: “Prisão, não excedente a 5 anos, ou multa, será a punição de quem, em público ou em reunião, aprove, negue ou minimize o ato descrito no art. 220a (1) [ou seja, genocídio], cometido sob o Nacional Socialismo, de forma capaz de perturbar a paz pública”. A razão dessa emenda foi a de que nem todos os casos relativos ao Holocausto se enquadravam nos tipos penais de ofensa acima mencionados<sup>13</sup>.

### III – A PONDERAÇÃO DAS REGRAS DA CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL

Essas proibições ao discurso do ódio no Código Penal Federal, assim como tantas outras em outros campos do direito, vêm sendo admitidas pela Corte Constitucional alemã como legítimas restrições à liberdade de expressão. A aceitação dessas limitações é sustentada em dois níveis: em abstrato e em concreto.

Em nível abstrato, a Corte Constitucional Federal vê tais proibições ao discurso do ódio como sendo justificadas pelas cláusulas da Lei Básica que expressamente limitam os direitos de comunicação. Tais cláusulas de limitação expressa serão descritas em breve.

Com relação à fundamentação em caso concreto, a Corte desenvolveu regras de ponderação que dizem o seguinte:

“A liberdade de expressão de maneira nenhuma tem sempre precedência sobre a proteção da personalidade [...]. Ao contrário, quando a manifestação de uma opinião tem que ser vista como um crime formal de insulto ou de difamação, a proteção da personalidade vem, rotineiramente, antes da liberdade de expressão [...]. Quando a manifestação de uma opinião está ligada a afirmações de fatos, a devida proteção pode depender da verdade subjacente dos supostos fatos. Se essas afirmações forem provadas falsas, a liberdade de expressão irá rotineiramente ceder à proteção da personalidade [...]. Se não forem falsas, a questão é qual o interesse jurídico que merece proteção no caso concreto. Mesmo nesse caso, deve ser recordado que a presunção em favor da liberdade de expressão se aplica com relação a questões de essencial importância para o público.”<sup>14</sup>

Essas decisões da Corte Constitucional Federal, em conjunto, demonstram que a Corte alemã não vê a liberdade de expressão como um direito

13 Para a análise do estado da lei antes de 1994, veja Eric Stein, *History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" – and Other – "Lies"*, 85 Mich. L. Rev. 277 (1986); Wetzel, *supra* nota 11, p. 86 e seguintes.

14 90 BVerfGE 241, 248 f. (1994) = Decisões 620, p. 626. Para outra formulação, veja 93 BVerfGE 266, 294 (1995) = Decisões 659, p. 680 f.

prevalente que, na maioria dos casos, sobrepõe-se a outros direitos e valores constitucionais contrapostos. Essa é uma diferença crucial com relação à jurisprudência americana, na qual a liberdade de expressão recebe uma proteção quase absoluta. Um motivo para essa divergência baseia-se na diferença dos textos das constituições das duas nações. Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é o primeiro direito elencado na Declaração de Direitos,<sup>15</sup> enquanto, na Alemanha, está prevista no art. 5º da Constituição alemã; ademais, há limitações explícitas ao princípio alemão da liberdade de expressão, ao passo que não há limitações expressas à Primeira Emenda na Constituição dos Estados Unidos. Além disso, há todo um rol de direitos na Constituição alemã que parecem pressupor um limite à liberdade de expressão absoluta. Esses interesses contrapostos incluem o direito à honra pessoal no art. 5º (2), o direito à personalidade no art. 2º (1), e a exigência de respeito à dignidade no art. 1º (1) BL.<sup>16</sup> Esses argumentos baseados nos textos constitucionais não são os únicos a terem impacto na decisão de casos de discurso do ódio, e outros fundamentos serão mencionados posteriormente, porém ao menos está claro que o texto da Constituição alemã confere à dignidade, personalidade e honra maior prevalência contra o discurso do ódio do que o faz a Constituição americana, que, por sua vez, silencia sobre todos esses valores.

Embora a liberdade de expressão não seja, em regra, um direito prevalente na Alemanha, ela possui o *status* de direito de especial importância devido às funções a que serve. A Corte alemã tem mencionado as famosas razões de decidir americanas sobre a importância do discurso e, aparentemente, trabalha em uma abordagem em dois níveis. A Corte alemã reconhece a especial importância da liberdade de expressão na formação de opiniões que, por sua vez, são vitais para a autonomia do orador independentemente das consequências. A Corte alemã também reconhece a importância da livre troca de informações e idéias para sustentar a busca da verdade, legitimar a democracia, ajudar a tomada de decisões em assuntos privados e públicos e eliminar a necessidade de recorrer à violência física. Uma formulação representativa da Corte estabelece o seguinte:

“O direito fundamental à liberdade de expressão é, por ser a mais direta expressão da personalidade humana na sociedade, um dos principais direitos humanos dentre todos [...]. Para um estado democrático livre, é nada mais do que constitutivo, uma vez que é apenas por meio dele que há debate intelectual constante, choque de opiniões, ou seja, seu elemento vital é tornado possível [...]. De um certo modo,

15 A “Declaração de Direitos” alemã está disposta na primeira parte da Lei Básica.

16 Art. 2º (1) BL estabelece: “Toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade na medida em que ela não viole os direitos dos outros ou ofenda a ordem constitucional ou a lei moral”. Art. 1º (1) BL estabelece: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é o dever de todas as autoridades do Estado”. Quanto ao teor do art. 5º BL, veja *supra* nota 7.

é a base de toda e qualquer liberdade, 'a matriz, a condição indispensável de quase todas outras formas de liberdade' (Cardozo)."<sup>17</sup>

A Corte Constitucional alemã transformou essas análises funcionais em dois preceitos doutrinários a serem seguidos em todos os casos de liberdade de expressão. Em primeiro lugar, aplicando o princípio da proporcionalidade, leis promovendo interesses públicos ordinários podem não justificar a interferência na liberdade de expressão — ao contrário, tal interferência deve ser justificada por um interesse público relevante que não seja possível atingir por um outro meio menos intrusivo, e isso é particularmente verdade quando a proibição é baseada em pontos de vista<sup>18</sup>. Em segundo lugar, ao examinar se o conteúdo de uma mensagem justifica que ela seja restringida, os tribunais não podem escolher a interpretação punitiva da mensagem se existir uma interpretação alternativa razoável. Portanto, a determinação da definição jurídica de uma declaração exige um exame do contexto lingüístico e social no qual a declaração foi feita. Se um tribunal "escolhe uma [interpretação da declaração] que leva a um julgamento adverso, sem excluir a outra [interpretação] com base em fundamentos explícitos e convincentes," então há a ofensa à liberdade de expressão.

#### IV – ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE CASOS DIFÍCEIS

Tendo completado esse breve esboço da doutrina alemã sobre a liberdade de expressão, retornarei agora às quatro declarações feitas por nossa manifestante hipotética.

##### IV.1 Insulto a indivíduos

O discurso do ódio é comumente dirigido a grupos de indivíduos. Entretanto, tal discurso também pode ser dirigido contra uma única pessoa e ainda ser punível pela lei criminal se o ataque verbal enquadrar-se na tipificação penal de insulto do art. 185 do Código Penal. Insulto, ou difamação<sup>19</sup>, é entendido como um ataque ilícito à honra de outra pessoa mediante a demonstração intencional de falta de respeito. Na Alemanha, a noção de honra está dividida entre três níveis, todos os quais se enquadram no art. 185 e seguintes do Código Penal.

17 7 BVerfGE 198, 208 (1958) = Decisões 1, p. 6. Veja também 69 BVerfGE 315, 347 (1985) = Decisões 284, p. 295.

18 Veja 7 BVerfGE 198, 209 f. (1958) = Decisões 1, p. 7 f.; 82 BVerfGE 272, 280 (1990) = Decisões 463, p. 469.

19 "Insulto" e "difamação" são utilizados aqui em um sentido amplo (abrangendo todas as crimes contra a honra, art. 185 e seguintes) e em um sentido estrito. Nesse último, em sentido estrito, insulto refere-se apenas ao art. 185 do Código Penal, enquanto que o art. 186 dispõe sobre a calúnia e o art. 187 trata da difamação no sentido estrito. Quanto à compreensão restritiva americana sobre difamação, veja *infra* nota 22. Os Estados Unidos não possuem "lei da ofensa" para proteger a honra, como tem a Alemanha. Veja Whitman, *supra* nota 11, p. 1282, 1288 e seguintes, 1293.

1. Em seu sentido mais básico, a honra descreve o *status* de uma pessoa que goza de direitos iguais e que merece respeito como membro da comunidade humana independentemente de êxitos individuais (*menschlicher Achtungsanspruch*). Assim sendo, mesmo pessoas preguiçosas, ou burras, e criminosos merecem esse nível de respeito. O parâmetro constitucional para esse nível de honra é a proteção da dignidade de todos os seres humanos encontrada no art. 1º (1) BL. A honra, nesse sentido, é violada, e há um insulto quando, por exemplo, um ser humano é chamado de desumano ou vil, quando um ataque verbal é fundado na asserção de inferioridade racial<sup>20</sup>, ou quando uma pessoa é comparada a um animal, se isso leva à negação de sua humanidade.
2. O segundo nível de honra é concernente à preservação de padrões mínimos de mútuo respeito ou civilidade em público – a demonstração externa de respeito pelas pessoas independentemente dos sentimentos pessoais que alguém possa ter sobre elas (*sozialer Respekt* ou *Achtungsanspruch*). Esse nível de honra é fundado na proteção constitucional da personalidade tal como prevista no art. 2º (1) BL. Exemplos de desrespeito e insulto, que violam a lei, incluem acusar outrem de possuir sérios defeitos morais e sociais ou de ter limitações intelectuais – por exemplo, chamar alguém de “idiota” ou fazer gestos obscenos, como “dar o dedo a uma pessoa”<sup>21</sup>.
3. O terceiro nível de honra abrange a difamação no sentido americano. São afirmativas de fato que tendem a prejudicar a reputação de outrem a fim de rebaixá-lo na estima da comunidade ou desencorajar terceiros a se associarem ou negociarem com ele. A maioria dessas violações à honra se enquadrariam nos arts. 186 (calúnia) e 187 (difamação) do Código Penal alemão. Constitucionalmente, esses valores de honra são fundados no direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no art. 2º (1) e o termo “honra” no art. 5º (2) BL.

Isso leva à primeira declaração feita pela manifestante no caso hipotético. Vocês recordam que ela chamou o Presidente de porco e mostrou dois quadros: um mostrando claramente o Presidente como um porco tendo relações sexuais com outro porco vestido com uma toga de juiz (sugerindo uma

20 Nos Estados Unidos, tais assertivas seriam protegidas pela Primeira Emenda. Veja a controvérsia *Skokie*, resumida em Geoffrey R. Stone et al., *Constitutional Law* 1071 e seguintes (4ª ed. 2001); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

21 Para vários exemplos, veja Whitman, *supra* nota 11, p. 1292 e seguintes. Sobre o insulto como uma demonstração externa de desrespeito, veja id. p. 1288 f., 1290, 1292 f., 1382, 1337. Whitman observa que, nos Estados Unidos, esse segundo nível não é protegido pela lei; ao contrário, essa é uma área de simples rudeza que as pessoas têm de agüentar. O Direito não interfere, mas normas sociais podem punir incivilidade ou – no nível um – declarações racistas. A lei de difamação americana na maior parte cobre o terceiro nível acima discutido, porém, de fato, é na reputação, e não a honra, que a lei de difamação americana está interessada.

manipulação do judiciário pelo Presidente) e outro mostrando o Presidente em um encontro incestuoso na “casinha” (sugerindo defeitos morais profundos). A mensagem do primeiro quadro é claramente política. Crítica política, de acordo com a Corte Constitucional alemã, deveria ser permissivamente aberta, robusta e, até mesmo, excessiva. Entretanto, no caso *Caricatura de Strauss*<sup>22</sup>, que é o paradigma para esse incidente, a Corte Constitucional confirmou a sentença criminal condenatória por insulto imposta aos criadores da paródia.

A Corte ponderou que crítica política legítima não inclui deprecição formal nem críticas ultrajantes marcadas por declarações estritamente derogatórias, não relacionadas ou inteiramente marginais a qualquer mensagem política. No caso concreto, o desenho do Primeiro-Ministro do Estado da Bavária como um porco copulando foi considerado como uma violação de sua dignidade humana nos termos do primeiro nível de honra. Como dito pela Corte nesse caso:

“[O que] obviamente se pretendida era um ataque à dignidade pessoal do indivíduo caricaturado. Não foram suas feições humanas, suas particularidades pessoais que foram trazidas para a casa do observador por meio da compra escolhida. Ao invés disso, a intenção era mostrar que ele tinha características ‘bestiais’ marcantes e que ele se comportava de acordo com as mesmas. Particularmente, a representação de conduta sexual – a qual, no homem, ainda hoje, forma parte do âmago da vida íntima merecedora de proteção – tem por objetivo desvalorizar o indivíduo em questão como pessoa, privá-lo de sua dignidade como ser humano [...] um sistema jurídico que leva a dignidade do homem como o mais alto valor tem que desaprovar [tal representação].”<sup>23</sup>

Se seguirmos essa linha de pensamento alemã, o segundo quadro no caso hipotético (o do incesto na casinha) seria claramente punível como insulto. Contudo, no caso americano *Hustler Magazine v. Falwell*<sup>24</sup>, que é o paradigma para esse incidente, a Suprema Corte americana reformou o acórdão de um tribunal inferior que determinava o pagamento de US\$ 200.000,00 por “imposição intencional de angústia emocional”, cuja causa de pedir não exige que tenha havido uma declaração falsa de fatos. A Corte

22 75 BVerfGE 369 (1987) = Decisões 420.

23 Id. p. 380 = Decisões p. 425. Veja também 82 BVerfGE 272 (1990) = Decisões 463 e seguintes. Ali, o Primeiro-Ministro do Estado da Bavária, Strauss, foi caracterizado em uma publicação como um democrata por coerção, que não acreditava verdadeiramente na democracia. A Corte Constitucional Federal reconheceu, em princípio, que, tomada como um ataque pessoal, tal caracterização constituiria uma “deprecição”, e que a representação de Strauss como um simpatizante do Nazismo ultrapassaria o objetivo legítimo de crítica política, tendo em conta o material em que se baseou a publicação. Contudo, as cortes inferiores não deixaram claro que essa interpretação era necessária e apropriada; assim, o caso foi reenviado.

24 Veja 485 U.S. 46 (1988). Para uma comparação detalhada desses dois casos, veja Georg Nolte, *Falwell v. Strauss: Die rechtlichen Grenzen politischer Satire in den USA und der Bundesrepublik*, 15 *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 253 (1988).

ulgou que a liberdade de expressão prevalece sobre a dor e o ultraje do requerente conhecidos publicamente.

Como os dois casos supramencionados demonstram, o tratamento da liberdade de expressão na Alemanha e nos Estados Unidos difere quando se trata de opiniões extremamente derogatórias que não estão baseadas em asserções de fato, ou quando nenhuma sustentação factual está claramente sobrepujada pela aspereza da crítica. Diferentemente dos Estados Unidos, a Constituição da Alemanha não confere ao direito à liberdade de expressão um *status* mais elevado do que o do direito à dignidade, à personalidade e à honra, e o passado recente da Alemanha fez o país particularmente sensível a ameaças contra a dignidade humana e a igualdade. Ademais, a Alemanha, diversamente dos Estados Unidos, possui uma longa tradição de discurso público patrocinado pelo Estado e exige que os cidadãos respeitem e observem um nível mínimo de civilidade e educação. De fato, a Alemanha desencoraja e até mesmo pune formas severas de rudeza e, de tal modo, “nivela para cima” o discurso social com o custo potencial de determinadas opiniões, enquanto os Estados Unidos permitem todas as formas de rudeza e, de tal modo, “nivelam para baixo” o discurso com o benefício de assegurar que poucas opiniões seja suprimidas no mercado de idéias<sup>25</sup>.

#### IV.2 Insulto coletivo e discurso do ódio

Agora, passo ao discurso do ódio na forma da difamação de grupos. A difamação de grupos, ou o insulto coletivo como é chamado na Alemanha, pode ser punida pelo art. 185 do Código Penal alemão, e o incitamento ao ódio é proibido pelo art. 130. Tratarei primeiramente do artigo que tipifica o insulto.

Para a difamação de grupos ser punível pelos arts. 185 e seguintes do Código Penal, são necessários quatro requisitos<sup>26</sup>: 1) o grupo que é atacado deve ser um grupo pequeno, em vez de grande; 2) as características do grupo devem diferir das do público em geral; 3) a declaração difamatória deve atacar a todos os membros do grupo, em vez de membros individualmente ou típicos, e 4) a crítica derogatória deve ser fundada em critérios inalteráveis ou em critérios que são atribuídos ao grupo pela sociedade maior que o rodeia, em vez de pelo próprio grupo, especialmente características étnicas, raciais, físicas ou mentais.

Isso conduz à segunda declaração feita pela nossa manifestante hipotética. Recordem que nossa manifestante gritou: “Todos nossos soldados são assassinos”. Tal declaração se caracterizaria como difamação de grupo na Alemanha? Os fatos do caso hipotético são similares, mas não idênticos,

25 Com relação à terminologia de “nivelando para cima e para baixo”, veja Whitman, *supra* nota 11, p. 1285, 1384 e seguintes.

26 Veja 93 BVerfGE 266, 300 f. (1995) = Decisões 659, p. 685 e seguintes, e Thomas Wandres, *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, 2000, p. 201 e seguintes.

àqueles de um caso alemão muito controvertido, o caso “Soldados-são-Assassinos”<sup>27</sup>. No caso concreto, a declaração era “soldados são assassinos”, ao passo que, no caso hipotético, a declaração é “todos os nossos soldados são assassinos”. Isso faz diferença quanto à difamação de grupo? Com toda probabilidade, sim, como pode ser colhido das razões de decidir da Corte Constitucional Federal no caso real. Na espécie, pôsteres e panfletos acusando soldados de serem assassinos foram distribuídos ao público. Após membros da ativa das forças armadas alemãs reclamarem para a polícia, as pessoas que tinham distribuídos esses materiais foram presas, processadas e sentenciadas por insulto coletivo previsto no art. 185 do Código Penal. Os tribunais criminais entenderam que cada membro da ativa das forças armadas alemãs fora publicamente acusado de ser o pior dos criminosos e que o grupo afetado poderia ser suficientemente identificado. No entanto, as condenações foram anuladas pela Corte Constitucional alemã, e o processo foi remetido para as cortes inferiores. A Corte Constitucional Federal julgou que as acusações não consubstanciaram um ataque à dignidade humana, nem atacaram formalmente os soldados; ao contrário, elas representaram uma forma severa e áspera de crítica referente a uma matéria de interesse público, isto é, o papel dos soldados e das forças armadas alemãs. Embora a honra dos soldados fora, de fato, atacada severamente, a Corte Constitucional observou que não estava inteiramente claro se o alvo do ataque era cada soldado alemão, apenas alguns soldados alemães, ou cada soldado do mundo.

Isso seria obviamente diferente no caso hipotético. Uma vez que se especifica “todos os nossos soldados”, o grupo visado pelo insulto é prontamente identificável, e essa censura, com toda probabilidade, poderia ser processada na Alemanha como difamação de grupo nos termos da segunda noção de honra mencionada anteriormente<sup>28</sup>.

Além do art. 185 do Código Penal, o art. 130<sup>29</sup> também pune casos de difamação coletiva se os fatos sugerem ataques de ódio contra “setores da população”, especialmente se esses “grupos [são] determinados pela nacionalidade, raça, religião ou origem étnica,” mas o interesse jurídico protegido é diferente<sup>30</sup>. Esse dispositivo tem por objetivo evitar um clima favorável a crimes de ódio, que pode ser criado por meio de difamação coletiva. Em linguagem americana, isso pode ser denominado como um dispositivo relativo à “perturbação da paz”. É importante notar que o incitamento de outros para o

27 Veja a decisão citada na nota anterior.

28 Veja id. p. 302 = Decisões p. 686. Se tivesse ficado evidente que todos os soldados alemães, e apenas eles, foram referidos na mensagem, então “os tribunais criminais não teriam sido impedidos constitucionalmente de ver os soldados (da ativa) do *Bundeswehr* como um grupo adequadamente distinguível, de maneira que uma declaração referindo-se a eles pode também insultar cada membro do *Bundeswehr*, se for associada com uma característica que manifestamente ou, ao menos tipicamente, aplica-se a todos os membros da coletividade”.

29 Para o inteiro teor, veja *supra* notas 12 f.

30 Veja Wandres, *supra* nota 27, p. 210 e seguintes.

ódio e violência contra grupos minoritários é punível muito antes que a conduta seja considerada como incitamento concreto para um ato criminoso específico; tal instigação é punível sob diferentes normas do Código Penal<sup>31</sup>. O art. 130 do Código Penal expressa a determinação legislativa no sentido de que o incitamento ao ódio e à violência não precisa resultar em risco presente (em outras palavras, um provável aumento de perigo para as minorias) para ser punível. Ao contrário, o incitamento a ódio racial é visto pelo legislador como elevação do risco geral de ruptura da paz pública, inclusive violações da dignidade e honra de grupos minoritários e a ocorrência de crimes de ódio<sup>32</sup>. Esse dispositivo é direcionado contra “o perigo de um perigo”<sup>33</sup>.

Essa norma consubstancia uma limitação muito grande na liberdade de expressão, que seria considerada demasiado abrangente pela jurisprudência americana. Ela representa o tipo de lei de “perturbação da paz” que a Suprema Corte teve de analisar em *Beauharnais v. Illinois* em 1952. Ali, a lei declarara ilícita a distribuição, por qualquer pessoa, de qualquer publicação que representasse depravação, criminalidade, promiscuidade, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo, ou religião, ou submetesse esses a ultraje, denegrimento ou calúnia, ou que produzisse perturbação da paz ou levantes. Falando pela maioria, o juiz Frankfurter disse “Ninguém discutirá que é calunioso acusar falsamente alguém de ser um estuprador, ladrão, portador de facas e armas de fogo, e usuário de maconha [...] [Se assim é,] se uma declaração verbal dirigida a um indivíduo pode ser objeto de sanções criminais, não podemos negar ao Estado [o direito de] punir a mesma declaração dirigida a um grupo definido, a menos que possamos dizer que se trata de uma restrição intencional e despropositada, não relacionada com a paz e o bem-estar do Estado”<sup>34</sup>. *Beauharnais* nunca foi reformado formalmente, mas seu alcance tem sido substancialmente estreitado e restringido ao teste de *Brandenburg*, o qual estabelece que o governo não pode proscrever a defesa do uso da força ou do descumprimento da lei, a menos que tal defesa seja direcionada a incitar ou produzir atos ilícitos iminentes e é provável que incite ou produza tais atos<sup>35</sup>.

Assim, o art. 130 do Código Penal alemão passaria pelo controle de constitucionalidade americano sob o padrão *Beauharnais* de 1952, incitamento ao ódio, mas não sob o moderno teste de *Brandenburg*, o qual insiste no perigo iminente de um ato ilícito antes que o discurso sofra uma limitação. Qual a explicação para essas diferenças substanciais entre os Estados

31 Veja arts. 26, 30, 111 do Código Penal alemão (Instigação, Tentativa de Instigação e Encorajamento Público para Cometer Atos Criminosos) e Wandres, *supra* nota 27, p. 210 f.

32 O termo técnico-jurídico é *abstraktes Gefährungsdelikt* – dispositivos do direito penal que proíbem atos que, em geral, aumentam o perigo de que alguma pessoa cometerá um crime de uma determinada categoria. Veja Wandres, *supra* nota 27, p. 224 e seguintes.

33 Wandres, *supra* nota 27, p. 221 f., utiliza essa caracterização notável.

34 *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 257 (1952).

35 Veja *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Unidos e a Alemanha em conceder ou negar *status* prevalecente ao discurso do ódio<sup>36</sup>? Primeiro, na tradição americana, há mais confiança de que, em uma disputa entre boas e más opiniões, as boas prevalecerão. Segundo, o discurso ofensivo ou o discurso do ódio nos Estados Unidos teve, ocasionalmente, conseqüências libertadoras como, por exemplo, durante a era da luta pelos direitos civis e dos protestos contra a guerra do Vietnã; porém, a Alemanha e a Europa vêem o discurso do ódio exclusivamente ou primariamente como uma ferramenta de supressão ou aniquilação. Terceiro, diversamente dos alemães, os americanos não confiam no governo para selecionar as “boas” opiniões das “más” – uma conseqüência dessa postura é que a discriminação feita por atores governamentais com base em pontos de vista, mesmo se direcionada ao “discurso do mal”, é vista com suspeita e pode até ser caracterizada como “pecado capital”. Quarto, afóra a deferência à liberdade de expressão, o judiciário americano esforça-se para ver além do elemento “ódio” no discurso suspeito, a fim de encontrar algum componente relacionado com o interesse público, mesmo se essa interpretação seja um tanto extensiva; não há tal tendência abrangente na Alemanha.

### IV.3 Mentiras do Holocausto simples e qualificadas

As normas alemãs referentes ao insulto coletivo e ao incitamento ao ódio assumem especial importância nos casos do Holocausto. Por essa razão, discutirei esses casos separadamente. Primeiro, deve-se distinguir entre mentira do Holocausto “simples” e mentira do Holocausto “qualificada”<sup>37</sup>.

Defensores da mentira do Holocausto “simples” (ou negação) insistem que não houve genocídio durante os anos do Terceiro Reich, ou que, se judeus foram mortos, isso não aconteceu na magnitude relatada ou por meio de uma campanha de envenenamento em massa por gás. Proponentes dessa visão poderiam dizer “o Holocausto nunca aconteceu”, ou “Relatórios sobre o Holocausto são enormemente exagerados”. A terceira declaração feita por nossa manifestante hipotética faz tal afirmativa.

A simples negação do Holocausto se torna “qualificada” quando estiver acompanhada por conclusões normativas adicionais ou por chamamentos à ação. A quarta declaração feita no caso hipotético é tal asserção. Para melhor se adequar ao contexto americano, eu ornamentei a declaração deixando a manifestante alegar que “afro-americanos usam a mentira da escravatura para extorquir dinheiro do governo americano, da mesma forma que os judeus usam a mentira do Holocausto para extorquir dinheiro da Alemanha. Alguma coisa tem que ser feita sobre isso!”.

36 Os pontos seguintes resumem os argumentos extraídos de debates sobre o direito constitucional americano.

37 Para uma excelente análise dos casos relevantes e das distinções feitas acima, veja Wandres, *supra* nota 27.

Nada nessa declaração levaria a oradora a ser processada criminalmente nos Estados Unidos. Chamamentos gerais a agir são protegidos pela Primeira Emenda desde que não exista o concreto e iminente perigo de um ato ilícito ser praticado. O mesmo é verdadeiro para as asserções desfavoráveis sobre a motivação das pessoas desde que essas opiniões não importem em difamação, a qual, nos Estados Unidos, exige normalmente afirmativas de fatos que ferem a reputação dos indivíduos atacados. Fazer declarações obviamente falsas, como a negação do Holocausto, não é punível nos Estados Unidos, e é improvável que o Congresso ou alguma assembléia legislativa estadual tente criminalizar a simples negação do Holocausto. Poder-se-ia, no entanto, refletir sobre o potencial de admissibilidade constitucional da proibição da negação do Holocausto nos Estados Unidos. Afinal, em *Gertz v. Robert Welch*, a Suprema Corte disse expressamente que “não há valor constitucional em declarações falsas de fato”<sup>38</sup>. Entretanto, independentemente de qualquer possibilidade de futura limitação nos Estados Unidos, ambas as variações da mentira do Holocausto são atualmente puníveis na Alemanha pelos arts. 130 e 185 do Código Penal. A Corte Constitucional Federal entende que esses dispositivos são limitações justificadas à liberdade de expressão.

É duvidoso que a criminalização alemã da mentira do Holocausto simples realmente atinja os objetivos subjacentes à proteção da liberdade de expressão. Afinal, por que a verdade não pode ser divulgada se tais mentiras são propagadas? Negações do holocausto encontrariam, com certeza, forte rejeição na Alemanha<sup>39</sup>, e a discussão que delas se seguisse alcançaria os corações e as mentes dos ignorantes ou mesmo de alguns neonazistas; indubitavelmente, isso garantiria que os terríveis eventos da Segunda Guerra Mundial não afundem no esquecimento. Os argumentos consequencialistas, assim, não são claros: se o discurso fosse permitido, poderiam acontecer coisas melhores do que piores a longo prazo.

Ademais, os interesses de autonomia do orador devem ser considerados. Salvo prova clara em sentido contrário, e utilizando a doutrina tradicional da liberdade de expressão, teríamos de supor que o discursista da nega-

38 418 U.S. 323, 340 (1974). Se aquela afirmação é tomada seriamente e aplicada em um contexto diferente de ações privadas movidas por autoridades públicas em razão de publicações falsas, como em *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), então o governo poderia regular ou proibir tais publicações como não sendo propriamente um discurso no sentido constitucional; a interferência do Estado teria apenas que atender ao teste de base racional. A regulação teria, então, de promover um legítimo objetivo do Estado. Seria suficiente para tanto “a preservação da verdade histórica” ou “a proteção da sensibilidade dos judeus residentes nos Estados Unidos”? Talvez sim sob o teste de base racional, mas com certeza não sob o teste do escrutínio estrito que seria utilizado se a Suprema Corte caracterizasse a negação do Holocausto como “discurso” e “opinião”.

39 O exemplo mais recente foi a exibição pública, no verão de 2001, de um grande pôster em um muro de Berlim, o qual, em letras enormes, fez referência à “mentira do Holocausto”. As letras pequenas do anúncio, então, esclareciam que isso era uma provocação intencional feita por um grupo de pessoas que rogavam aos berlinenses que doassem dinheiro para o futuro memorial do Holocausto. Houve severas críticas e censuras da parte de muitos cidadãos e mesmo de organizações contra esse bem-intencionado uso da “negação do Holocausto”.

ção do Holocausto está expressando seus pensamentos, e ser capaz de expressar livremente suas idéias independentemente das conseqüências é um fundamento importante da liberdade de expressão. Parece-me que, em termos de doutrina e fundamentos tradicionais da liberdade de expressão, a negação simples do Holocausto deveria ser considerada como liberdade de expressão protegida.

No entanto, isso ainda nos deixa a questão sobre se leis proibitivas são justificadas pelos valores constitucionais contrapostos que servem para limitar a liberdade de expressão. Quais direitos amparados constitucionalmente são prejudicados pela simples negação do Holocausto? Não pode ser a verdade sobre acontecimentos históricos, porque uma mentira não elimina os fatos e não suprime a prova do que aconteceu. Ademais, seria difícil compreender por que o direito penal teria que proteger “verdades históricas” com sanções, afora fazer cumprir, no âmbito de processos judiciais, os deveres específicos das testemunhas de dizerem a verdade sobre fatos relevantes.

A verdadeira razão para a criminalização alemã até mesmo da negação simples do Holocausto é que quase todos os políticos na Alemanha e todos os tribunais, até a Corte Constitucional Federal, supõem que tal negação consubstancia difamação de grupos e incitamento ao ódio. A formulação original desse ponto de vista foi de autoria da Alta Corte Federal e tem sido mantida pela Corte Constitucional Federal:

“Por si só, o fato histórico de que seres humanos eram diferenciados de acordo com os critérios dos ‘Atos de Nuremberg’ e destituídos de sua dignidade com o objetivo de serem exterminados, coloca os judeus que vivem na República Federal da Alemanha em uma relação pessoal diferenciada vis-à-vis seus concidadãos; o passado ainda está presente nessa relação hoje. É parte de sua própria percepção pessoal e de sua dignidade de que eles sejam vistos como pertencentes a um grupo de pessoas que se destaca em razão de seu curso de vida, em relação ao qual todos os outros possuem uma responsabilidade moral especial. De fato, o respeito por essa percepção de si próprios é, para cada um deles, uma das garantias contra a repetição de tal discriminação e constitui a condição básica para a vida deles na República Federal. Quem quer que busque negar esses eventos, nega a cada um deles o valor pessoal a que eles têm direito. Para a pessoa afetada, isso significa a continuação da discriminação contra o grupo a que ela pertence, bem como contra ela própria [...] [E também que nada mudou] quando se considera que a postura da Alemanha em relação ao seu passado nazista e às conseqüências políticas dele [...] é uma questão de essencial interesse para o público. É verdade que, naquele caso, existe uma presunção em favor da liberdade de expressão. Porém, essa presunção não se aplica se a manifestação verbal constitui um crime de insulto formal

ou difamação, ou se a manifestação verbal ofensiva está baseada em afirmativas de fato que foram provadas inverídicas.<sup>40</sup>

Entretanto, pode-se questionar o que exatamente configura o incitamento ao ódio ou o ataque individual à dignidade de cada judeu que vive atualmente na Alemanha<sup>41</sup>. A Corte Constitucional alemã amplia a interpretação dada à negação do Holocausto de diversas formas. Primeiro, a Corte transforma uma obrigação moral em uma obrigação jurídica e, quando a lei penal é utilizada como *ultima ratio* para reconhecer um destino histórico terrível, devem ser trazidos à discussão fundamentos adicionais relativos à necessidade dos meios e aos interesses protegidos. Segundo, embora o argumento da dignidade coletiva judia seja um tanto sensível devido ao terror infligido ao grupo pelo regime nazista, tal alegação de uniformidade grupal pode ser contraproducente se a dignidade é vista como protegendo principalmente a individualidade e não a coletividade dos judeus que vivem na Alemanha. Terceiro, a Corte, em suas razões, igualou a experiência passada e a vida presente, e, quarto, a Corte construiu a negação do Holocausto como um “ataque” à vida, à dignidade e à igualdade. O problema com essas interpretações não é que elas não poderiam ser vistas como razoáveis ou plausíveis, mas sim que a Corte Constitucional Federal excluiu outras interpretações não puníveis baseadas, por exemplo, na ignorância, sem examinar outros meios menos restritivos para preservar a memória do Holocausto e assegurar a paz e a segurança dos judeus na Alemanha. Ao contrário, a Corte escolhe a variável punitiva da manifestação e o faz de forma bastante elaborada, ao passo que as alegações de liberdade de expressão em favor do manifestante quase não são desenvolvidas. Esse desequilíbrio e essa divergência da própria doutrina da Corte sobre a liberdade de expressão tornam-se especialmente surpreendentes quando se compara o tratamento do Caso da Negação do Holocausto, em que a Corte esforçou-se muito para interpretar um pleito histórico como discurso punível, com o Caso Soldados-são-Assassinos, em que a Corte trabalhou muito para encontrar uma interpretação em favor do discurso. Qualquer que seja o sentido dessa última mensagem, com certeza é mais um ataque à honra do que “o Holocausto não aconteceu”, e os destinatários também são mais fáceis de identificar.

Tudo isso aponta para a conclusão de que a criminalização da simples negação do Holocausto não pode ser justificada nos termos da doutrina tradicionalmente aceita sobre a liberdade de expressão. Essa criminalização pode ser justificada apenas em face da singular significância do Holocausto para a auto-imagem de todos os alemães<sup>42</sup>. Milhões de judeus e outras mi-

40 90 BVerfGE 241, 251 f., 254 (1994) = Decisões 620, p. 628 f., 630.

41 Veja Wandres, *supra* nota 27, p. 186 e seguintes, 239 e seguintes, citando os poucos críticos dessa decisão. Por exemplo, um crítico declarou: “A decisão nos satisfaz de um ponto de vista humano, político e histórico. Entretanto, de um ponto de vista jurídico, suscita mais questões do que responde” (Wandres, p. 193, nota 158).

42 Sobre essa tese, veja Wandres, *supra* nota 27, p. 35 e seguintes, 240.

norias foram mortas durante a era nazista; para a identidade alemã, isso ainda é um evento traumático que é mais bem expresso pelas famosas palavras “Nunca Outra Vez!”<sup>43</sup>. Com base nessa máxima, a invasão da liberdade de opinião quanto ao Holocausto é considerada justificada mesmo se os princípios doutrinários correntes sobre a liberdade de expressão são substancialmente restringidos.

Escrúpulos constitucionais acerca da criminalização das mentiras do Holocausto diminuem ou desaparecem em exemplos de mentiras qualificadas do Holocausto, as quais estão presentes na quarta declaração feita no caso hipotético. Quando chamamentos à ação baseados em teorias de superioridade racial e inferioridade são divulgados, o discurso do ódio aproxima-se do crime do ódio, alegações conseqüencialistas apontam para resultados danosos, e o argumento de autonomia não é determinativo porque pode ser levantado tanto pelo orador quanto pelo destinatário<sup>44</sup>. A punição de tais incitamentos pelos arts. 130, 185 e seguintes do Código Penal está assegurada. Ofensores são vistos como tendo violado a dignidade humana e a honra do grupo atacado e ameaçado os direitos dos membros do grupo à segurança e à integridade física, ainda que a conduta do ofensor possa não se enquadrar em instigação criminal e não haja perigo claro e iminente à paz pública. É claro que problemas interpretativos remanesçam aqui também – por exemplo, qual o momento exato em que uma manifestação verbal ofende a dignidade de uma pessoa ou grupo e quão “abstratamente perigoso” pode ser um chamamento à ação e ainda se qualificar como crime dentro dessa categoria.

Outro conjunto de casos refere-se a análises normativas e conclusões feitas em conjunção com a negação ou minimização do Holocausto. Qual deveria ser a resposta do Estado quando um cidadão declara que “grupos de interesses especiais e judeus usam a mentira do Holocausto para extorquir dinheiro da Alemanha”? Tais declarações caracterizam-se como crimes na Alemanha, porém a ameaça à vida, à liberdade e à segurança das minorias atacadas não é tão clara quanto nos casos de incitamento, e, desde que não seja feita referência a teorias de superioridade racial, o insulto à dignidade ou à honra é menos evidente.

Tendo em vista a admoestação da Corte Constitucional Federal em dar às opiniões uma interpretação favorável à liberdade de expressão, em vez de focar imediatamente no significado punitivo, esses casos não são facilmente resolvidos.

43 Veja Natasha Minsker, *I Have a Dream – Never Forget: When Rhetoric Becomes Law. A Comparison of the Jurisprudence of Race in Germany and the United States*, 14 Harv. BlackLetter L.J. 113 (1998), especialmente na p. 157 com a nota 297. A tese principal desse artigo é que os Estados Unidos deveriam aprender da Alemanha a “olhar para trás” e aceitar sua responsabilidade pela escravatura; a Alemanha, por outro lado, poderia aprender dos Estados Unidos a “olhar para frente” e adotar melhores leis antidiscriminação.

44 Art. 1º (1) BL sustenta esse argumento porque o governo tem de respeitar a dignidade humana (do orador) bem como proteger a dignidade humana (do destinatário da mensagem).

Em geral, e abstraindo os casos do Holocausto, grupos de interesses e políticos freqüentemente usam defeitos morais e erros políticos de outros atores para seu próprio benefício, o que pode ser justificado ou não em termos de valores morais e políticos. Isso pode conduzir, por exemplo, à reparação e a pedidos de desculpas – como visto mais recentemente na conferência anti-racismo em Durban, África do Sul, relativamente a desculpas pela antiga escravidão. Todavia, discussão aberta e robusta deveria prevalecer quando são consideradas as conseqüências de erros políticos ou ações danosas na história ou no tempo presente. Por que então punir alegações sobre o uso feito do Holocausto? Talvez porque, nesses casos, extremistas fortemente impopulares façam uso ideológico dos fatos históricos e os falsifiquem? Isso pode bem ser o caso, mas existe realmente uma diferença relevante entre a interpretação da história feita por eles e outros exemplos de construção tendenciosa e interesseira de acontecimentos históricos por políticos populares ou extremistas não tão desprezíveis assim? Penso que não, porque distinções entre diferentes tipos de extremismo freqüentemente representam mais *Zeitgeist* ou o politicamente correto do que diferenciação ética, e simplesmente supor que todos os partidários de direita são neonazistas conservadores incapazes de mudar sua visão de mundo consubstanciaria uma estereotipagem constitucionalmente suspeita.

Além disso, normalmente é tão difícil invalidar como o é provar acusações de falsificações históricas ou uso ideológico de estatísticas e eventos, e a presunção de que apenas neonazistas fazem uso ideológico desses acontecimentos históricos nas mentiras qualificadas do Holocausto, ao passo que outros grupos ou políticos não o fazem, é altamente improvável.

Finalmente, a presunção de que todas as críticas dirigidas contra “judeus” ou “os judeus” referem-se a todo e qualquer judeu individualmente pode não ser correta, uma vez que tais asserções genéricas são comumente dirigidas a “vários”, “típico”, ou “muitos” do grupo, do ponto de vista do manifestante, em vez de “todos”. Tal insulto mais seletivo não atenderia o requisito padrão de que insultos coletivos sejam dirigidos a todos os membros do grupo. A presunção de que o insulto nesses casos é dirigido a todos os judeus é válida apenas quando essas asserções sejam vistas não como empíricas, mas sim como estereotipadas, atribuições dessas de características negativas contra as quais os indivíduos não podem se defender, não existindo prova ou contraprova possível<sup>45</sup>. A jurisprudência alemã, a qual criminaliza tal discurso como uma categoria da mentira do Holocausto, pode ser justificada sob esse fundamento<sup>46</sup>.

45 Veja Wandres, *supra* nota 27, p. 206, fazendo referência à literatura nazista caracterizando todos os judeus como mentirosos e parasitas.

46 Outras questões permanecem. Não é que a ordem para liberalmente construir declarações proibidas em potencial exige a leitura alternativa que afasta a ilegalidade? Nesse caso, isso seria a construção empírica da declaração.

Em conclusão, tentei esboçar como o mundo fora dos Estados Unidos lida com o discurso do ódio, e as diferenças são surpreendentes. Utilizei-me do sistema alemão para ilustrar a abordagem dos mais modernos sistemas constitucionais e do direito internacional. Na medida em que tenho criticado o modo alemão, a crítica não é baseada no fato de que o direito alemão e a jurisprudência divergem da abordagem americana. Ao contrário, tenho tentado demonstrar que a leitura expansiva de “honra” no direito alemão conduz a limitações de expressão bastante amplas, baseadas em alegações contrapostas de igualdade básica e civilidade, e também leva à inclusão de pleitos contra a difamação de grupo. Além disso, a honestidade intelectual exige que se aponte que, nos casos do Holocausto, a Corte Constitucional alemã afastou-se de suas doutrinas usuais concernentes à liberdade de expressão. A Corte e a jurisprudência alemã tendem a não ver ou discutir essa divergência em termos do que é exatamente essa diferença, qual a medida em que essa divergência das doutrinas usuais é apropriada, e por quanto tempo deve-se aceitar tal divergência. A melhor explicação e, possivelmente, justificção para o tratamento especial dos casos do Holocausto é a singularidade do Holocausto na Alemanha e na história global; a partir dessa singularidade, resultam compreensivas leis proibitórias e leituras expansivas de proibições nos casos de mentira do Holocausto. A singularidade moral, política e jurídica do Holocausto com certeza se destaca na história recente, e a memória do Holocausto tem servido para catalisar o interesse global sobre direitos humanos. Todavia, ainda que tenha sido terrível o Holocausto, isso não deveria desvirtuar a necessidade de permitir a discussão aberta e irrestrita em todos os assuntos de interesse público, especialmente quando nossa resolução é testada por mensageiros ou mensagens que detestamos.

O sistema jurídico americano proíbe o discurso de ódio o mais tarde possível – apenas quando há o perigo iminente de atos ilícitos. A jurisprudência alemã coíbe o discurso do ódio o mais cedo possível. Ambas as abordagens têm suas vantagens e desvantagens, e isso está claramente compreendido nos Estados Unidos, onde existe a voz de uma persistente minoria defendendo um sistema mais em contato com o resto do mundo<sup>47</sup>. No entanto, quase não há discussão na Alemanha sobre os custos da expansiva proibição do discurso do ódio para a liberdade de expressão. Com certeza, esse não é um estado satisfatório de discurso público com relação ao direito constitucional alemão. Qualquer que seja a ponderação de valores “correta” nos casos de discurso do ódio, ela não pode ser encontrada sem uma discussão aberta e irrestrita, consciente do propósito especial do princípio da liberdade de expressão para a proteção do discurso ofensivo.

---

47 Veja, *v.g.*, *supra* notas 3, 10, 44.