

Negação do Holocausto é forma de expressão do discurso do ódio!

27/11/2021



A recente controvérsia, amplamente veiculada na

ConJur, em especial mediante duas colunas da lavra dos ilustres juristas Lenio Luiz Streck e Martônio Barreto Lima, a [primeira](#) (publicada em 16/11/2021) endereçando contundentes críticas à sentença proferida pelo juiz federal Danilo de Almeida, do Ceará, que julgou improcedente ação penal que imputava ao denunciado o cometimento do crime previsto no artigo 20, § 2º, da Lei Federal nº 7.716/1989 (Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), a [segunda](#) (publicada em 18/11/21), formulando réplica à resposta formulada pelo prolator da decisão polemizada, mais uma vez coloca em pauta o tema do assim chamado discurso do ódio, aqui naquilo que diz respeito à manifestações antissemitas e à negação do Holocausto.

Desde logo, registra-se que não se pretende aqui avançar o debate em torno do polêmico julgado em si, mas sim, retomar e reforçar, também entre nós, aquilo que sempre deve ser lembrado, designadamente, que, a negação do Holocausto (assim como outras manifestações antissemitas), constitui uma forma de expressão, dentre outras, do assim chamado discurso do ódio, legitimamente vedada pela ordem jurídico-constitucional brasileira — é isso que se sustenta —, a exemplo do que se dá em diversos outros países.

De acordo com recomendação do Conselho da Europa, aqui reproduzida em tradução livre, cada expressão que divulga, incita, promove ou justifica ódio racial, xenofobia, **antisemitismo** (*grifo nosso*) ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo intolerância causada por um nacionalismo de cunho agressivo, etnocentrismo ou hostilidade em relação a minorias, imigrantes e pessoas de origem estrangeira é considerado uma espécie de discurso do ódio¹.

Assim, se numa perspectiva individual são comuns efeitos como depressão, baixa autoestima, tentativas de suicídio, autoexclusão e automutilação pelas pessoas vitimadas, numa perspectiva coletiva, quando o ódio é destilado contra determinados grupos sociais, o impacto perverso envolve uma espécie de efeito difuso, porquanto toda e qualquer ofensa é, em geral, destinada a provocar o desgaste dos laços de pertencimento social.² Nesse contexto, o discurso do ódio (assim como o fenômeno — em parte correlato — das *fake news*, da desinformação) acirra sectarismos, instila a divisão social, gera níveis preocupantes de instabilidade política e mesmo representa, cada vez mais, ameaças concretas para a democracia.

Quanto à negação do Holocausto e outras manifestações antissemitas, é verdade que não existe, em escala global, uma resposta uniforme por parte das diferentes ordens jurídicas a respeito de como lidar com o fenômeno, de tal sorte que, tanto há Países onde em regra tais condutas (assim como outras similares) são protegidas pela liberdade de expressão (EUA, Reino Unido), quanto existem Estados que as criminalizam (Alemanha, Áustria, Bélgica, República Tcheca, França, Alemanha, Israel, Lituânia, Polônia, Romênia, Eslováquia, Suíça), sendo correto, de modo a não induzir em equívoco, registrar que na maioria dos Países a negação do Holocausto não é crime. No que diz respeito à jurisprudência dos Tribunais Internacionais, destaca-se o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que, embora tenha abraçado o conceito amplo de discurso do ódio acima referido (que inclui o antissemitismo), defere considerável margem de apreciação aos Estados submetidos à sua jurisdição no concernente à decisão de criminalizar, ou não, algumas condutas.

A despeito dessas importantes diferenças no tratamento da matéria, quanto mais se lança um olhar atento sobre o que se passa em termos de negacionismo histórico e de acirramento dos níveis de intolerância, sectarismo e discriminação, mais se percebe (ou deveria perceber) o quanto é necessário — e possível — assegurar uma posição preferencial à liberdade de expressão e de informação, mas ao mesmo tempo sancionar um determinado tipo de abuso discursivo.

Para ilustrar a questão, colacionam-se dois exemplos extraídos da prática decisória mais recente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TC).

No primeiro caso, julgado em 22 de junho de 2018, o TC³ entendeu ser compatível com a Lei Fundamental e com a liberdade de expressão nela consagrada e protegida (artigo 5º, 1) a criminalização e consequente punição pela negação do genocídio nacional-socialista, designadamente, no caso concreto objeto do julgamento (com a não admissão para decisão) de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) que impugnava decisão que havia condenado a reclamante por ter negado a ocorrência do extermínio levado a efeito no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau. Para o TC — aqui em apertadíssima síntese —, *a difusão consciente de afirmações fáticas comprovadamente inverídicas não contribui para a formação*

da opinião no contexto público e, portanto, não se encontra protegida pela liberdade de expressão. Ademais disso, a negação do genocídio nacional-socialista extrapola as fronteiras de um embate de ideias pacífico na esfera pública e indica uma afetação da paz social.

No segundo julgado selecionado, decidido em 7/7/2020, embora a reclamação constitucional não tenha sido admitida para julgamento, o TC repisou e atualizou importantes argumentos relacionados com o objeto e alcance da liberdade de expressão.

No caso relatado, o presidente local de uma associação do Partido *A Direita (Die Rechte)* — reincidente múltiplo em condenações criminais — foi condenado a seis meses de detenção sem direito a suspensão pela prática dos delitos de ofensa (*Beleidigung*) e incitação ao ódio contra determinado grupo populacional (*Volksverhetzung*), designadamente, a população judaica. Os fatos que deram ensejo ao processo criminal nas instâncias ordinárias merecem sumária descrição. Para tanto valemo-nos do resumo veiculado pelo boletim informativo do TC em 10.07.20 e a narrativa dos fatos constante do próprio julgado.

No caso, antes das exortações penalizadas, a rede de notícias *Westdeutscher Rundfunk* havia noticiado que uma determinada comunidade do estado de Nordrheinwestfalen tinha o seu diário oficial veiculado por uma editora, cujo proprietário publicava escritos de caráter radical de direita.

Em virtude disso, o líder de uma comunidade judaica da região exigiu que o diário oficial referido fosse publicado por outra editora, o que, por sua vez, levou o autor da reclamação constitucional, na época presidente de uma associação local vinculada ao partido político já referido, a publicar na página internet da agremiação, sob sua responsabilidade, uma série de manifestações que o levaram a enfrentar, mais adiante, o processo criminal cujo veredito buscou questionar perante o TC. Na matéria veiculada pelo reclamante sob o título "Meios estatais de comunicação, esquerda e comunidade judaica", este, após criticar as tentativas de silenciar a dissidência, chamou o representante da comunidade judaica que havia exortado a municipalidade a não mais publicar na editora do reclamante de "funcionário judeu atrevido".

Além disso, o artigo fala de uma "campanha insidiosa das mídias, da esquerda e da comunidade judaica", apelando para "a cessação imediata de toda e qualquer cooperação" com a mencionada comunidade. No mesmo texto, o reclamante afirma que o partido "A Direita pretende reduzir a influência das organizações lobistas judaicas sobre a política alemã em tempo curtíssimo a zero", ademais de "cortar todas as subvenções estatais para comunidades judaicas destinando os recursos para o bem comum". Note-se, ainda, que o reclamante também fez referência, autointitulando-se de "editor político não conformista" a uma obra por ele editada sobre "homens exemplares e de qualidade comprovada das forças armadas da SS (*vorbildliche und bewährte Männer der Waffen SS*)".

De acordo com o julgado, embora uma proibição e criminalização de discursos genéricos radicais de direita e mesmo de conteúdo nacional-socialista não seja, como tal, compatível com as exigências da liberdade de expressão, é necessário inserir tais manifestações no devido contexto. Nesse sentido, refere a decisão que a experiência histórica alemã demonstrou que a sistemática e direcionada perseguição e boicote à comunidade judaica pavimentou o caminho

para o seu extermínio.

No caso concreto — ainda de acordo com o julgado — o recurso à expressão "judeu atrevido", assim como a referência positiva aos integrantes das *Waffen SS*, pode ser reconduzido diretamente tanto ao uso da mesma expressão e similares veiculadas pela propaganda nacional-socialista, quanto ao fato de que foram as SS as responsáveis pelo planejamento e execução do holocausto. Além disso, a referência ao objetivo da eliminação (redução a nível zero) de toda e qualquer influência política da comunidade judaica deixa transparecer uma adesão à retórica nazista do extermínio, ameaçando concretamente o caráter pacífico do debate político.

Os argumentos esgrimidos nos dois julgados do TC da Alemanha, sumariamente apresentados, muito embora não representem a única resposta possível (pelo menos à vista das diferentes soluções adotadas em e por diferentes Países), são perfeitamente compatíveis com as exigências da ordem jurídico-constitucional brasileira, que bem apostou na prevalência das liberdades comunicativas, mas que, por outro lado, também assume um forte cunho inclusivo, proscrevendo a intolerância e a segregação, assim como toda e qualquer forma de discriminação. Além disso, a negação do Holocausto e o antissemitismo militante, não é de longe um problema a ser equacionado apenas na Alemanha, na Áustria ou em alguns Países da Europa e em Israel, pois, seja aonde for, a refutação da existência do assassinato planejado, sistemático, burocratizado e massificado de milhões de pessoas pelo simples fato de serem integrantes da comunidade judaica, contém em si o germe da possibilidade de que tal infâmia possa vir a se repetir. Por isso, tomando emprestado o título do instigante filme de Florian von Donnersmark (vale a pena conferir no Amazon Prime) "nunca deixe de lembrar"!

Por outro lado, diferentemente do que se dá no caso da negação do Holocausto e de outros infames crimes contra a humanidade, nem toda refutação da verdade (ou de verdades) ou mesmo desinformação é ilegítima na perspectiva constitucional, porquanto a liberdade de expressão, de acordo com massiva doutrina, jurisprudência e mesmo legislação (em sentido amplo), tanto no plano nacional, quanto estrangeiro e internacional, não protege apenas manifestações verdadeiras (até porque o que é verdade carece de definição e aferição). Mas isso não poderá ser aqui desenvolvido.

1 Cf. Recomendação do Conselho da Europa (*European Council Recommendation*) nº 97/20, "Every expression that spread, incite, promote or justify racial hate, xenophobia, anti-semitism or any other form of intolerance, including intolerance caused by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination or hostility against minorities, migrants and people from foreign origin" (EUROPEAN UNION. Council of Europe. European Council Recommendation n. 97/20 of the Committee of Ministers to member states on "hate speech", 1997.).

2 WALDRON, Jeremy. The harm in hate speech. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2012. p. 05.

3 Cf. DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. 1 BvR 673/18 – Rn. (1-37), 2018. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20180622_1bvr067318.html. Acesso em: 24 out. 2018.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-nov-27/direitos-fundamentais-negacao-holocausto-discurso-odio/>