

Liberdade de expressão e Direito Penal: análise comparativa do uso de sanções criminais para conter abusos no discurso sob a ótica das cortes interamericana e africana de Direitos Humanos

Thomaz Fiterman Tedesco

Defensor Público do Estado de São Paulo
Mestrando em Direito Constitucional na Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

RESUMO: A liberdade de expressão é um direito fundamental de elevadíssima importância, mas não ostenta caráter absoluto. Assim, conflitos com outros direitos acontecem e precisam ser resolvidos pelo intérprete. O presente estudo busca aferir como o conflito entre a liberdade apontada e o direito à honra tem sido tratado na Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, especificamente quanto à possibilidade de uso do direito penal para criminalizar o uso abusivo da liberdade de expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão. Limites. Sistemas regionais de direitos humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

ENGLISH

TITLE: Freedom of expression and criminal law: comparative analysis of use of the criminal sanctions to contain abuses in speech under the opinion of the Inter-American Court of Human Rights and African Court on Human and Peoples' Rights.

ABSTRACT: Freedom of expression is a fundamental right of great importance, but it is not absolute. Thereby, conflicts to others rights happen and must be decided by the interpreters. The present paper tries to determine how the conflict between freedom of expression and the right to honor has been decided by the Inter-American Court on Human Rights and the African Court on Human and People's Rights, specifically in relation to the possibility of using criminal law to restrain the abusive exercise of freedom of expression.

KEYWORDS: Freedom of expression. Limits. Regional human rights systems. Inter-American Court of Human Rights. African Court on Human and Peoples' Rights.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Breve apresentação dos sistemas regionais africano e interamericano de Direitos Humanos – 2.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Convenção Americana e seus aparatos de fiscalização – 2.2 O Sistema Africano de Direitos Humanos: a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e seus aparatos de fiscalização – 3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a permissão de uso do Direito Penal para conter os abusos da liberdade de expressão – 4 A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a proibição da pena de prisão de forma absoluta em casos envolvendo a liberdade de expressão – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado há muito. Trata-se da possibilidade de livremente comunicar ideias e opiniões (*to speak one's mind*), pelo meio que for – por escrito, verbalmente, por símbolos, pela imprensa, dentre outros –, ademais de possuir também uma dimensão social – a possibilidade de buscar e receber informações e opiniões alheias. Em razão dessa dupla operacionalidade, individual e social, o direito em questão

possui uma vinculação estreita com a democracia; afinal, para se falar em regime democrático, é preciso haver discurso livre, debate público vigoroso, e as fontes de informação para tanto devem ser plúrimas.

Tal a sua importância que, atualmente, a liberdade de expressão deixou de ter assento apenas nas constituições nacionais¹ e migrou também para os tratados internacionais, assumindo, assim, natureza de direito humano² civil e político. Trata-se, portanto, de um mínimo ético irredutível³ reconhecido tanto no âmbito global (sistema da Organização das Nações Unidas – ONU)⁴ quanto nos três sistemas regionais de direitos humanos mais consolidados (interamericano, europeu e africano).⁵

¹ No caso da Constituição brasileira de 1988, o enunciado normativo está previsto no art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

² Adota-se, aqui, por simplicidade, a diferenciação empreendida por boa parte da doutrina entre direitos fundamentais e direitos humanos, para enquadrar na primeira categoria os direitos do ser humano constitucionalmente (e, portanto, nacionalmente) assegurados e na segunda categoria os direitos de configuração similar assegurados em documentos internacionais de proteção do ser humano (por todos, SARLET, 2012, p. 29). Vale, no entanto, levar em conta a opinião de André de Carvalho Ramos, para quem a distinção terminológica citada já não guarda maior razão de ser, diante de uma aproximação cada vez maior entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos na temática. No entanto, destaca o autor que, ao mesmo tempo, ganha importância o estudo das diferenças de interpretação de determinado direito pelas instâncias nacionais e internacionais, realçando o perigo do “truque do ilusionista” de que instâncias jurídicas nacionais interpretem direitos humanos sob perspectiva nacional e ignorando ou desvirtuando a interpretação dada pelos órgãos internacionais encarregados do mister hermenêutico (RAMOS, 2014, pp. 41-42; RAMOS, 2015, p. 35).

³ Na feliz expressão de Flávia Piovesan: “O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca de salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do mínimo ético irredutível” (PIOVESAN, 2017, p. 55).

⁴ Basta verificar a previsão do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (resolução 217 A III da ONU): Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”; bem como o artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o principal tratado onusiano a respeito dos direitos de primeira geração: “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 idéias 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. [...]”.

⁵ Há embrionárias perspectivas em relação a um sistema regional árabe e a um sistema regional

Nada obstante a elevada importância do direito enfocado, também ele pode sofrer restrições. Interessa neste artigo analisar se o uso do direito penal com tal objetivo é autorizado pelas instâncias interpretativas internacionais. O risco de esfriamento do discurso (*chilling effect*) causado pelo expediente criminal é a grande preocupação subjacente ao tema, que já foi alvo, por exemplo, de Comentário Geral n. 34 do Comitê de Direitos Humanos da ONU.⁶

No presente estudo, no entanto, o enfoque será dado aos sistemas interamericano e africano. Adota-se aqui a visão de Frans Viljoen, para quem os estudos comparados relativos aos sistemas regionais de direitos humanos tendem a enfocar os sistemas europeu e interamericano (o primeiro em maior grau) e mantém o sistema africano à margem, muito embora todos os sistemas em funcionamento tenham muito a aprender uns com os outros, o que deveria motivar mais pesquisas envolvendo os três (VILJOEN, 2019, pp. 303-304). Pretende-se, portanto, contribuir para o desafio proposto pelo autor e realizar um empreendimento comparatista entre os dois sistemas.

asiático (PIOVESAN, 2018, p. 351; SHELTON; CAROZZA, 2013, pp. 93-105).

⁶ O Comitê é o principal órgão de monitoramento criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O órgão dispõe da capacidade de elaborar opiniões gerais, que seriam uma forma de interpretação autorizada de enunciados normativos do Pacto sob sua responsabilidade (PIOVESAN, 2018, pp. 254-261). A respeito do Comentário Geral n. 34, de interesse trazer o excerto a seguir: “47. *Defamation laws must be crafted with care to ensure that they comply with paragraph 3, and that they do not serve, in practice, to stifle freedom of expression. All such laws, in particular penal defamation laws, should include such defences as the defence of truth and they should not be applied with regard to those forms of expression that are not, of their nature, subject to verification. At least with regard to comments about public figures, consideration should be given to avoiding penalizing or otherwise rendering unlawful untrue statements that have been published in error but without malice. In any event, a public interest in the subject matter of the criticism should be recognized as a defence. Care should be taken by States parties to avoid excessively punitive measures and penalties. Where relevant, States parties should place reasonable limits on the requirement for a defendant to reimburse the expenses of the successful party. States parties should consider the decriminalization of defamation and, in any case, the application of the criminal law should only be countenanced in the most serious of cases and imprisonment is never an appropriate penalty. It is impermissible for a State party to indict a person for criminal defamation but then not to proceed to trial expeditiously – such a practice has a chilling effect that may unduly restrict the exercise of freedom of expression of the person concerned and others*”. O Comitê, dessa forma, assinala ser possível o uso do direito penal em matérias de conflito envolvendo a liberdade de expressão, embora recomende o seu abandono completo. Além disso, afirma peremptoriamente que o uso da pena privativa de liberdade nessas hipóteses é incabível.

Como dito, ambos os sistemas regionais que serão objeto do estudo contam com enunciados normativos expressos prevendo a liberdade de expressão e os seus limites, pois, como a prática nacional de exercício da liberdade analisada demonstra, muitas vezes, há conflito com direitos outros.⁷

A questão que se apresenta é se os dois sistemas regionais citados (mais especificamente, seus mecanismos jurisdicionais, ou seja, a Cortes Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos) admitem o uso do direito penal como limitador da liberdade de expressão em caso de exercício do direito considerado indevido ou abusivo. Impossível, no entanto, conhecer as normas relativas ao tema sem verificar a realidade interpretativa que as envolve. Não basta ler os tratados internacionais de direitos humanos ou as constituições para encontrar o significado da liberdade de expressão e os seus contornos, pois estes atos normativos não contam a história toda, sendo apenas o começo (GRIMM, 2009).⁸

Daí a necessidade de se estudar as decisões dos tribunais internacionais responsáveis por interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos – respectivamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos – para escutar o que elas dizem acerca da possibilidade de conter a liberdade de expressão por meio de tipos penais.

Começa-se por uma breve explanação acerca do funcionamento dos dois sistemas regionais analisados para, então, adentrar-se na avaliação da jurisprudência das duas Cortes quanto ao tema em estudo.

⁷ A preocupação não é nova. Destacam Shelton e Carozza que, há mais de sessenta anos, os sistemas internacionais de direitos humanos lidam com o dilema da tensão entre a liberdade de expressão e direitos outros (2013, p. 801).

⁸ Dieter Grimm destaca, com clareza, que o texto não basta. É necessário, para realmente conhecer a norma que protege a liberdade de expressão, conhecer o contexto do local da aplicação e a interpretação que do texto é feita. No original: “*But here again the constitutional text does not tell the whole story. The interpretation of the text and its application in concrete cases matters as well. There are countries with rather broad limitation clauses that are narrowly interpreted as in Germany. But there are also countries with a narrow limitation clause that do not prevent severe restrictions. Ultimately it is decisive whether the state claims the power to enforce an objective truth, be it religious or secular, and legitimates its rule by this pre-determined truth, or whether the state sees its ultimate end in serving the freedom of its citizens so that different beliefs co-exist and rule is legitimated by consensus*” (GRIMM, 2009, p. 12).

2 BREVE APRESENTAÇÃO DOS SISTEMAS REGIONAIS AFRICANO E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

2.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Convenção Americana e seus aparatos de fiscalização

Como já adiantado, existem, hoje, três grandes sistemas regionais de direitos humanos no mundo, que têm atraído a atenção tanto dos estudos acadêmicos quanto das vítimas de violações de seus direitos essenciais: o europeu, o americano e o africano. O sistema europeu de direitos humanos, incrustado no âmbito do Conselho da Europa,⁹ é o mais antigo e o mais consolidado.¹⁰

Se o sistema europeu é forjado no pós-segunda guerra, já em ambiente democrático – embora ainda sob impacto dos horrores da II Guerra – e em região relativamente homogênea em termos de desenvolvimento, o sistema interamericano encara contexto de nascimento bastante diverso.¹¹ Narra André de Carvalho Ramos que o anteprojeto da Convenção Americana de Direitos Humanos foi elaborado em 1967 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e que, já em 1969, durante a Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, ocorrida em San José da Costa Rica, foi adotado o texto da Convenção (RAMOS, 2015, p. 218). A Convenção entrou em vigor em 1978, após atingido o número mínimo de ratificações.

⁹ Não se trata de estrutura vinculada à União Europeia. O Conselho da Europa e a União Europeia são organizações internacionais diversas, sem hierarquia entre si, valendo notar que o órgão jurisdicional da primeira é a Corte Europeia de Direitos Humanos, que trata de temas ligados à Convenção respectiva, enquanto o da segunda é o Tribunal de Justiça da União Europeia, que trata de temas comunitários, não apenas vinculados aos direitos humanos.

¹⁰ A Convenção Europeia de Direitos Humanos entrou em vigor em 1953 e, em 2016, contava com 47 Estados-partes. Seu mecanismo de garantia é judicial, consistente na Corte Europeia, um tribunal permanente, dotado de 47 juízes. Como o referido sistema não é objeto do presente estudo, para aprofundamento, recomenda-se PIOVESAN, 2017, e RAMOS, 2015.

¹¹ Como explica André de Carvalho Ramos, no âmbito americano a proteção de direitos humanos tem como pilares quatro principais diplomas normativos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador. Derivam daí dois sistemas paralelos de proteção, o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), que se baseia na Declaração e na Carta da OEA, e o mais específico sistema da própria Convenção Americana (RAMOS, 2015, p. 201). Neste artigo, o sistema da OEA não será objeto de atenção.

O contexto da época, no entanto, aponta para um paradoxo. Na precisa lição do autor, a OEA à época era infestada por ditaduras que, à primeira vista, pouco interesse teriam em aderir a um tratado de direitos humanos – o que seria contra intuitivo.¹²

Para Ramos, no entanto, o paradoxo se explica pela intenção das ditaduras regionais de obter legitimidade internacional e dissimular as notórias violações de direitos humanos ocorridas em seus territórios, buscando demonstrar uma inexistente semelhança entre elas e os Estados verdadeiramente democráticos (2015, pp. 218-219).¹³

Piovesan também se atenta para o contexto de surgimento do sistema regional americano. Assinala a autora que, em 1978, quando a Convenção Americana entrou em vigor, menos da metade dos Estados-partes que ratificaram o tratado tinha governos democráticos. Haveria, assim, uma divisão entre dois períodos na atuação do sistema interamericano,¹⁴ o primeiro marcado pelos

¹² Chama a atenção o contexto histórico da época da elaboração da Convenção, na qual a OEA era infestada por ditaduras dos mais diversos quilates e apoiadas pelos Estados Unidos (sem contar Cuba, cujo governo havia sido suspenso da OEA em 1962). No caso brasileiro, a repressão política e a violência do regime vicejavam. Em 1968, a ditadura havia editado o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, pelo qual a repressão se autoconcedeu poderes absolutos e fechou o Congresso Nacional. Esse ato formalizou o arbítrio, o abuso e a violação de direitos. Paradoxalmente, essa mesma Ditadura Militar, sob o comando do General Presidente Emílio Garrastazu Médici (que havia tomado posse em outubro de 1969, sucedendo uma Junta Militar), enviou representantes à Conferência de San José da Costa Rica, que foram recebidos normalmente pela OEA e participaram das discussões e votações [...] (RAMOS, 2015, p. 218).

¹³ É a mesma leitura de Eric Posner, que trata mais genericamente dos motivos pelos quais um país ingressa em um sistema internacional de direitos humanos, seja ele regional ou global. Para ele, países com governos autoritários, mesmo que não dependam economicamente dos países ricos do norte global, utilizam o ingresso nos sistemas de direitos humanos como uma boa opção de relações públicas internacionais, como forma de assegurar que se importam com os direitos humanos, ao mesmo tempo em que não creem na real possibilidade de serem constrangidos pelos referidos tratados na prática (2014, p. 62). Nas palavras do autor: “*authoritarian countries that are not poor or dependent on the West might see human rights treaties from a public relations vantage, as a way of reassuring their own citizens or foreigners that they care about human rights*” (POSNER, 2014, p. 62).

¹⁴ Abramovich capta três períodos, e não dois: o inicial, sob os auspícios das ditaduras da região e com incidência das graves e sistemáticas violações de direitos humanos; o segundo, abarcando a redemocratização dos países do bloco, em que a incidência maior de casos envolveu o acompanhamento de processos políticos voltados ao enfrentamento do passado; e o atual, em que os países da região obtiveram uma democracia em fase de consolidação, mas

regimes ditatoriais – quando do nascimento do sistema – e o atual, ocorrido após a redemocratização dos países da região na década de 80 do século passado (PIOVESAN, 2017, p. 143).

Assim, o sistema regional americano nasce sob o signo do autoritarismo, sob a crença das ditaduras da região de que não haveria efetividade real em seu funcionamento. O contrário, contudo, ocorreu. O sistema não só avançou como passou por uma sofisticação dos temas discutidos – se na primeira fase os órgãos interamericanos lidavam exclusivamente com violações sistemáticas e graves de direitos humanos envolvendo execuções sumárias, desaparecimento forçado, tortura e congêneres, na segunda fase o catálogo de violações passa a envolver direitos das minorias sexuais, consentimento médico informado, direitos da criança migrante e refugiada e temas ligados à liberdade de expressão, matéria do presente estudo.

Explicado brevemente o contexto histórico de surgimento do sistema, cabe analisar a estrutura geral do seu mais importante diploma normativo: a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Trata-se de pacto internacional multilateral de direitos humanos que se concentra em elencar direitos humanos civis e políticos, reservando aos direitos econômicos, sociais e culturais um único artigo.¹⁵ Há extenso catálogo de direitos humanos ditos de primeira geração: protege-se o direito à vida, ao nome, à nacionalidade, à liberdade de expressão, de crença e religiosa, ao devido processo legal, entre vários outros.

que ainda contam com sérias fragilidades institucionais e severos problemas de desigualdade e inadequada distribuição de renda (2009, pp. 9-10).

¹⁵ Basta verificar que todo o capítulo II do Tratado abarca direitos civis e políticos, totalizando vinte e dois artigos. O capítulo III, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, traz um único artigo – o artigo 26 –, que pouco detalha quais seriam os direitos de segunda geração ali previstos e se resume a exortar os Estados a uma aplicação progressiva dessa categoria de direitos: “Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. A previsão de rol mais amplo de direitos econômicos, sociais e culturais apenas passa a integrar o sistema interamericano após a adoção do Protocolo de San Salvador.

A Convenção trouxe consigo, como aparatos de garantia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 33 da Convenção). O sistema interamericano copiou a forma de funcionamento do sistema europeu à época, prevendo um órgão quase-judicial e um judicial, bem como a obrigatoriedade de um procedimento bifásico, pois há necessidade de que as situações a serem levadas à Corte sejam, previamente, tratadas pela Comissão.¹⁶ Somente os Estados e a Comissão podem acionar a Corte – ou seja, indivíduos e ONG não têm acesso direto à Corte –, e é necessário que o Estado reconheça a jurisdição do Tribunal para que um caso contra si possa ser judicializado (artigos 61 e 62 da Convenção).

Neste artigo, será enfocada a atuação da Corte Interamericana e sua interpretação do artigo 13 da Convenção. Antes, porém, é caso de fazer uma abordagem panorâmica também do sistema regional africano.

2.2 O Sistema Africano de Direitos Humanos: a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e seus aparatos de fiscalização

Se o sistema europeu é o mais antigo e consolidado e o interamericano é o intermediário, o sistema africano é o mais jovem e, por ora, segue sendo o mais incipiente (PIOVESAN, 2017, p. 237). A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul, pois foi lá o seu nascimento), o principal instrumento normativo do sistema, vem à luz em 1981, passando a vigorar em 1986.¹⁷ O seu texto só previu como aparato de garantia a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos,¹⁸ sendo que a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – a faceta judicial do sistema africano, portanto – surge

¹⁶ Vale notar que o sistema europeu, após a aprovação do Protocolo n. 11, eliminou a Comissão europeia e manteve apenas a Corte, que desde então é permanente e com acesso direto dos indivíduos.

¹⁷ “Isto é, se o sistema regional europeu nasceu na década de 50, revelando hoje os acúmulos obtidos ao longo de mais de cinco décadas, e o sistema interamericano consolidou-se a partir da década de 70, o sistema africano emergiu na década de 80, refletindo hoje os acúmulos das duas últimas décadas” (PIOVESAN, 2017, p. 237).

¹⁸ Capítulo I da Parte II da Carta.

por intermédio de Protocolo posterior, já no final da década de 90 do século passado.¹⁹ Os primeiros juízes da Corte só assumem as funções em 2006.

É notória a grave situação dos direitos humanos no continente. Basta citar o fato de que, na lista da ONU de 2011 dos países menos desenvolvidos do globo (*LDC list*), dos cinquenta integrantes, trinta e três são países africanos (“Dos 50 países que compõem a lista, 33 são africanos, o que totaliza quase 70% do grupo” – FEFERBAUM, 2012, l. 315-316). Pessoas morrem em quantidades massivas por doenças e fome; há conflitos étnicos intensos, muitos deles como consequência do regime colonial que ali perdurou e definiu de forma arbitrária fronteiras entre os Estados; golpes de estado e ditaduras sobejam.

Tal quadro não é novo, embora persista até hoje. A necessidade de um sistema regional de proteção em tal contexto, portanto, é evidente, e o atraso de seu surgimento, da mesma forma, causa espécie.

A doutrina busca dar uma explicação. Segundo Killander, o discurso dos direitos humanos na África teve um papel importante no século XX como fator de contraposição ao colonialismo; exortações nesse sentido foram realizadas já ao fim da I Guerra Mundial, no Primeiro Congresso Pan-Africano, bem como nos Terceiro, Quarto e Quinto Congressos (em Lisboa, Nova York e Manchester respectivamente). Em todos eles, o discurso de direitos humanos ecoou, com os participantes clamando contra a escravidão, contra o analfabetismo, contra o trabalho forçado, a favor dos direitos civis e políticos, mas, principalmente, a favor da autodeterminação dos povos do continente e contra o domínio colonial (KILLANDER, 2010, pp. 389-390).

É assim que, em 1963, surge a Organização da Unidade Africana (OUA), posteriormente substituída pela União Africana (UA, em 2002), cuja carta fazia menção aos direitos humanos e citava, inclusive, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhecendo, portanto, ao menos em tese, a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos em sua concepção contemporânea (KILLANDER, 2010; RAMOS, 2015).

¹⁹ Protocolo relativo a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, adotada em 1998 e em vigor desde 2004.

Ocorre que, com a descolonização e a consequente obtenção da tão desejada independência no referido período (principalmente a partir do final da década de 50 e no decorrer década de 60), os novos Estados nacionais africanos passaram a dar menos atenção à agenda dos direitos humanos civis e políticos, que manteve interesse discursivo apenas contra a ainda existente dominação de uma minoria branca em partes do território do continente:

Contudo, a partir da consolidação da independência, o discurso de respeito aos direitos humanos internacionais foi atenuado, mantendo-se aceso nas discussões sobre direitos econômicos (e uma nova ordem internacional) e na luta contra os regimes racistas da Rodésia (atual Zimbábwe) e África do Sul (RAMOS, 2015, p. 271).²⁰

Doravante, a soberania nacional derivada da autodeterminação conquistada se torna a principal preocupação dos novos países, razão pela qual um regime de direitos humanos internacional com poder para penetrar esse escudo jurídico-político não é algo que lhes interesse.²¹

²⁰ Killander deixa claro que, a partir do momento em que a independência é conquistada, os Estados nacionais deixam de se valer do discurso de direitos humanos como instrumento de luta política: “*With more and more African states gaining independence, there was less focus on human rights except as a tool in the fight against colonialism and white minority rule in southern Africa. In 1963 the OAU was created. A few token references to human rights were included, but it is clear that the human rights language that had been used in opposition was no longer of value. To the extent that any attention was given to human rights by African leaders their priority was on socio-economic rights*” (KILLANDER, 2010, p. 390). Baricako segue o mesmo norte, ressaltando que, embora a ideia de criar um tratado de direitos humanos regional retroceda à década de 60, a então OAU tinha à época outras prioridades, envolvendo o processo de descolonização, desenvolvimento econômico e a união política do continente (BARICAKO, 2008, pp. 1-2).

²¹ “O processo histórico que levou a África à conformação atual de violação generalizada dos direitos humanos convergiu com o surgimento do Estado violador. Com raízes no colonialismo, o modelo de Estado como divisão lógica do espaço nasceu prejudicado pela divisão artificial, cuja única lógica era a conveniência econômica europeia, por sua vez totalmente incompatível com os limites políticos nativos. Deu-se, com isso, o início de uma rivalidade étnica, presente fortemente ainda hoje. Foi também durante o colonialismo que surgiu um modelo de dominação, ainda presente em muitos Estados. Baseado no privilégio de poucos, esse modelo só agravou as rivalidades existentes e criou outras onde não havia. Sob esse cenário, desenrolou o processo de descolonização, cuja estratégia levou à emergência de Estados autoritários e violadores dos direitos humanos, sob vistas grossas não só da OUA, com a blindagem política, mas também do resto do mundo, haja vista os interesses dos blocos capitalista e comunista

De todo modo, o sistema regional finda surgindo, sendo caso de esquadrihar sua estrutura. Sua pedra angular é a Carta de Banjul. Ela possui aspectos inovadores, que a diferenciam dos tratados regionais irmãos europeu e americano: confere grande atenção às tradições e valores da civilização africana; adota perspectiva coletivista, enfatizando o direito dos povos, inclusive a autodeterminação, lente a partir da qual os direitos do indivíduo são considerados; adere à concepção contemporânea dos direitos humanos, pois abarca, no mesmo instrumento, direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais; e prevê deveres fundamentais do indivíduo (PIOVESAN, 2017, p. 240). Prevê-se, exemplificativamente, como direitos individuais os direitos à liberdade de reunião, à personalidade jurídica, religião, expressão, de ir e vir, à propriedade, à educação e à saúde, dentre outros; além de estarem previstos os direitos coletivos, como o direito dos povos a serem livres da dominação, a livremente explorar seus recursos e riquezas naturais e ao desenvolvimento econômico, social e cultural, além de outros.

Com a Carta, surge a Comissão Africana, que de forma similar a sua contraparte americana, tem funções promocionais e protetivas.²² Entende Makau Mutua, no entanto, que o órgão não logrou fazer avançar a agenda de direitos humanos no continente,²³ motivo pelo qual, já em 1998, surge o Protocolo criando a Corte regional e, assim, inseminando componente judicial no sistema, à semelhança dos dois sistemas regionais mais antigos.²⁴ A apresenta-

em expandir durante a Guerra Fria suas influências políticas, que se dava pelo apoio político e material a governos autoritários e milícias antigovernistas (o governo de Mobutu no Zaire, atual Congo-Kinshasa, ilustra muito bem essa situação). Ao final, a forma estatal tornou-se vazia, sem instituições sustentáveis, servindo tão somente como instrumento de dominação. O resultado foi a privação crônica de liberdades dos africanos, que por sua vez refreou o desenvolvimento do continente” (FEFERBAUM, 2012, l. 1422-1432).

²² Não é objeto deste artigo analisar a Comissão Africana. Para aprofundamento, conferir BARICAKO, 2008, em que se verifica em detalhes a composição, funcionamento e funções.

²³ “*Hopes by observers of the African Commission that its commissioners would robustly construe the Charter’s powers to alleviate its weaknesses have largely gone unrealized. With respect to specific functions, and to its performance in general, the African Commission has been a disappointment*” (MUTUA, 1999, p. 345).

²⁴ A Comissão sofreu e sofre muito em razão de um sufocamento orçamentário, que impede de maneira bastante grave o seu funcionamento. O financiamento externo se tornou vital para manter as atividades do órgão, sob pena de paralisia, o que, por si só, demonstra a falta de vontade da UA de vê-la agindo de maneira efetiva (BARICAKO, 2008, pp. 12-16).

ção de casos à Corte é autorizada aos Estados-partes, à Comissão Africana, às organizações intergovernamentais africanas e, caso haja declaração expressa do Estado, também aos indivíduos e ONG é dado o poder para tanto (artigos 5 e 34 do Protocolo de criação do Tribunal).

Há previsão convencional expressa no Protocolo de que a Corte Africana tem jurisdição para tratar de casos que envolvam a interpretação não apenas da Carta de Banjul, mas também de qualquer tratado internacional de direitos humanos que tenha sido ratificado pelo Estado a ser julgado (art. 3º, (1)).²⁵ Como se verá abaixo, a autorização não tem sido ignorada pelo órgão judicial, que, nos casos concernentes à liberdade de expressão, busca se utilizar do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos do sistema global da ONU.

Apresentados os sistemas regionais e as Cortes que os integram, o próximo tópico iniciará o estudo da jurisprudência dos dois tribunais em relação ao uso do direito penal como meio admissível de constrição do discurso.

3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PERMISSÃO DE USO DO DIREITO PENAL PARA CONTER OS ABUSOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, interessa para a presente pesquisa os enunciados normativos previstos nos artigos 11²⁶ e 13²⁷.

²⁵ *Article 3 Jurisdiction. 1. The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the States concerned.*

²⁶ Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

²⁷ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode

Eles consagram o direito à proteção da honra e à liberdade de expressão, respectivamente.

O artigo prevendo a liberdade de expressão é bastante robusto, prevendo em seus parágrafos: (1) o próprio direito e sua faceta social, de poder buscar e ter acesso à informação; (2 e 4) a impossibilidade de censura prévia de forma quase absoluta (à exceção do controle de acesso à espetáculos públicos com o fim de proteger as crianças) e a admissão de responsabilidade ulterior pelo mau uso da liberdade de expressão, pelos motivos que ali elenca, dentre eles, o respeito à reputação alheia; (3) a proteção contra o uso de meios indiretos para obstar o direito; e (5) a proibição do discurso de ódio (*hate speech*).

A simples leitura já esclarece o quão rico é o enunciado em questão, fornecendo diversos parâmetros para que o intérprete resolva os casos concretos já com uma base bastante segura. O trabalho da Corte Interamericana, portanto, fica facilitado pelo texto do Pacto de San José.

Tanto assim que a doutrina é bastante elogiosa a respeito. Antkowiak e Gonza ressaltam que o único tratado internacional a proibir a censura prévia é a Convenção Americana, sendo ela, portanto, mais protetiva que os demais instrumentos de direitos humanos nesse particular (ANTKOWIAK; GONZA, 2017, p. 244). Burgorgue-Larsen e Úbeda de Torres enaltecem, particularmente, o parágrafo (2) do artigo, que trata das responsabilidades ulteriores:

A originalidade do artigo 13 está no fato de ele incorporar as principais categorias de restrições em um esquema geral baseado no princípio de que meios técnicos de disseminar ideias, opiniões, informação ou trabalhos artísticos não deveriam ser usados como forma de restringir a liberdade de expressão (artigo 13, (2) e (3)). Ao assim fazer, a Convenção Americana insiste num princípio de liberdade de expressão sem restrições, ou ao menos com o míni-

restringir o direito de expressão por vias ou 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 idéias 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 incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

mo de restrições possíveis, e que a razão de ser de tais restrições é a proteção do interesse geral e os direitos dos outros (artigo 13 (2)). Como consequência, a Corte tem um campo interpretativo bastante estreito para identificar as restrições possíveis à liberdade de expressão (2013, p. 548).²⁸

Fiando-se em tal base normativa, a Corte tem sido uma firme defensora do direito à liberdade de expressão nas Américas. A Opinião Consultiva n. 5/85 (OC n. 5/85),²⁹ cujo objeto era a obrigatoriedade ou não de registro profissional obrigatório e diploma universitário para o exercício da atividade de jornalista, foi a primeira oportunidade do tribunal para interpretar o dispositivo inscrito no artigo 13 da Convenção.

Ali, a Corte definiu a premissa de que o direito em questão dispõe de dupla dimensão, uma individual e uma social, e que a violação da dimensão individual inexoravelmente afeta o seu efeito coletivo, pois impede os demais de terem acesso àquela opinião (parágrafo 30 da OC)³⁰; que restrições ao direito são possíveis, desde que adequadas à previsão do artigo 13, (2), sendo que a censura prévia só será válida na hipótese excepcionalíssima e literalmente prevista no (4) do mesmo dispositivo (parágrafos 36-39 da OC); e que, comparada a Convenção Americana à Convenção Europeia de Direitos Humanos, a primeira contém lista menor de restrições ao direito sob foco, sendo, portanto, mais protetiva, até mesmo por possuir a expressa previsão de proteção contra meios indiretos que obstem o livre fluir de ideias e opiniões, algo sem paralelo

²⁸ Tradução livre. No original: *“The originality of article 13 is that it incorporates the major categories of restrictions into a general scheme based on the principle that the technical means of disseminating ideas, opinions, information, or works of art should not be used as a way of restricting the freedom of expression (article 13 (2) and (3)). In so doing, the American Convention insists on the principle of an unfettered freedom of expression, or at least one with the fewest possible restrictions, and that the reason for these restrictions is to protect the general interest and the rights of others (article 13 (2)). As a result, the Court has a very narrow interpretation of what restrictions to the right of expression can be allowed”.*

²⁹ La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

³⁰ A dupla dimensão e operacionalidade do direito à liberdade de expressão finda sendo reiterada pela Corte Americana com frequência, como se vê nos casos Ricardo Canese, parágrafos 77-80; Herrera Ulloa, parágrafos 108-111; Ivcher Bronstein, parágrafos 146-149; Olmedo Bustos, parágrafos 64-67.

nos textos do tratado europeu ou do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (parágrafos 45 e 47 da OC).

Ainda na OC 5/85, conclui a Corte quanto à disposição normativa analisada (parágrafo 50):

50. A análise anterior do artigo 13 evidencia o altíssimo valor que a Convenção atribui à liberdade de expressão. A comparação feita entre o artigo 13 e as disposições relevantes da Convenção Europeia (artigo 10) e do Pacto (artigo 19) demonstra claramente que as garantias da liberdade de expressão incluídas na Convenção Americana foram elaboradas para serem as mais generosas e para reduzir ao mínimo as restrições à livre circulação das ideias.

Deixou-se claro que a regra convencional americana, portanto, é protetiva da máxima liberdade, sendo as restrições o excepcional. O registro obrigatório profissional foi considerado um meio indireto de restrição que não respeita os objetivos previstos no artigo 13, (2), razão pela qual a consulta opinou pela incompatibilidade com a Carta de San José da Costa Rica.

Após esse *leading case*, a Corte, no decorrer dos anos, também analisou diversos casos concretos envolvendo a liberdade de expressão no exercício de sua competência contenciosa, seguindo aquela linha inicial de resguardar a liberdade de expressão da forma mais ampla possível. Especificamente quanto à possibilidade de uso do direito penal como meio de proteção do direito à honra e, conseqüentemente, como limitação aceita e necessária em uma sociedade democrática, é de se notar que a Corte o tolera, embora sempre ressaltando que somente como último meio, sob pena de não vencer a análise de proporcionalidade.

Assim é que, em *Palamara Iribarne v. Chile*³¹, a Corte de San José realçou o umbral diferente de proteção à liberdade de expressão quando o seu exercício em concreto envolve agentes públicos ou figuras públicas, pois aí o interesse público envolvido é mais candente (parágrafos 82-84); que as restrições à liberdade de expressão devem ser legislativamente previstas, atender a um dos

³¹ *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.*

requisitos do art. 13, (2), da Convenção e serem as menos invasivas do direito possíveis, demonstrando-se de forma indiscutível a preponderância do interesse em conflito para que possa se considerar convencional a restrição (parágrafo 85); mas que, caso haja o atendimento das referidas premissas, leis penais que punam determinadas manifestações de pensamento são possíveis (parágrafo 92).

Em *Tristán Donoso v. Panamá*³², em que se discutiu, diretamente, um conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra³³, a Corte expressamente afirmou que “não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões”, ressaltando a especial cautela que tais casos envolvem e sua excepcionalidade (ante a gravidade de uma consequência penal), além de destacar que o ônus da prova de que os requisitos para a restrição do discurso estão presentes serem todos de quem formula a acusação (parágrafo 120).

A Corte Interamericana tem uma preocupação de alta monta com a circulação e acesso à informação³⁴ e, conseqüentemente, teme que medidas penais descabidas gerem o efeito de esfriamento do discurso. Ao mesmo tempo, no entanto, partindo da análise conjunta e sistemática dos artigos 11 e 13 da Convenção – especialmente a possibilidade de responsabilidade ulterior pela expressão do pensamento quando ofensiva à reputação alheia, prevista no artigo 13, (2), alínea “a”, e pelo direito de proteção legal contra ofensas à honra, previsto no artigo 11, (3) –, considera que há espaço, ainda que excepcional, para que leis penais sejam utilizadas contra abuso no exercício do direito aqui estudado.

³² *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.*

³³ Tristán Donoso é um advogado que, após gravação clandestina de uma conversa sua com um cliente, divulgada pela autoridade máxima do Ministério Público panamenho, concedeu entrevista acusando a referida autoridade da prática dos atos. Teve contra si instaurados processos criminais por crime contra a honra.

³⁴ Em *Claude-Reyes v. Chile*, por exemplo (*Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151*), a Corte extraiu, a partir do artigo 13 da Convenção, o direito de todo cidadão demandar acesso a informações de interesse público mantidas pelo Estado. Burgorgue-Larsen e Úbeda de Torres citam esse julgamento como paradigmático da grande proteção dada à liberdade de expressão no sistema interamericano, pois a Corte, sem que houvesse enunciado literal expreso, declarou a existência do referido direito humano pela via interpretativa (2013, pp. 543-546).

Em *Mémoli v. Argentina*³⁵ e *Kimel v. Argentina*³⁶, há declaração ainda mais explícita, aduzindo serem legítimas medidas civis ou penais que envolvam a liberdade de expressão como forma de evitar o seu uso abusivo. Não seria o caso, portanto, de vedar a via penal em abstrato, mas, sim, analisar concretamente se o critério quadripartite de proporcionalidade teria sido ultrapassado (parágrafos 126 e 78, respectivamente).

Tal critério da Corte Interamericana para avaliar se a restrição do direito previsto na Convenção é proporcional consiste em quatro etapas sucessivas: (i) se existe previsão em lei formal e material da restrição, (ii) se ela busca um fim legítimo definido no rol no artigo 13, (2), (iii) se tal medida é necessária e (iv) sua proporcionalidade (Caso *Tristán Donoso*, parágrafo 116; BURGORGUE-LARSEN; TORRES, 2013, pp. 552-558).

De destacar que, no caso *Mémoli*, a Corte decidiu que a punição criminal aplicada aos requerentes por conta de publicações suas criticando determinados membros da direção da Associação Italiana de San André de Giles atenderam ao crivo da proporcionalidade. Os requerentes criticaram publicamente alguns membros da direção por suposta fraude que teriam realizado e que envolveria a venda de terrenos do cemitério público local.

A Corte não só não identificou interesse público no caso em apreço – entendendo que, ao fim e ao cabo, a discussão envolvia particulares somente (parágrafo 146) –, como admitiu que um dos requerentes, que é jornalista e fez a denúncia pública em sua atividade-fim, não estava salvaguardado de forma absoluta contra uma condenação criminal. Interessante apontar que, no referido julgado, o tribunal define parâmetros de controle da atividade do jornalismo, exigindo um dever desse profissional de constatar de forma razoável se as informações de que dispõe são verídicas, ainda que de forma não exaustiva, ou seja, exigindo diligência na apuração dos fatos, de modo a preservar o direito de acesso dos cidadãos a opiniões não manipuladas (parágrafos 121-123).

³⁵ *Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.*

³⁶ *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.*

Ademais, as sanções penais aplicadas em concreto aos requerentes – pena privativa de liberdade, ainda que em suspenso – foram avaliadas como adequadas, destacando a Corte não poder se substituir às autoridades nacionais nessa avaliação (parágrafo 144). Aceitou, assim, a pena privativa de liberdade como medida apta à responsabilidade ulterior daquele que abusa do seu direito à liberdade de expressão em determinados casos.

Mais, a Corte, expressamente, identificou uma obrigação positiva derivada do artigo 11, (3), da Convenção Americana, consistente no dever de o Estado garantir a proteção à honra por meio de medidas legais (parágrafo 125); ou seja, há um dever jurídico internacional daí derivado, e não mera autorização. Reforçou-se, assim, a necessidade de criação, nos ordenamentos jurídicos nacionais, de respostas legais para o caso de difamação e congêneres.

O entendimento da Corte atraiu crítica, especialmente o caso *Mémoli Antkowiak e Gonza* adotam posição contrária à esposada, reputando que jamais uma pena criminal ultrapassa o crivo da proporcionalidade interamericana, pois resfria o discurso (pela autocontenção do emissor, que teme a pena) e, consequentemente, enfraquece a democracia (ANTKOWIAK; GONZA, 2017, pp. 249-251).

Carla Patrícia Lopes opina que o precedente em questão destoa da jurisprudência que a Corte vinha construindo até então, retirando a liberdade de expressão de seu patamar de valor preferencial e colocando-a no mesmo nível dos demais direitos previstos na Convenção; além disso, ao julgar que jornalistas podem ser condenados por crimes contra a honra, afasta-se ainda mais de todo o manancial de precedentes, enfraquecendo o direito de livremente se manifestar (LOPES, 2016, pp. 212-213).

Feita essa verificação panorâmica do entendimento da Corte Interamericana, passa-se ao estudo da jurisprudência da novel Corte Africana sobre o mesmo problema jurídico.

4 A CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS E A PROIBIÇÃO DA PENA DE PRISÃO DE FORMA ABSOLUTA EM CASOS ENVOLVENDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Carta Africana também prevê expressamente a liberdade de expressão em seu bojo, mais especificamente no artigo 9º, em enunciado bastante singelo, limitando-se a garantir o direito de acesso à informação e o direito a exprimir e difundir suas opiniões³⁷.

O próprio artigo já prevê que a liberdade de expressão deve ser realizada no âmbito permitido pelas leis e regulamentos, nada acrescentando acerca de que motivos ou razões poderiam servir para embasar tais leis.

Vê-se, de logo, que há clara distinção quanto ao analisado no tópico anterior; a Corte Interamericana dispõe de enunciado normativo mais robusto de onde partir, já com algumas definições mais claras que facilitam o processo interpretativo, enquanto a Corte Africana parte de um enunciado extremamente raso constante da convenção internacional sob seu encargo³⁸.

³⁷ Artigo 9º. 1. Toda pessoa tem direito à informação. 2. Toda pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.

³⁸ E não é só. Enquanto a Convenção Americana possui disposição normativa específica que trata de critérios hermenêuticos – o artigo 29 –, a Carta Africana nada diz a respeito, deixando sob encargo do intérprete definir as diretrizes e métodos de que se valerá. Ressalte-se, no entanto, que as três Cortes regionais de Direitos Humanos possuem um farol na matéria, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pois referido tratado traz expressos critérios interpretativos: “Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes. Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo

Isso atraiu a crítica da doutrina. Olaniyan percebeu a diferença do referido enunciado normativo quando comparado aos seus similares constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que são bem mais detalhados, inclusive na faceta social do direito em questão (OLANIYAN, 2008, p. 220).

Crítica ainda mais severa à Carta de Banjul ataca a existência de suas várias cláusulas de ressalva (*clawback clauses*) – cláusulas de restrição de direitos pouco exigentes –, que permitem aos Estados limitar os direitos humanos previstos sem grande dificuldade caso interpretadas literalmente (MUTUA, 1999, p. 358). A Carta Africana abusa delas e, com isso, cria o risco de abrir as portas a sua própria inefetividade. Feferbaum avalia que a maioria das referidas cláusulas na Carta estabelecem tão somente requisitos formais para que haja a restrição do direito (basta a existência de lei nacional restringindo o direito), pouco importando e sem definir, portanto, o conteúdo e a extensão da lei, o que é bastante problemático (FEFERBAUM, 2012, l. 843).

É o caso do artigo 9º, ao prever que a liberdade de expressão será exercida nos limites das leis e regulamentos nacionais; ora, uma interpretação literal pode levar o intérprete a erroneamente crer que qualquer legislação, com qualquer conteúdo, desde que válida formalmente, atenderia à cláusula e, assim, seria admitida pela Carta. Os direitos nela previstos, num quadro assim, seriam incapazes de limitar o Estado, pois o próprio Estado seria capaz de calibrar unilateralmente a sua obrigação internacional por autorização das amplíssimas cláusulas de ressalva literalmente interpretadas.

Para impedir esse esvaziamento, que atentaria contra a própria razão de ser da Carta, coube aos órgãos de controle interpretar o tratado e incrementar-lhe a força normativa, afastando o risco acima descrito. Embora a Comissão Africana, durante o período prévio à criação da Corte, já tenha iniciado o referido trabalho hermenêutico, o tribunal regional africano surgiu com ainda mais disposição para tanto. Trata-se de instituição pouco dada à autocontenção, o que tem garantido que o risco das *clawback clauses* não se tenha concretizado na prática.

ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado?.

Já em seu primeiro julgamento de mérito, ocorrido em 2013, a Corte sinalizou o ritmo que pretendia imprimir ao seu mandato. No caso *Tanganyika Law Society, The Legal and Human Rights Centre e Reverend Christopher Mtikila v. Tanzânia* (Ap. 009/2011 e 011/2011), os requerentes pretendiam decisão da Corte condenando o Estado alvo a modificar sua Constituição. O país bane candidaturas individuais a cargos eletivos, exigindo a filiação partidária, e o banimento foi inscrito em nível constitucional.

Muito embora o artigo 13 da Carta de Banjul garanta o direito de participação livre na direção dos assuntos públicos, há cláusula de ressalva aduzindo que isso ocorre “em conformidade com as regras previstas em lei”. No entanto, a Corte Africana interpretou que a *clawback clause* em questão deveria ser temperada com as finalidades previstas no artigo 27, (2)³⁹, que estão na seção dos deveres (direitos de terceiros, segurança coletiva, moral e interesse comum), para identificar critérios hermenêuticos que limitassem essas previsões de ressalva. Ou seja, já em sua primeira manifestação de mérito, a Corte Africana enfrentou o assunto e sinalizou aos países do continente que leis que, em seu entender, violem direitos consagrados não seriam toleradas.

Ademais, a Corte definiu, desde logo, que uma avaliação de proporcionalidade deveria ser feita quanto ao ato normativo que restringe o direito humano previsto na Carta. Ao final, a Corte, unanimemente, declarou a violação do direito político de participação e exigiu a mudança constitucional para permitir as candidaturas independentes.

Assim como no precedente acima, nos casos envolvendo liberdade de expressão e direito penal, a Corte Africana também realiza escrutínio de proporcionalidade.

Como já abordado, a Corte Africana dispõe de autorização normativa para usar como parâmetro de controle das condutas estatais qualquer tratado de direito humano ratificado pelo Estado alvo, não apenas a Carta de Banjul. Assim, para contornar os riscos e problemas expostos acerca do artigo 9º da Carta Africana, a Corte utiliza em complemento o Pacto Internacional de Di-

³⁹ Artigo 27. [...]. 2. Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum.

reitos Cíveis e Políticos que, em seu artigo 19⁴⁰, traz enunciado normativo bem mais detalhado do que o instrumento regional africano.

Dito isso, passa-se a uma investigação da jurisprudência africana a respeito do tema. O primeiro caso africano de interesse é o *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*. O requerente, Issa Konaté, é um jornalista de Burkina Faso que publicou em seu periódico, *L'Ouragan*, artigos críticos a uma autoridade do Ministério Público local, acusando-o de envolvimento em atos ilícitos no exercício da função. Em razão disso, o ofendido acionou as vias judiciais criminal e cível para obter a condenação do jornalista por crime contra a honra e obter indenização. O Judiciário local entendeu ter havido abuso e, como consequência, condenou-o a doze meses de prisão e a uma condenação pecuniária de cerca de doze mil dólares, além de ter suspenso a publicação do jornal por seis meses.

O requerente, após esaurir os remédios domésticos, acionou a jurisdição internacional. Questionou a sua condenação, aduzindo que a situação confrontaria o disposto no artigo 9º da Carta de Banjul – a liberdade de expressão. O caso, julgado em 2014, foi favorável ao requerente.

A Corte definiu como diretriz que restrições à liberdade de expressão devem passar por uma análise tripartite, consistente (I) na identificação da base legal da restrição, que deve ser adequada aos padrões internacionais, (II) perseguir um objetivo legítimo e (III) ser proporcional ao objetivo buscado (parágrafo 125 da decisão)⁴¹.

⁴⁰ 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 idéias 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.

⁴¹ O método usado pela Corte Interamericana para aferir se a restrição à liberdade de expressão está de acordo com a Convenção Americana é o mesmo utilizado pela Corte Africana. Embora esta última utilize método tripartite, vê-se que, em verdade, ela concentra na terceira etapa as terceira e quarta etapas do método interamericano.

Quanto ao primeiro, aduz a Corte que a lei restritiva deve ser clara, de modo a possibilitar que as condutas dos cidadãos possam a ela se adaptar, e respeitar os parâmetros de direito internacional (parágrafos 126-131 da decisão).

Em relação ao segundo, a Corte definiu que, quando o próprio dispositivo que prevê o direito na Carta não especifica os objetivos hábeis para a restrição, o único rol aceitável para tanto é aquele listado no artigo 27, (2) – direitos alheios, segurança coletiva e interesse público/social (parágrafo 134 da decisão). Ou seja, impediu-se, por essa forma de interpretar, que objetivos quaisquer ou muito amplos fossem alegados pelos Estados para limitar direitos humanos, criando-se rol taxativo – ainda que com tessitura normativa pouco densa, pois os conceitos envolvidos são indeterminados.

Quanto ao terceiro, a análise é de proporcionalidade. Deve-se aferir se a restrição é necessária e proporcional em sentido estrito no contexto de uma sociedade democrática (parágrafo 145 da decisão). A Corte reputa que a restrição deve ser a menos invasiva possível, se outras existirem e forem adequadas, e que o seu efeito deve ser ponderado com o objetivo que se quer resguardar.

Em relação à liberdade de expressão, esse *leading case* de logo já diferenciou a esfera de proteção da honra em relação às figuras públicas (parágrafos 155-156 da decisão), aduzindo a diferença no nível de proteção, de modo a não sufocar o debate público de temas de interesse social. Figuras públicas são obrigadas a aceitar crítica mais severa. Vê-se, aqui, que a Corte Africana segue o entendimento de sua contraparte americana integralmente (como visto no tópico anterior).

Ademais, os crimes contra a honra só são admissíveis como último recurso; embora não sejam violatórias da Carta Africana *per se*, não podem ser banalizadas, apontando que as Cortes Europeia e Interamericana também guardam grande cautela quando se veem diante de tais leis penais (parágrafos 158-159 da decisão).

A Corte, então, delimita que, embora o direito penal possa ser uma via adequada para conter abusos no exercício da liberdade de expressão em certos casos, a pena privativa de liberdade não o é, à única exceção de casos envolvendo discurso de ódio, incitação de crimes internacionais, incitação pública

à discriminação ou violência contra pessoas ou grupos em razão de raça, cor, religião ou nacionalidade (parágrafos 165-166 da decisão). Ou seja, criou um nível de exigência bastante alto já no primeiro julgado sobre o assunto, proibindo de forma absoluta a pena de prisão em crimes de difamação (parágrafo 167), aceitando-a apenas em situações muito excepcionais envolvendo violações muito graves⁴².

Um segundo caso de interesse (de alta voltagem política) foi o julgamento *Ingabire Victoire Umuhoya v. Ruanda*, que gerou, inclusive, reação forte do país: a retirada da declaração em que aceitava o acesso da Corte pelos indivíduos e ONGs.

No que interessa para a presente pesquisa, a requerente foi condenada por negação ou minimização do genocídio ruandês – o que é criminalizado no país – e por realizar discursos contundentes contra o governo e membros de poderes estatais. Exauridos os remédios nacionais, ela acionou a Corte Africana alegando violação de sua liberdade de expressão, pois não teria atuado com dolo de cometer o crime, mas, sim, teria realizado discurso de natureza política (trata-se de política atuante na oposição), mas a tipificação deveras vaga do delito teria permitido a sua condenação.

A Corte, nesse caso, se valeu fortemente do precedente *Konaté* para enfatizar a natureza relativa de todos os direitos, inclusive a liberdade de expressão, e relembrar o escrutínio tripartite de avaliação de eventuais restrições (parágrafo 133 da decisão). Avaliando a pena privativa de liberdade imposta à requerente – evidente restrição a sua liberdade de expressão –, o tribunal aduziu que a lei restritiva deve ser acorde aos parâmetros internacionais de direitos humanos (parágrafos 135-138 da decisão), o que implica em clareza e previsibilidade da tipificação. Nesta primeira etapa do exame, a Corte argumenta, utilizando a doutrina da margem de apreciação nacional – costumeiramente utilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos –, que os Estadospartes dispõem de um

⁴² Releva mencionar que o julgamento ocorreu por maioria de seis a quatro, pois a minoria entendeu de forma ainda mais restritiva, reputando que criminalizar a difamação ofende a Carta Africana, e não apenas a aplicação de pena privativa de liberdade – os crimes relativos ao discurso de ódio seriam a exceção admissível para os quatro juízes que formaram a minoria.

espaço de liberdade para definir seus tipos penais domésticos, ademais de o tipo de discurso a ser coibido (de negação de fatos históricos), por ser difícil de definir especificamente, admite leis penais menos precisas (parágrafo 138).

O objetivo buscado pelo Estado com a restrição – segunda etapa – também logrou ser ultrapassado validamente, pois, considerando o recente genocídio ocorrido no país, trata-se de lei visando a proteção da segurança coletiva e da ordem pública (metas previstas no artigo 27 da Carta Africana, que, juntamente com a moral pública, a saúde pública, a segurança nacional e os direitos alheios, são admissíveis como objetivos pela Corte – parágrafos 139-140).

A terceira etapa de avaliação do escrutínio, repita-se, é a proporcionalidade da medida no contexto de uma sociedade democrática. A Corte, reiterando o que disse em *Konaté*, aponta que o discurso político, o que envolve interesse público e tem envolvimento de figuras públicas merecem um grau de tolerância maior e, assim, podem ser restringidos, mas sempre em menor escala (parágrafo 142).

A Corte reputou que são válidas leis que criminalizem o tipo de discurso em análise (negação de fatos históricos), mormente quando o contexto nacional é tão patente quanto no caso ruandês. No entanto, apontou que a aplicação das referidas leis deve ser feita de maneira cuidadosa para não afetar de modo inconveniente a liberdade de expressão, o que teria ocorrido no presente caso. Por haver medidas menos restritivas para se alcançar o mesmo fim buscado, houve reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado ruandês.

De notar que o tribunal finda inovando em relação a *Konaté* quando admite a margem nacional de apreciação para o uso de direito penal pelos Estados (o que parece confrontar em parte com a sentença internacional anterior – parágrafo 138). Os Estados, assim, dispõem de alguma margem de liberdade para definir seus crimes e as respectivas punições, segundo o tribunal, o que pode ter reflexos futuros na prática nacional dos Estados e na jurisprudência da Corte.

Como o precedente *Umuhoza* tratou de tipo penal envolvendo delito de opinião de altíssima gravidade, bastante próximo ao discurso de ódio, é possível entender que há um contínuo entre esse e o caso *Konaté* (pois ali se explicitou que tais crimes seriam passíveis de prisão). No entanto, o uso da margem nacional de apreciação sustentado, aduzindo ser matéria nacional a definição de

tipos penais (parágrafo 138), levanta dúvidas acerca de como a teoria será usada doravante, inclusive em casos envolvendo a liberdade de expressão.

4 CONCLUSÕES

Após essa breve exposição, fácil notar que a Corte Interamericana já possui uma jurisprudência consolidada quanto à liberdade de expressão, inclusive em relação ao uso do direito penal como forma de limitá-la. Embora o órgão interamericano o aceite, destaca que não se trata de medida a ser usada de forma indiscriminada, pois levanta uma série de barreiras e se demonstra ativo para perscrutar em cada caso se houve violação ao direito à liberdade de expressão garantido na Convenção.

A Corte Africana, por sua vez, é um tribunal pouco dado à autocontenção, o que é demonstrado inclusive pelo caso *Konaté*, primeiro a tratar do tema e que, de imediato, já criou um obstáculo quase intransponível ao uso da pena privativa de liberdade como medida penal legítima para restringir a liberdade de expressão, ao reverso de sua contraparte americana, que até hoje não deu esse passo. Ao tribunal africano, normativamente, foram dados vários poderes, e ele não tem hesitado muito em usá-los.

O contexto de criação dos sistemas e das realidades políticas e sociais com as quais lidam pode dar uma pista sobre a diferença, ainda que sutil, entre as opções decisórias de cada Corte. É inegável que o continente africano padece de problemas sociais maiores que o americano – mas este, também, possui desafios grandes na área. A utilização indevida do direito penal como forma de calar vozes da oposição, por exemplo, em continente onde muitos regimes nacionais ainda são autoritários e não democráticos, pode ter estimulado a Corte Africana a criar a vedação quase absoluta à pena privativa de liberdade em delitos de opinião, buscando criar maior patamar protetivo (caso *Konaté*).

É possível que a Corte Interamericana, por sua vez, estando hoje em um contexto bastante diverso do de sua criação – um segundo período, no dizer de Flávia Piovesan –, se sinta segura a julgar de forma mais comedida a matéria,

reputando haver menor risco em confiar nos Estados quanto à utilização do direito penal no tema, por lidar com países em sua maioria democráticos.

O caso *Mémoli*, no entanto, sofreu severas críticas por aparentemente apontar para um caminho diverso do que vinha sendo seguido até então. Preocupante, particularmente, a aceitação do uso da pena privativa de liberdade como medida adequada em uma sociedade democrática para contrapor um abuso do direito de opinar.

Sabe-se que o direito penal atualmente dispõe de catálogo mais amplo de medidas que não apenas a prisão, que é a mais grave e, por isso, deve ser a *ultima ratio*. O fato de o sistema interamericano já estar em um nível avançado de consolidação, conjugado a sua jurisprudência sólida e coerente na matéria, permite que o Tribunal avance e restrinja o uso de medidas penais em casos envolvendo o livre discurso, aceitando apenas medidas diversas da prisão, ou, ao menos, que aponte critérios mais restritivos para que a pena referida seja admitida. Será necessário aguardar novos casos e eventuais desdobramentos após *Mémoli* para descobrir o trajeto escolhido pela Corte Interamericana.

Doutra parte, uma forte reação ao caso *Ingabire Umuhoza* no território africano gerou reflexão por parte dos juízes da Corte⁴³, que invocaram a margem de apreciação nacional como critério de aferição de condutas estatais – em forte contraste com o caso *Mtikila*, em que o Tribunal determinou mudança de normas constitucionais em matéria bastante controversa, de forma diametralmente oposta, por exemplo, ao que decidiu a Corte Interamericana em caso bastante similar, *Castañeda Gutman v. México*⁴⁴.

⁴³ O caso gerou forte reação por parte das autoridades nacionais, que, inclusive, deixaram de aceitar o petição individual de casos contra si perante a Corte.

⁴⁴ Caso *Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184*. Nesse caso, o requerente pretendia que a Corte declarasse que o impedimento de candidaturas individuais pelo ordenamento jurídico mexicano (assim como no Brasil, o México exige filiação partidária como requisito de elegibilidade eleitoral) ofendia a Convenção Americana. A Corte negou o pleito por entender que a Convenção não define modelo eleitoral único de elegibilidade, e que a escolha caberia aos Estados.

Aqui, também, será necessário aguardar o desenvolvimento da jurisprudência da Corte para analisar se o uso da margem de apreciação foi pontual ou não, especialmente em casos envolvendo a liberdade de expressão.

Pensa-se que o conceito de *preferred freedoms* norte-americano (teoria das liberdades preferenciais)⁴⁵ poderia ser adotado pelos dois tribunais. Ao realizar a análise de proporcionalidade – método de ambos –, seria o caso de fixar que a liberdade de expressão possui uma posição preferencial, ante sua relevância no jogo democrático, quando em conflito com direitos outros. A posição de vantagem poderia ser afastada no caso concreto, mas com exigência superior de argumentação e de prova do interesse cogente que está em conflito.

A extensa jurisprudência interamericana a respeito faz crer que o entendimento da Corte regional muito se aproxima desta teoria. A aceitação da pena privativa de liberdade da forma como descrito em *Mémoli*, porém, sugere um afastamento das razões que sustentava até então. A Corte Africana, por sua vez, tendo apenas dois julgados relativos à problemática, aparenta aderir à tese das liberdades preferenciais, mas precisará debater novos casos para que se obtenha certeza acerca de seu posicionamento.

⁴⁵ Jane Pereira explica que tal teoria se enquadra no critério da hierarquização para solução de conflitos entre direitos fundamentais. Estabecer-se-iam hierarquias prévias entre os bens constitucionais, de modo a resolver as colisões. No entanto, as *preferred freedoms* seriam uma mitigação do critério, pois aceita-se a ponderação e seu método, a proporcionalidade, mas cria-se um peso maior, em abstrato, para determinados direitos, embora de forma superável; o estabelecimento da hierarquia citada, assim, não seria fixa, pois em concreto seria admitida sua superação, mas com a exigência de maior esforço argumentativo (PEREIRA, 2018, pp. 286-294). Explica a autora: “Um exemplo da utilização desse tipo de preferência abstrata em relação à determinados direitos é a teoria das *preferred freedoms*, engendrada pela Suprema Corte norte-americana. De acordo com essa formulação, as liberdades pessoais desfrutam de proteção constitucional mais intensa do que os direitos de natureza econômica. Essa tutela especial é traduzida no emprego de pautas diferenciadas no controle de constitucionalidade das leis restritivas de cada tipo de liberdade. Quando se trata de direitos individuais, o teste de razoabilidade aplicado à legislação restritiva é mais severo, operando-se uma inversão da presunção de constitucionalidade, que implica transferir para o Estado o ônus de provar que há um interesse público cogente a justificar a restrição [...]” (PEREIRA, 2018, p. 291).

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. *Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200002>. Acesso em: 10 abr. 2016.

ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra. *The American Convention on Human Rights: essential rights*. New York: Oxford University Press, 2017.

BARICAKO, Germain. Introductory Preface: The African Charter and African Commission on Human and Peoples' Rights. in: *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FEFERBAUM, Marina. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição Kindle. Não paginado.

GRIMM, Dieter. Freedom of speech in a globalized world. in: *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009.

KILLANDER, Magnus. African Human Rights Law in Theory and Practice. in: *Research Handbook on International Human Rights Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *Imprensa e Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MUTUA, Makau. *The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?* Human Rights Quaterly, v. 21, 1999. Disponível em: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/articles/567>. Acesso em: 12 nov. 2018.

OLANIYAN, Kolawole. Civil and Political Rights in the African Charter: Articles 8–14. in: *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

POSNER, Eric. *The Twilight of Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SHELTON, Dinah; CAROZZA, Paolo. *Regional protection of human rights*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2013

VILJOEN, Frans. *Impact in the African and Inter-American Human Rights Systems: a perspective on the possibilities and challenges of*

cross-regional comparison. in: *The Inter-American Human Rights System: impact beyond compliance*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.