

# GENERALISMO X PARTICULARISMO: ALCANCE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE DO CANADÁ

**Aluna: Fernanda Magalhães de Araújo**  
**Orientador: Fábio Carvalho Leite**

## 1. Introdução

A liberdade de expressão, assim como se dá no Brasil, é um valor garantido na Constituição do Canadá (*The Constitution Act, 1982*)<sup>1</sup>. Entretanto, não se tratando de um direito absoluto<sup>2</sup>, o problema, como geralmente ocorre com todos os valores jurídicos, está atrelado aos limites ao exercício desse direito, quando em conflito com outros valores jurídicos, também protegidos constitucionalmente, em litígios judiciais.

Analizou-se aqui o alcance da liberdade de expressão, quando em conflito com direitos de personalidade em geral, especialmente o direito à honra, em decisões da Suprema Corte do Canadá, tendo em vista que suas decisões vinculam as instâncias inferiores e que, por isso, submetem-se à exigência, dentre outras, da fundamentação, a partir de critérios que se pretendam universalizáveis.

A Suprema Corte do Canadá, formada por sete magistrados, é a mais alta corte judiciária deste país. Funcionando como corte constitucional, lá se encontra a última possibilidade de impugnação judicial para os recorrentes, seja o indivíduo em particular, seja o governo, sendo sua decisão irrevogável. A jurisdição canadense caracteriza-se pelo

---

<sup>1</sup> *Liberdades Fundamentais* 2. *Toda a pessoa tem as seguintes liberdades fundamentais: (a) liberdade de consciência e de religião; (b) liberdade de pensamento, crença, opinião e expressão, incluindo a liberdade de imprensa e outros meios de comunicação; (c) liberdade de reunião pacífica; e (d) liberdade de associação.* [Grifei] - tradução livre.

[2. *Everyone has the following fundamental freedoms: (a) freedom conscience and religion; (b) freedom of thought, belief, opinion, and expression, including freedom of press and other media communication; (c) freedom of peaceful assembly; and (d) freedom association.*] - <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/schedule-b-to-the-canada-act-1982-uk-1982-c-11/latest/schedule-b-to-the-canada-act-1982-uk-1982-c-11.html>.

<sup>2</sup> *1. A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e as liberdades previstos nela, sujeita apenas aos limites razoáveis prescritos por lei, como pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática.* [Grifei] – tradução livre.

[1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.*]

bijuralismo<sup>3</sup>, pois inclui tanto as leis civis (*Civil law*) da província do Quebec, quanto a *Common law*<sup>4</sup>. Isso porque o país em alusão tem sua origem dividida entre dois países: o Reino Unido e a França. Ademais, possui dois entes federados, vale dizer, o governo da União e as províncias. As províncias têm a mais ampla autonomia nos assuntos que lhes são atribuídos pela Constituição de 1982. Os canadenses são regidos por suas normas federais e pelas suas leis provinciais. Dentro de todas as províncias canadenses, com exceção da província do Quebec, onde prevalece o sistema romano-germânico, as decisões das cortes são de vital importância para a interpretação da Constituição, das leis e dos regulamentos. As decisões da Suprema Corte do Canadá possuem força vinculante a todas as cortes inferiores, assim como as decisões das cortes superiores das províncias vinculam todos os órgãos de seu território. Um dos pontos mais curiosos dessa jurisdição é o fato de ela recorrer também a decisões de órgãos judiciários de outros países, e.g., a Suprema Corte dos Estados Unidos da América e as Cortes Superiores do Reino Unido. Tal característica coloca o sistema jurídico do Canadá como um dos mais abertos do mundo.

Outrossim, buscou-se verificar, a partir do modo de decidir<sup>5</sup> dos magistrados das decisões levantadas, se mais particularista (tomada de decisão com olhar adstrito ao caso concreto) ou mais generalista (tomada de decisão que vislumbra casos futuros), como esse direito é compreendido pragmaticamente, aferindo-se se se trata de uma mera garantia de ausência de censura prévia<sup>6</sup> ou uma salvaguarda efetiva de que o cidadão possa se expressar livremente. A hipótese é que motivações generalistas conferem uma perspectiva *erga omnes* às decisões, mesmo quando sua eficácia é *inter partes*, de modo que a liberdade de expressão seja uma garantia (previsibilidade) e que proteja a todos indistintamente (isonomia)<sup>7</sup>. Isso constituiria uma norma orientadora, a fim de evitar a lide, tendo em vista que os que exercem a liberdade de expressão conheceriam bem e previamente os riscos de uma eventual condenação judicial. Por outro lado, motivações mais particularistas, abrangendo apenas as

---

<sup>3</sup> SANTOS, Sandro Schmitz dos. Direito Canadense: algumas peculiaridades. RS: Revistas Eletrônicas Unilasalle, 2007. - <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/interfaces/article/view/731>. [acesso em 2015/1]

<sup>4</sup> Sistema baseado em precedente legal e práticas comuns que se desenvolveram ao longo dos anos.

<sup>5</sup> Parte-se da hipótese de que esse modo de decidir condiciona a prevalência por um ou outro direito fundamental.

<sup>6</sup> O argentino Fernando Toller já demonstrou que a diferença entre censura prévia e responsabilidade ulterior não é tão grande como se imagina. [TOLLER, Fernando M. O Formalismo na Liberdade de Expressão. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.]

<sup>7</sup> LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema.

partes da lide, geram insegurança jurídica e, por conseguinte, um convite ao ajuizamento de ações, já que, ao contribuir pouco para se identificar o discurso que está efetivamente protegido, nada garante quanto aos casos futuros.

## 2. Objetivos

Tencionou-se neste trabalho fazer um levantamento de um grupo de decisões mais representativas, de acordo com a doutrina e com a repercussão midiática canadense, sobre conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade em geral, em especial o direito à honra, junto à Suprema Corte do Canadá. Em seguida, objetivou-se analisar a posição dada à liberdade de expressão, se prevalecente ou não, a partir da chave particularismo x generalismo, quando em conflito com outros direitos de personalidade. Com fulcro nessa dicotomia, buscou-se corroborar a hipótese de que a adoção de um modo de decidir mais generalista tende, fortemente, a privilegiar a liberdade de expressão, bem como examinar o grau de flutuação das motivações das decisões em voga, que assegure um mínimo de segurança jurídica, ao criar normas orientadoras de condutas, a fim de evitar a lide. Assim, uma abordagem mais generalista é mais apropriada ao julgamento de litígios envolvendo conflito dos valores supracitados.

## 3. Metodologia

O trabalho desenvolveu-se desde o início com reuniões presenciais. Concomitante a isso, houve pesquisa jurisprudencial de decisões judiciais junto à Suprema Corte do Canadá, com o fito de verificar qual a posição dada à liberdade de expressão, quando em tensão com outros direitos de personalidade, e a fundamentação utilizada, se mais generalista ou particularista.

A escolha pelo tribunal constitucional deste país surgiu do recente caso *Whatcott* [2013], com repercussão midiática neste país, em que a Suprema Corte enfrentou a questão do limite à liberdade de expressão religiosa, o que é ainda uma espécie de tabu no Brasil. Em seguida, cerca de 15 outros casos julgados pela Suprema Corte canadense, em sede de recurso, como *Taylor* [1990], *Keegstra* [1990], *Skinner* [1990], *Andrews* [1990], *Zundel* [1992] e *Lucas* [1998], que envolvem o conflito de valores constitucionais supracitado, foram verificados. Passar-se-á à pormenorização de alguns desses casos, tendo em vista o limite de laudas deste *relatório*, seguindo a cronologia dos julgados, a fim de compreender a perspectiva canadense perante o alcance da liberdade de expressão.

### 3.1. Caso *Taylor* [1990]<sup>8</sup>

Precedente referência para muitos casos, John Ross Taylor, em 1977, líder do Partido Guardiã do Oeste, distribuiu cartões, convidando os destinatários a ligar para um número de telefone em Toronto. O número era respondido por mensagens gravadas. Parte das mensagens, de acordo com o Tribunal Federal, continham declarações denegrindo a raça e a religião judaicas. Estas comunicações foram resumidas pelo Tribunal da seguinte forma:

*Há uma conspiração que controla e programa a sociedade canadense; é difícil descobrir a verdade sobre essa conspiração, porque os nossos livros, nossas escolas e nossos meios de comunicação são controlados pelos conspiradores. Os conspiradores causam desemprego e inflação; eles nos enfraquecem, incentivando a perversão, a preguiça, o uso de drogas e a mistura de raças. Eles se enriqueceram roubando nossa propriedade. Eles criaram o comunismo que é responsável por muitos dos nossos problemas econômicos, como a greve dos correios; eles continuam controlando o comunismo e querem usá-lo na promoção da conspiração. Os conspiradores são os judeus.*

Os apelantes distribuíram os cartões às multidões. Esse material trazia apenas o emblema do Canadá e uma advertência para discar um número telefônico. Esse número foi colocado na lista telefônica em frente a uma anotação onde se lê *White Power Message*<sup>9</sup>.

Em 1979, foram feitas queixas sobre estas mensagens perante a Comissão Canadense de Direitos Humanos. Esta criou um tribunal de Direitos Humanos que concluiu que as mensagens constituíram uma prática discriminatória por força da s. 13 (1) da Lei Canadense de Direitos Humanos<sup>10</sup> e condenou os recorrentes a cessar a prática. Entretanto, apesar da ordem, os recorrentes continuaram com suas mensagens. O partido foi condenado a uma multa, e Taylor, o líder do partido, a um ano de prisão. O Partido pagou sua multa e Taylor cumpriu sua sentença até 1982.

---

<sup>8</sup><http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii26/1990canlii26.html?searchUrlHash=AAAAAQALdGF5bG9yIDE5OTAAAAAAQ&resultIndex=1>

<sup>9</sup> *Mensagem do poder branco* [tradução livre]

<sup>10</sup> S. 13 (1). *É uma prática discriminatória para uma pessoa ou para um grupo de pessoas, agir em conjunto para se comunicar telefonicamente ou para fazer com que assim seja comunicado, repetidamente, no todo ou em parte, por meio das instalações de uma empresa de telecomunicações no âmbito de competência legislativa do Parlamento, qualquer assunto que possa expor a pessoa ou as pessoas ao ódio ou ao desprezo por causa do fato de que essa pessoa ou essas pessoas são identificáveis com base em uma área proibida de discriminação.* (Tradução livre)

[S. 13. (1) *It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.*] Este dispositivo foi revogado em 2013.

Entretanto, em 1983, a Comissão canadense de Direitos Humanos apresentou um novo pedido ao Tribunal Regional Federal, alegando que outras quatro mensagens estavam sendo transmitidas, e que essas mensagens também violaram a ordem do Tribunal, e novamente a Comissão solicitou uma nova ordem de prisão de Taylor e uma multa contra o Partido. No entanto, com a Constituição de 1982 em vigor, os recorrentes, Taylor e seu partido, arguíram que a validade da s. 13 da lei Canadense de Direitos Humanos é contrária à liberdade de expressão, garantida pela Carta constitucional e que, portanto, a ordem do Tribunal não tinha efeito algum.

Em todas as instâncias, o argumento de Taylor foi rechaçado. O mesmo ocorreu na Suprema Corte do Canadá, que por quatro (Dickson, Wilson, L'Heureux-Dubé e Gonthier) a três (La Forest, Sopinka e McLachlin), defendeu-se a constitucionalidade da seção 13, julgando improcedente o pedido de Taylor de que a seção supracitada viola o exercício da sua liberdade de expressão. Esses *justices* divergiram na avaliação da proporcionalidade da s.13 da Lei canadense de direitos humanos.

O *justice* Dickson, escrevendo para a maioria, considerou que a expressão “ódio e desprezo” pode ser interpretada de forma suficientemente precisa e estrita, de modo a ser proporcional ao objetivo legislativo, constituindo, assim, um “limite razoável”, segundo ele, sobre a liberdade de expressão. Este magistrado extraiu o significado dos termos “ódio” e “desprezo”, contidos na redação do texto legal, do Dicionário de inglês Oxford<sup>11</sup>, para reduzir essas definições a “emoções excepcionalmente fortes e profundamente sentidas de ódio intenso, calúnia e difamação”.

Para esses quatro *justices*, a s. 13 (1) opera para suprimir a propaganda de ódio e suas nefastas consequências. Ademais, asseveram que o fato de a s. 13 (1) não fornecer um conteúdo interpretativo que proteja a liberdade de expressão, como uma exceção para declarações verdadeiras, e um componente de intenção, não cria nesta seção limitadora da liberdade de expressão um âmbito excessivamente amplo, quando se considera que o objetivo da seção requer uma ênfase sobre efeitos discriminatórios, não sendo, desta forma, uma restrição da liberdade de expressão.

Por outro lado, para a *justice* McLachlin, escrevendo para a dissidência, considerou preocupante o âmbito amplo e vago do dispositivo legal e, finalmente, fatal para a constitucionalidade da seção 13, porque foi mais longe do que o necessário para alcançá-lo. Em contraste com a maioria, ela fundamentou que a “vagueza do dispositivo o tornou difícil

---

<sup>11</sup> *Ódio: antipatia ativa, repulsa, inimizade, má vontade, malevolência; desprezo (contempt): como a condição de ser censurado e desprezado, de desonrar ou desgraçar.*

para determinar onde termina a mera antipatia e começa o ódio”. Ela também notou a ausência de defesa para as violações da seção 13 (1), concluindo que esse fator também serviu para ampliar a aplicação da seção e contribuiu ainda mais para encontrar sua falha, sendo desproporcional ao limite da liberdade de expressão disposto na seção 1 da Constituição canadense.

Assim, ao equilibrar a importância da liberdade de expressão em face do benefício a ser adquirido (ou seja, a eliminação ou redução da discriminação), McLachlin caracterizou a violação ao exercício da liberdade de expressão como “mais grave”, uma vez que esta tangenciou na “expressão que pode ser relevante para questões sociais e políticas”, concluindo os benefícios do dispositivo não valiam os seus custos substanciais.

### 3.2. Caso *Keegstra* [1990]<sup>12</sup>

James Keegstra era um professor do Ensino Médio em Eckville, na província de Alberta, que, em 1984, foi acusado, com base na s. 319 (2) do Código Penal (*Criminal Code*)<sup>13</sup>, por promover ilegalmente o ódio contra um grupo identificável, comunicando declarações antissemitas a seus alunos. Esse professor descrevia os judeus a seus alunos como "traídores", "subversivos", "sádicos", "amantes do dinheiro", "famintos pelo poder" e "assassinos de crianças". Ele os ensinava que o povo judeu procura destruir o cristianismo e são responsáveis por depressões, anarquia, caos, guerras e revoluções, e os ordenava que reproduzissem seus ensinamentos em sala de aula e nos exames. Se eles falhassem nesse intento, suas notas sofreriam consequências.

A Suprema Corte, por maioria apertada de quatro (Dickson, Wilson, L'Heureux-Dubé e Gonthier) a três (La Forest, Sopinka e McLachlin), decidiu pela condenação de Keegstra, alegando que a restrição dada à liberdade de expressão pela s. 319 do Código Penal é justificada sob a égide da S. 1 da Constituição canadense.

Segundo o *justice* Dickson, escrevendo para a maioria, o dispositivo do Código Penal em análise pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática,

---

<sup>12</sup><http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii24/1990canlii24.html?searchUriHash=AAAAAQANa2VlZ3N0cmEgMTk5MAAAAAAB&resultIndex=1>

<sup>13</sup> *Promoção deliberada do ódio*

(2) *Todo aquele que, comunicando declarações, exceto em conversas privadas, deliberadamente promove o ódio contra qualquer grupo identificável é culpado de (A) crime grave e é passível de prisão por um período não superior a dois anos; ou (B) um crime punível em processo sumário. (tradução livre)*

*[Wilful promotion of hatred*

*(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or (b) an offence punishable on summary conviction.]*

porque, em primeiro lugar, as medidas adotadas não são arbitrárias, injustas ou com base em considerações irracionais, sendo, portanto, racionalmente ligadas ao objetivo forjado pelo Parlamento ao criar tal norma penal, a saber, “evitar a dor sofrida pelos membros do grupo-alvo e para reduzir a tensão racial, étnica e religiosa em grupos identificáveis canadenses”. Em segundo lugar, os limites ao exercício dessa liberdade prejudicam, em sua opinião, o “mínimo possível” (*minimal impairment*), a liberdade em questão. Em terceiro lugar, há uma proporcionalidade entre os efeitos das medidas que são responsáveis por limitar o direito ou a liberdade assegurada pela Carta, bem como o objetivo que foi identificado como de “suficiente importância”.

Dickson reitera que os valores e os princípios de uma sociedade livre e democrática irão assumir diferentes graus de importância, dependendo das circunstâncias do caso particular, e no caso, para a maioria dos *justices*, Keegstra foi “profundamente ofensivo, prejudicial e danoso aos membros do grupo-alvo, enganando aos seus ouvintes, e antiético à promoção da tolerância e da compreensão na sociedade.”

O significado de “ódio”, assim como o de “intencionalmente”, devem ser interpretados sob o contexto da s. 319 (2). A partir da definição da palavra “ódio” extraída do dicionário de inglês Oxford, segundo Dickson, conota “emoção de natureza intensa e extrema que está claramente associada a difamação e ódio”, assim como o fez em no caso Keegstra. Ressalta que, não sendo uma palavra de conotação casual, é necessário fomentar o ódio, a inimizade, a má vontade e a malevolência em outro, para que se configure a promoção de tal ódio. Este termo não denota uma ampla gama de emoções diversas, mas abarca apenas a forma mais intensa de antipatia.

O referido *justice* acrescenta que a promoção do ódio é equivalente a ameaças de violência, em determinados contextos, e, portanto, a liberdade de expressão não se estende para proteger ameaças ou atos de violência. Assim, baseando-se nesta afirmação, afirmou que, na medida em que as declarações de Keegstra promovem o ódio, elas são análogas às ameaças de violência.

O *j.* Dickson conclui que o dispositivo do Código Penal em análise não inclui erro negligente ou inocente quanto à veracidade da declaração. Seja ou não uma afirmação, a declaração é suscetível à classificação “verdadeira” ou “falsa”. Porém, tal erro não deve desculpar um acusado que, deliberadamente, utiliza uma declaração, a fim de promover o ódio contra um grupo identificável.

Por outro lado, a *justice* McLachlin, escrevendo para a dissidência, preocupou-se em responder às seguintes indagações: “qual é o escopo da liberdade de expressão garantida na

Carta? A que tipo de expressão se aplica? Quando ela pode ser derrotada por outros direitos ou interesses?”

De acordo com a *justice*, a Suprema Corte tem afirmado, repetidamente, que “o conteúdo de uma declaração não pode privar uma pessoa ao exercício de sua liberdade de expressão, não importando o quão ofensiva ela seja”. O conteúdo das declarações de *Keegstra* é ofensivo e humilhante ao extremo; no entanto, sob os princípios afirmados pela Corte em voga, por si só parece não privar Keegstra da proteção garantida pela Carta Constitucional.

Uma limitação a tal exercício justifica-se, para evitar a discriminação, a violência racial e promover o multiculturalismo, por exemplo, desde que os meios escolhidos, limitativos desse direito, sejam proporcionais. No entanto, a ampla criminalização de praticamente toda a expressão que possa ser interpretada como promoção do ódio, efetuada pela s. 319 (2) do Código Penal, não é, ao ver da *justice*, um meio proporcional e adequado para realizar os fins para os quais a legislação é dirigida. A amplitude da categoria de discurso que ele alcança, a natureza absoluta da proibição aplicada a tal discurso, as conseqüências penais, segundo ela, draconianas<sup>14</sup> que impõe, juntamente com a natureza contraproducente dos seus efeitos concretos - tudo isso - características da s. 319 (2) do Código Penal combinam-se para torná-la inadequada, para proteger a sociedade contra o mal da propaganda de ódio.

Para os três *justices* que dissentiram, as ideias de Keegstra, embora inquietantes, não foram feitas com a intenção nem tiveram o efeito de condenação do povo judeu nem mesmo de instigar qualquer outra pessoa a fazer uma coisa ou outra. Também não incitam a violência contra o povo judeu. A partir do significado dicionarizado do vocábulo “violência”, qual seja, “[o] exercício de força física, de modo a causar ferimentos ou danos a pessoas ou bens”, McLachlin assevera esse termo no contexto do dispositivo penal conota ameaça real ou interferência física nas atividades alheias. Partindo desta definição, McLachlin conclui que as declarações que promovem o ódio não se assemelham à violência ou a ameaças de violência.

A *justice* endossa seu argumento, ao citar Stuart Mill, o “mercado de ideias”<sup>15</sup>, justificando para favorecer a liberdade de expressão, dizendo que ele tem como pressuposto

---

<sup>14</sup> Este nome vem de Drácon, o qual era um legislador ateniense de origem aristocrática extremamente severo. As leis Draconianas são consideradas o primeiro código ateniense escrito, e, devido à enorme agressividade das leis de Drácon, as quais vários delitos sendo grave ou leve tinham como pena a morte, os próprios atenienses deixaram de cumprir suas leis por considerá-las omissivas, desumanas e cruéis. [<http://www.webartigos.com/artigos/leis-draconianas/102433/>]

<sup>15</sup> As expressões “*free market place of ideas*” ou apenas “*market place of ideas*” não são encontradas nas obras de Stuart Mill, mas foram construídas a partir das ideias desenvolvidas pelo autor em seu livro “*On Liberty*” (1859).



subjacente o fato de que, em termos políticos, muitas ideias serão rejeitadas. A liberdade de expressão garante o direito de poder modificar as ideias sobre o mundo, mas ela não garante o direito de ser ouvido ou de ser crido. Afirmar que o discurso que mina a credibilidade dos oradores pertencentes a grupos específicos não se enquadra na s. 2 (b) da Carta Constitucional é retirar da proteção desta uma enorme quantidade de discursos que tem sido aceitos como importantes e valiosos. É impossível imaginar um debate político vigoroso sobre uma questão polêmica em que os falantes não procurem minar a credibilidade das ideias, das conclusões e julgamento de seus oponentes. No entanto, tal debate é essencial para a manutenção e funcionamento das instituições democráticas.

### 3.3. Caso *Skinner* [1990]<sup>16</sup>

Em 1986, a policial Aileen Richardson, um membro da Equipe da Moralidade do Departamento de Polícia de Halifax<sup>17</sup>, estava trabalhando disfarçada na área de Cornwallis Park, passando-se por uma prostituta. Sentado em um carro da polícia sem identificação e estacionado nas proximidades estavam o sargento Ronald Mosher, o chefe dessa Equipe da Moralidade, e o policial Bill MacLeod. Richardson foi equipada com um dispositivo de gravação de voz em seu corpo. Em dado momento, Skinner, um morador de Dartmouth, atravessou a rua Hollis e se aproximou da policial Richardson. Eles trocaram saudações. O recorrido Skinner passou por ela a uma pequena distância, parou e caminhou de volta para ela. Enquanto caminhavam lado a lado na calçada, Skinner e Richardson envolveram-se na seguinte conversa:

*S.:* Quanto você cobra?

*R.:* Para quê?

*S.:* Para uma felação<sup>18</sup>

*R.:* O que você tem?

*S.:* Ooh, você cobra por quanto a pessoa tem. Você tem um lugar?

*R.:* Não.

*S.:* Onde você mora?

*R.:* Não perto daqui.

*S.:* Bem, quanto você cobra por uma felação?

Neste ponto, a policial Richardson se afastou de Skinner. O Sargento Mosher lhe deu voz de prisão. *Skinner* foi acusado de "se comunicar em um lugar público com o objetivo de obter

---

<sup>16</sup><http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii107/1990canlii107.html?searchUrlHash=AAAAAQAMc2tpbm5lciAxOTkwAAAAAE&resultIndex=1>

<sup>17</sup> Capital da província canadense de Nova Escócia.

<sup>18</sup> No diálogo, o termo usado foi *blow job*.

serviços sexuais de uma prostituta" como prevê a s. 195.1 (1) (c) do Código Penal<sup>19</sup>. O juiz de primeira instância o condenou, mas a Corte de Apelação anulou a condenação, sustentando que a referida seção viola a garantia da liberdade de expressão, expressa na Carta Canadense de Direitos e Liberdades<sup>20</sup>, e que tal seção não é justificável sob a égide da s. 1 da Carta. Em vista dessa anulação, a Coroa apela para a Suprema Corte, que, por maioria de quatro (Dickson, La Floresta, Sopinka e Lamer) a três (Wilson, L'Heureux-Dubé e McIntyre) decidiu por dar provimento ao recurso da Coroa, restaurando a condenação e a sentença imposta pelo juiz do Tribunal da Província.

Segundo os *justices* Dickson, La Floresta, Sopinka e Lamer, a seção 195.1 (1) (c) do Código não infringe a s. 2 (d) da Carta, já que ataca a atividade expressiva de natureza comercial. Centra-se na prostituta ou cliente que para ou se comunica com outra pessoa em um lugar público, a fim de engajar-se em prostituição. A meta deste dispositivo, portanto, é evitar determinado tipo de "conduta expressiva" (*expressive conduct*), e não a conduta de uma investigação de natureza associativa, vez que a seção não proíbe diretamente um acordo entre dois indivíduos para a troca de sexo por dinheiro, nem as relações sexuais consentidas entre os indivíduos. O simples fato de uma disposição legislativa impugnada limitar a possibilidade de atividades comerciais ou acordos não é suficiente para demonstrar a interferência, *prima facie*, da s. 2 (d). Segundo este *justice*, escopo de qualquer garantia da Carta deve ser delineada em uma base caso-a-caso.

Em contrapartida, de acordo com o voto dos *justices* Wilson e L'Heureux-Dubé, dissidentes, o recurso da Coroa não deve de ser provido, tendo em vista que a seção em destaque do Código Penal viola o direito à liberdade de expressão, garantida pela s. 2 (b) da Carta.

Segundo o *justice* Wilson, a seção em destaque interfere diretamente na capacidade de uma prostituta associar-se com potenciais clientes, que é um objetivo legal comum. Ao considerar se se deve ou não uma determinada atividade estar protegida pela liberdade de

---

<sup>19</sup> S. 195,1 (1) Toda pessoa que em um lugar público ou em qualquer lugar aberto à opinião pública (c) para ou tenta parar qualquer pessoa ou de qualquer maneira se comunica ou tenta se comunicar com qualquer pessoa com a finalidade de engajar-se em prostituição ou de obter os serviços sexuais de uma prostituta é culpado de um delito punível em condenação sumária.

2) Nesta seção, "lugar público" inclui qualquer lugar para que o público tenha acesso de pleno direito ou por convite, expresso ou implícito, e qualquer veículo a motor localizado em um lugar público ou em qualquer lugar aberto à opinião pública. [Tradução livre]

[195.1 (1) Every person who in a public place or in any place open to public view (c) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) In this section, "public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied, and any motor vehicle located in a public place or in any place open to public view.]

<sup>20</sup> Integra a Constituição canadense vigente.

associação assegurada na Constituição de 1982, a Corte deve ter em conta a forma como essa atividade é exercida, em vez de a natureza da atividade. No presente contexto, prostitutas e clientes potenciais associam-se, quando eles se reúnem para discutir a venda de sexo, sendo, portanto, esta seção demasiadamente ampla. Essa reunião é a forma como a associação deles se dá e é isso o que a Constituição protege, não a atividade na qual eles pretendem se engajar em seguida. A seção 195.1 (1) (c) do Código, visando proibir ambas as reuniões e as comunicações entre prostitutas e clientes potenciais, viola a liberdade de associação, bem como a liberdade de expressão. Para ele, a seção deixa claro que as pessoas que desejam reunir-se para discutir a venda de serviços sexuais não são apenas excluídas de qualquer lugar público ou lugar aberto à opinião pública, elas não podem ficar juntas em "qualquer lugar onde o público tem acesso de pleno direito ou por convite, expressa ou implicitamente, e qualquer veículo a motor localizado em um lugar público ou em qualquer lugar aberto à opinião pública".

Dessa forma, o *justice* Wilson conclui que, a despeito do incômodo causado pela solitação de rua (*street solicitation*), pelo menos nos grandes centros populacionais do Canadá, e da preocupação premente e substancial, a seção em voga não é proporcional a esse objetivo. Não é razoável proibir a atividade associativa que não prejudica pessoa alguma com base no fato de que, em algumas circunstâncias, uma alta concentração desta atividade pode dar origem a uma perturbação da ordem pública ou social. Afirma que “o direito da pessoa à liberdade de expressão seria de pouco valor, se o Estado pudesse controlar aqueles com quem essa pessoa poderia se comunicar”. Além disso, afirma que não existe uma base sólida sobre a qual a expressão comercial possa ser excluída da proteção da s. 2 (b) da Carta. A Corte deve evitar a tentação de fazer um julgamento moral para decidir se deve ou não a atividade associativa ser protegida pela s. 2 (d).

### 3.4. Caso *Zundel* [1992]<sup>21</sup>

A acusação surge da publicação por Ernst Zundel de um panfleto (*pamphlet*) intitulado “Seis milhões realmente morreram?”<sup>22</sup>, o qual já havia, anteriormente, sido publicado por outras pessoas nos Estados Unidos e na Inglaterra. A maior parte do panfleto se propõe a rever certas publicações históricas de forma crítica. Com base nesta revisão, ele sugere, entre outras coisas, que não foi provado que seis milhões de judeus foram mortos antes e durante a

---

<sup>21</sup><http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1992/1992canlii75/1992canlii75.html?searchUrlHash=AAAAAQALenVuZGVsIDE5OTIAAAAAAQ&resultIndex=1>

<sup>22</sup> “*Did Six Million Really Die?*” [Tradução livre]

Segunda Guerra Mundial, e que o Holocausto é um mito perpetrado por uma conspiração judaica mundial.

Nas décadas de 1970 e 1980, o recorrente publicou e distribuiu literatura, vídeos e apetrechos sobre a supremacia branca pela editora Toronto, *Samisdat Publishers Ltd.* Ele foi acusado e condenado de divulgar notícias falsas em violação à s. 181 do Código Penal<sup>23</sup>, pela publicação do panfleto acima referido.

Esse material é parte do gênero de literatura antissemita conhecida, eufemisticamente, como "revisão histórica". O panfleto indica que o autor é Richard Harwood, um escritor e especialista em aspectos políticos e diplomáticos da Segunda Guerra Mundial. No momento ele está com a *University of London*". No entanto, a peça parece ter sido, na verdade, produzida na Inglaterra por Richard Verral, editor do jornal neo-nazista *British National Front*, em 1977. O recorrente acrescentou um prefácio e posfácio ao documento original, intitulado "Fato histórico No. 1, seis milhões realmente morreram? A verdade finalmente exposta."

O caso vem à Suprema Corte, depois de dois julgamentos, cada um dos quais resultou em condenação. A Suprema Corte, por maioria apertada de quatro (La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka e McLachlin) a três (Gonthier, Cory e Iacobucci), julgou procedente o pedido de Zundel, decidindo pela sua absolvição. Passo à exposição dos fundamentos dos justices.

A *j.* McLachlin, escrevendo pela maioria, pondera que este recurso não é sobre a disseminação do ódio, que foi o foco da decisão desta Corte no caso Keegstra, [1990], afirmando que,

*para permitir a prisão de pessoas, ou até mesmo a ameaça de prisão, com o fundamento de que elas fizeram uma declaração que um grupo de seus concidadãos considera ser falsa e maliciosa a algum interesse público indefinido, é sufocar toda uma gama do discurso, alguns dos quais têm sido considerados como legítimos e até mesmo benéficos para a sociedade canadense.*

Ela não defende que o Parlamento não possa criminalizar a difusão de insultos raciais e propaganda de ódio, mas tais dispositivos devem ser redigidos com particularidade suficiente

---

<sup>23</sup> *Difundindo falsas notícias*

181. *Todo aquele que voluntariamente publica uma declaração, conto ou notícia de que ele sabe que é falsa e que cause ou seja passível de causar lesões ou dano a um interesse público é culpado de um crime condenável e passível de prisão por um período não superior a dois anos.* [Tradução livre].

[Spreading false news 181. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.]

para oferecer garantias a não abafar um amplo leque de discurso legítimo e valioso. Desta modo, concluiu que a s. 181 do Código Penal viola o direito de livre expressão garantido pela Constituição do Canadá.

Segundo a *justice*, os direitos fundamentais e liberdades consagrados na Constituição em vigor só devem ser restringidos na mais clara e específicas das circunstâncias. O objetivo da garantia da liberdade de expressão é o de promover a verdade, a participação política ou social, e auto-realização. Esse propósito se estende à proteção das crenças minoritárias, mesmo que a maioria considere determinadas declarações como erradas ou falsas. Assim, a garantia da liberdade de expressão serve para proteger o direito da minoria de manifestar o seu ponto de vista, mesmo se for impopular. A opinião da maioria, à luz de McLachlin, não tem necessidade da proteção constitucional; é tolerada de todo modo. A declaração impopular é a que mais necessita de proteção, ao abrigo da garantia da liberdade de expressão. Desse modo, uma lei que proíbe a expressão de uma minoria ou a visão "falsa", sob pena de processo criminal e prisão ofende a finalidade da garantia da liberdade de expressão.

Outrossim, existe a dificuldade, primeiramente, aduz a, de concluir, categoricamente, que todas as mentiras deliberadas são totalmente alheias aos valores subjacentes à Constituição, bem como de determinar se o significado de uma declaração que deve de ser considerado verdadeiro ou falso. Por conseguinte, até mesmo uma falsificação clara pode, sem dúvida, servir para fins sociais úteis ligados aos valores subjacentes à liberdade de expressão. Uma pessoa lutando contra a crueldade aos animais pode, conscientemente, citar falsas estatísticas em busca de suas crenças e com o objetivo de comunicar uma mensagem mais fundamental, por exemplo, "a crueldade aos animais está aumentando e deve ser interrompida". Um médico, a fim de persuadir as pessoas a ser vacinado contra uma epidemia crescente, pode exagerar o número ou a localização geográfica de pessoas potencialmente infectadas com o vírus. Todas essas expressões argumentadas têm um valor intrínseco na promoção da participação política e da auto-realização individual.

McLachlin aduz que uma determinada expressão pode oferecer muitos significados, alguns que parecem falsos, outros de natureza metafórica ou alegórica que podem possuir alguma validade. Além disso, diferentes pessoas podem tirar da mesma afirmação significados diferentes em momentos diferentes. A garantia da liberdade de expressão visa proteger não só o significado destinado a ser comunicado pelo editor, mas também o significado ou significados entendidos pelo leitor.

Os *justices* Cory e Iacobucci, escrevendo pela dissidência, ponderou que a liberdade de expressão protegida pela Constituição tem sido amplamente definida para incluir todos os

conteúdos de expressão, independentemente do significado particular necessário a ser transmitido, a menos que a expressão seja comunicada em uma forma, fisicamente, violenta (como visto no caso Keegstra). A atividade de Zundel envolveu, segundo ele, a publicação deliberada e intencional de mentiras que eram extremamente prejudiciais aos membros da comunidade judaica, enganando a todos que lessem suas palavras, opostas aos valores fundamentais de uma democracia multicultural. Reconhecem que, da mesma forma, a liberdade de expressão garantida deve ser alargada à publicação deliberada de declarações sabidamente falsas que transmitem um significado, desde que de forma não violenta, já que a liberdade de expressão é tão importante para a democracia que, mesmo essas declarações estão dentro do âmbito de proteção da s. 2 (b) da Constituição.

Para eles, a seção 181 do Código Penal não pode ser dita vaga. Ela fornece orientações claras de conduta. O cidadão sabe que para estar em risco nos termos desta seção, ele ou ela deve voluntariamente publicar uma declaração falsa sabendo que ela é falsa. Além disso, a publicação dessas declarações deve ferir ou ser suscetível de prejudicar o interesse público. A publicação de tais mentiras torna o conceito de multiculturalismo em uma verdadeira democracia impossível de alcançar. A negação do Holocausto tem efeitos perniciosos sobre os canadenses que sofreram, lutaram e morreram como resultado da campanha de intolerância racial nazista e sobre a sociedade canadense como um todo. Para sobreviventes do Holocausto, é uma negação profunda e grave da importância do dano feito a eles e, assim, deprecia sua enorme dor e perda. Priva outras pessoas da oportunidade de aprender com as lições da história. Além disso, concluem que as restrições à expressão deste tipo serão mais fáceis de justificar do que outras violações à s Constituição, violando o menos possível esse valor constitucional.

Reiteram que essa restrição à liberdade de se expressar oferece proteção, pela sanção criminal, não só para os judeus canadenses, mas para todos os grupos minoritários vulneráveis e pessoas físicas. Ela pode desempenhar um papel útil e importante para incentivar a tolerância racial e social que é tão essencial para o bom funcionamento de uma sociedade democrática e multicultural.

### **3.5. Caso *Whatcott* [2013]<sup>24</sup>**

Entre 2001 e 2002, Whatcott distribuiu quatro panfletos em Regina e Saskatoon (duas cidades da província de Saskatchewan), em nome dos ativistas Cristãos da Verdade. Dois dos

---

<sup>24</sup><http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2013/2013scc11/2013scc11.html?searchUrlHash=AAAAAQANd2hhdGNvdHQgMjAxMwAAAAAB&resultIndex=1>

folhetos foram intitulados "Mantenham a homossexualidade fora das Escolas Públicas de Saskatoon!" e "Sodomitas em nossas escolas públicas", respectivamente. Os outros dois folhetos eram idênticos, e eram uma reedição de uma página de anúncios de classificados com os comentários escritos à mão. Quatro queixas foram registradas na Comissão de Direitos Humanos da província de Saskatchewan a respeito desses quatro panfletos publicados e distribuídos por Whatcott. As queixas alegavam que esses panfletos promoviam o ódio contra indivíduos com base na sua orientação sexual, como elucidam alguns fragmentos a seguir:

Excertos dos sois primeiros panfletos:

1. . . crianças. . . aprendem como é maravilhoso para dois homens sodomizar um ao outro;
2. Degenerou em uma sessão imunda onde os professores gays e lésbicas usaram uma linguagem suja para descrever sexo lésbico e sodomia ao seu público adolescente;
3. Sodomitas e lésbicas que querem permanecer em seu estilo de vida e fazer proselitismo a jovens vulneráveis, a lei civil deve de criminaliza-los;
4. Sodomitas tem 430 vezes mais chances de adquirir Aids e três vezes mais probabilidade de abusar sexualmente de crianças!

Excertos dos dois últimos panfletos, desconsiderados pela Suprema Corte para a condenação de Whatcott:

1. A Bíblia deixa claro que a homossexualidade é uma abominação;
2. Sodoma e Gomorra foram entregues completamente à perversão homossexual e, como resultado, destruídas pela ira de Deus;
3. Nossa aceitação da homossexualidade e da nossa tolerância para com a sua promoção em nosso sistema de ensino vai levar à morte precoce e morbidade de muitas crianças.

A Suprema Corte por unanimidade deu provimento ao recurso interposto pela Comissão de Direitos Humanos de Saskatchewan, anulando em parte a conclusão da Corte de Apelação, e restabelecendo a decisão do Tribunal quanto aos dois primeiros panfletos, já que os dois últimos panfletos não constituíram, segundo eles, discurso de ódio à luz da s.14 do Código de Direitos Humanos de Saskatchewan<sup>25</sup> para a Suprema Corte. Whatcott foi

---

<sup>25</sup> 14. (1) Nenhuma pessoa poderá publicar ou exibir, ou causar ou permitir que seja publicado ou exibido, em quaisquer terras ou instalações ou em um jornal, por meio de uma estação de televisão ou de radiodifusão ou qualquer outro dispositivo de radiodifusão, ou em qualquer material impresso ou publicação ou por meio de qualquer outro meio que a pessoa possui, controla, distribui ou vende, qualquer representação, incluindo qualquer aviso, sinal, símbolo, emblema, artigo, declaração ou outra representação: (A) que tende ou que possa tender a privar, abreviar ou de outra forma restringir o gozo por qualquer pessoa ou classe de pessoas, com base em um terreno proibido, de qualquer direito a que essa pessoa ou classe de pessoas tem direito nos termos da lei; ou (B) que expõe ou tende a expor ao ódio, ridiculariza, deprecia ou não afronta a dignidade de qualquer pessoa ou classe de pessoas, com base em um terreno proibido. (2) Nada na subseção (1) restringe o direito à liberdade de expressão nos termos da lei sobre qualquer assunto.

[14. (1) No person shall publish or display, or cause or permit to be published or displayed, on any lands or premises or in a newspaper, through a television or radio broadcasting station or any other broadcasting device, or in any printed matter or publication or by means of any other medium that the person owns, controls, distributes or sells, any representation, including any notice, sign, symbol, emblem, article, statement or other representation: (a) tending or likely to tend to deprive, abridge or otherwise restrict the enjoyment by any

condenado a indenizar os queixosos que receberam os dois primeiros panfletos, bem como proibido de distribuir os dois primeiros panfletos.

Segundo a Corte, a s. 14 é constitucional, uma vez que seu propósito é prevenir a discriminação, proibindo certos tipos de expressão pública, sendo, portanto, *proporcional* ao seu objetivo, de sorte que a limitação imposta à liberdade de expressão prescrita pela s. 1 da Constituição canadense, apropriadamente, equilibra os valores fundamentais subjacentes a esse valor jurídico no conflito de direitos da Carta com outros valores essenciais a uma sociedade livre e democrática.

De acordo com a fundamentação desta Corte, o termo “ódio” deve de ter aplicação objetiva, i.e., como uma pessoa razoável, consciente do contexto e das circunstâncias, veria a expressão, expondo o grupo protegido ao ódio, mas com base na definição utilizada no caso Taylor, vale dizer, "a comunicação que envolve sentimentos extremos e fortes emoções de ódio, calúnia e difamação". Contudo, a referência em Taylor para "excepcionalmente fortes e profundamente sentidas emoções" não deve ser interpretada como impondo um caráter subjetivo ou limitar a análise à intensidade com que o autor da expressão sente a emoção. A expressão, para ser considerada discurso de ódio, deve de ir além de meramente contestar indivíduos, deve buscar marginalizar o grupo, afetando seu *status* social e de aceitação aos olhos da maioria, i.e., o foco deve de estar no provável efeito do discurso de ódio sobre a forma como as pessoas externas ao grupo poderão reconsiderar a posição social deste, impedindo a possibilidade de resposta, e não na intenção do divulgador dos panfletos. Assim, a proibição do discurso do ódio não é projetada para censurar ideias ou para obrigar ninguém a pensar "corretamente".

A Suprema Corte argumentou que, embora as publicações em questão possam parecer envolver o debate sobre a moralidade de determinado comportamento sexual, só se condena a atividade sexual quando é realizada por pessoas de uma determinada orientação sexual, não lidando com os mesmos atos sexuais, quando realizados por parceiros heterossexuais. Por exemplo, a palavra "sodomia" nos folhetos não é usada em relação a atos sexuais em geral, mas apenas o ato sexual entre homens.

#### 4. Análise dos casos e conclusões

---

*person or class of persons, on the basis of a prohibited ground, of any right to which that person or class of persons is entitled under law; or (b) that exposes or tends to expose to hatred, ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of any person or class of persons on the basis of a prohibited ground*

*(2) Nothing in subsection (1) restricts the right to freedom of expression under the law upon any subject.]*



Desde o início da pesquisa percebeu-se que não é simples avaliar o alcance futuro destes julgados, mesmo tratando-se de um tribunal constitucional. A falta de rigor metodológico, na comparação dos casos, torna essa percepção mais dificultosa. Os julgados acima elucidados são alguns dos cerca de 15 analisados nesta pesquisa, mas a tendência vislumbrada por essa elucidação manteve-se nos demais julgados. Tanto quando a Suprema Corte do Canadá decidiu por privilegiar os direitos de personalidade, quanto quando favoreceu a liberdade de expressão, o fez por maioria apertada, mostrando-se uma Corte bem dividida (4 a 3). Essa constatação deixa entrever que, a despeito de a Suprema Corte do Canadá parecer privilegiar, preponderantemente, os direitos da personalidade (os casos acima expostos, com exceção do caso *Zundel* [1992]), em detrimento da liberdade de expressão, assim como ocorre no Brasil, os canadenses estão em nível superior em relação ao enfrentamento da problemática gerada pelo conflito entre esse valor constitucional e os direitos de personalidade, especialmente, o direito à honra.

De outro modo, pode-se entrever que, nos casos em que a liberdade de expressão não prevaleceu, as motivações tiveram um viés mais particularista, já que valorizou mais o caso concreto, ao não imaginar a aplicabilidade futura da decisão. Por outro lado, os votos a favor da liberdade de expressão tenderam a ser mais generalistas. Essa constatação é verificável na análise da fundamentação dos casos supramencionados.

No caso *Taylor* [1990], ao ser condenado por divulgação de mensagens antissemitas, a maioria dos *justices* (quanto) alegou que os termos “ódio e “desprezo” coadunam-se a “emoções excepcionalmente e profundamente sentidas de ódio intenso, calúnia e difamação”. E por esse motivo, o dispositivo limitador da liberdade de expressão não é excessivamente amplo, apesar de não haver uma exceção para declarações verdadeiras, não fornecendo defesa alguma contra a prática que a seção prescreve, nem mesmo a ausência de intenção ofensiva da promoção do ódio no texto da lei. Assim, na conjectura de as mensagens telefônicas gravadas e repetidamente divulgadas por Taylor conterem informações históricas extraídas de literatura confiável, mas que fosse ultrajante e denegrise não só a Igreja Católica, mas os cristãos, seriam da mesma forma odiosas e passíveis de criminalização? Um professor não pode expressar sua objeção ao cristianismo com base em fatos históricos por ser considerado promoção do ódio? Parece que a resposta a essas questões seria negativa, de acordo com os argumentos feitos pelo *justice* Dickson no caso em comento.

Já a dissidência, favorecendo a liberdade de expressão, ressalta a vagueza e exagerada amplitude da seção, ao restringir a liberdade de expressão, tendo em vista a dificuldade de

delimitar onde termina a mera antipatia e começa o ódio. Ademais, a ausência de defesas amplia ainda mais a seção, sucumbindo a possibilidade de exercício da liberdade referida

No caso *Keegstra* [1990], os que favoreceram o direito de personalidade destacam que quando a promoção do ódio, partindo da definição estabelecida em Taylor, for equivalente a ameaça ou atos de violência, a liberdade de expressão deve de ser suprimida. Assim, concluem que já que as declarações antissemitas do Keegstra tiveram a intenção de promover o ódio contra um grupo identificável, elas são análogas às ameaças de violência. Então, se nos indignássemos fortemente por lesões físicas causadas a homossexuais, por intolerância religiosa e, por conta disso, em momento de ira, agredíssemos verbalmente, de modo a depreciar o grupo ofensor, seria caso de prisão por ofensa a honra e a dignidade de tal grupo? Parece que a resposta a essa indagação seria negativa, segundo os justices que decidiram por condenar Keegstra.

Por outro lado, os que decidiram pela liberdade de expressão preocuparam-se em responder questões que transcendem a esfera do caso concreto, de forma a estabelecer normas orientadoras, já que a decisão se projeta a casos futuros, em que haja tal conflito entre direitos. Indagam “qual é o escopo da liberdade de expressão garantida na Constituição? A que tipo de expressão se aplica? E quando ela pode ser derrotada por outros direitos ou interesses?”

Respondendo tais questões, a *justice* McLachlin endossa que “o conteúdo de uma declaração não pode privar uma pessoa ao exercício de sua liberdade de expressão, não importando o quão ofensivo ele seja”. Afirma que a violência, que conota<sup>26</sup> “ameaça real ou interferência física” nas atividades alheias. Pode-se afirmar, com base na afirmação da *justice*, que todo o discurso que incita expressamente as pessoas a agredirem fisicamente ou a ameaçar realmente um grupo identificável deve de ser banido e criminalizado.

No caso *Skinner* [1990], o *justice* Dickson e outros, desfavorecendo a liberdade de expressão, assevera que o objetivo do dispositivo que limita a liberdade de expressão deve de ser delineado caso-a-caso, um viés particularista, ou seja, o argumento que se aplicada a determinado caso não se aplica a outros semelhantes. Diz que o que é banido é a comunicação em lugar público para engajar-se em prostituição. Certamente, essa afirmação inviabiliza a prática da prostituição que é legalizada no país, tendo em vista que a atividade comercial da venda de sexo pressupõe acesso ao público e lugares públicos. Isso é referendado pelo próprio dispositivo penal, ao definir “lugar público” de forma ampla. Assim, até mesmo a casa da prostituta pode vir a ser lugar público. Observa-se, mais uma vez, o “olhar” do magistrado

---

<sup>26</sup> Definição extraída do Dicionário de inglês Oxford

adstrito tão-somente ao caso concreto, trazendo fundamentações que não podem ser projetadas *erga omnes*, assemelhando-se, apenas em suas consequências à censura prévia.

O voto dos que decidiram a favor da liberdade de expressão neste caso trouxe à baila exatamente a problemática da inviabilidade da atividade de meretrício. Os *justices* asseveraram que “não se deve levar a forma como determinada atividade é exercida, mas a natureza dela”, repreendendo a postura discriminatória, o julgamento moral, contida no voto da maioria. Isso porque, segundo eles, prostitutas e clientes associam-se quando se reúnem para se discutir a venda de sexo. Portanto, violar a liberdade de expressão, neste caso, é violar a liberdade de associação. Enfatizam também que o primeiro direito seria de pouco se o Estado pudesse controlar aqueles com quem essa pessoa poderia se comunicar.

No caso *Zundel* [1992], percebeu-se, igualmente, o viés generalista da decisão que favoreceu a liberdade de se expressar, ao afirmar, por exemplo, que dispositivos podem criminalizar a difusão de insultos raciais e propaganda de ódio desde que redigidos com particularidade suficiente para oferecer garantias de que eles não possam ser abusados, de modo a não abafar um amplo leque de discurso legítimo e valioso. A declaração impopular é a que mais necessita de proteção, ao abrigo da garantia da liberdade de expressão. Uma pessoa lutando contra a crueldade aos animais pode, conscientemente, citar falsas estatísticas em busca de suas crenças e com o objetivo de comunicar uma mensagem mais fundamental, por exemplo, “a crueldade aos animais está aumentando e deve ser interrompida”.

Destarte, constatou-se a tendência das decisões mais generalistas de salientar a necessidade de normas jurídicas mais específicas, a fim de garantir a identificação do discurso protegido pela liberdade de expressão, e aquele discurso que deve de ser banido, garantindo-se, dessa forma, maior previsibilidade e, conseqüentemente, maior segurança jurídicas. Em contrapartida, percebe-se a inconstância das argumentações de um caso para o outro, tendo em vista as modificações dos argumentos dos *justices* para casos semelhantes. Isso se deu tanto nas decisões mais generalistas quanto nas decisões mais particularistas, de sorte a evidenciar uma ausência de rigor metodológico no julgamento dos casos.

À guisa de conclusão, decidir em favor dos direitos da personalidade é uma tarefa mais difícil, pois implica afirmar que determinado discurso não está protegido pelo ordenamento jurídico em qualquer circunstância. Por outro lado, uma decisão mais generalista transcende o caso concreto e, como tal, prioriza a liberdade de expressão, tendo em vista que o seu exercício sai da esfera apenas do indivíduo, aproveitando também à coletividade. Dessa modo, os julgados da Suprema Corte do Canadá confirmam que o modo de decidir condiciona o julgamento dos casos concretos, bem como a necessidade de dar prevalência à liberdade de

expressão, ao conflitar com outros direitos da personalidade, especialmente, o direito à honra, já que conferem maior coerência e estabilidade jurídicas.

## **5. Referências**

1. LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana**. São Paulo: Aracati, 2011.
2. SCHREIBER, Simone. **Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico** in A Reconstrução democrática do direito público no Brasil. São Paulo: Renovar, 2007.
3. <https://www.canlii.org/en/ca/scc/index.html> [acesso em 2014 e 2015].