

O HABEAS CORPUS 82.424/RS, A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E A LIBERDADE DE EXPRESSION: ALGUNS APONTAMENTOS CRÍTICOS

HABEAS CORPUS 82.424/RS, THE CONSTITUTIONAL DEMOCRATIC IDENTITY AND THE FREEDOM OF EXPRESSION: SOME CRITICAL REFLECTIONS

Francisco de Castilho Prates*

RESUMO: Partindo do caso do Habeas Corpus 82.424/RS, o artigo lida com uma das mais importantes questões do pensamento constitucional: os limites da liberdade de expressão. Esse debate pode ser tido como um dos maiores desafios das modernas democracias constitucionais, já que impõe pensarmos até que ponto pode um Estado Democrático de Direito ir sob pena de negar sua própria abertura. Em outros termos, colocamos que os limites deste direito fundamental não são meras restrições, mas condição de possibilidade do exercício da mesma liberdade. Procuramos demonstrar a importância da noção de não discriminação para o reconhecimento de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, em que o sentido constitucional de igualdade e liberdade tem, paulatinamente e em meio a muitas disputas, confluído para o que denominamos de um “paradigma dialógico” de direito constitucional. Deste modo, liberdade de expressão não pode ser traduzida como um instrumento de opressão, sendo, por isso, passível de ser limitada, mas não censurada. Em suma, responsabilização é a outra face, por isto inseparável, da liberdade de expressão. Neste sentido, as contribuições de pensadores como Michel Rosenfeld e Jürgen Habermas foram centrais. Registre-se, por fim, que adotamos uma linha crítico-metodológica.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Identidade Constitucional. Responsabilidade.

ABSTRACT: Starting from the case Habeas Corpus 84.424/RS, the study deals with one of the most important issues of constitutional thought: the limits of free speech. This debate, which is indeed crucial in modern constitutional democracies, instigates a reflection on how far a Democratic State may reach without refusing its own opening. In other words, the limits of free speech are not mere restrictions, but they are also condition of possibility of this fundamental right. The article tries to demonstrate the relevance of the notion of non-discrimination for the acknowledgement of rights by the Supreme Federal Court, where the

* Pós-Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito, mestre em Direito Constitucional e graduado em Direito pela UFMG. Bolsista do CAPES. Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil.

constitutional meaning of equality and freedom has gradually, in midst of disputes, converged to what we call “dialogic paradigm” of constitutional law. Thus, freedom of expression cannot be translated as an instrument for oppression, being, therefore, subject to limits, but not censured. As abuses may occur, sanctions may be applied. In sum, responsibility is the other inseparable face of free speech. Here, the contributions of thinkers like Michel Rosenfeld and Jürgen Habermas were central. Finally, note that a critical-methodological line was adopted.

Keywords: Freedom of Expression. Constitutional Identity. Responsibility.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 RACISMO, RAÇA E HISTÓRIA: O RISCO DA DESCONTEXTUALIZAÇÃO; 3 A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA TESTANDO SEUS LIMITES: O DESAFIO DA TOLERÂNCIA COM OS DISCURSOS *NÃO TOLERANTES*; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

“A questão que se coloca neste ‘habeas corpus’ é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão racismo [...]” (BRASIL, 2004), destacou o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, no paradigmático caso envolvendo a publicação de livros revisionistas, por parte de escritor e editor gaúcho, de alegada dimensão antissemita, livros estes que negam a existência do holocausto judaico durante a Segunda Grande Guerra. Partindo desta afirmação, o objeto do presente artigo será o de buscar a interpretação constitucionalmente adequada de *racismo*, sendo que tal abordagem implica tematizarmos os limites do próprio Estado Democrático de Direito, o que nos leva ao nosso problema, qual seja: até onde uma democracia constitucional pode ir sob pena de negar os seus próprios compromissos com a igualdade, a liberdade e o pluralismo?

Deste modo, partimos da assertiva de que, ao se pretender interpretar o conceito de *racismo* inserido em nosso texto constitucional (art.5º., inc. XLII) tão-somente com apelo à “vontade do legislador constituinte”, corre-se o risco de desconsiderar outros parâmetros de análise que o termo comporta. Para exemplificar, ao enfatizarmos que a Emenda Aditiva 2P00654-0, a qual deu origem ao supracitado dispositivo constitucional, é de autoria de constituintes afrodescendentes, podemos desconhecer, no mínimo, o fato de que a aprovação da mesma foi realizada por uma Assembleia Nacional Constituinte na qual estavam representadas as mais variadas

matizes étnicas, culturais e políticas de nossa sociedade, denotando as mais diferentes visões e experiências de vida.

Alia-se a isto o fato de que o estabelecimento de “pontos de contato” entre o que desejaram os constituintes e o contexto atual é uma tarefa por demais problemática, haja vista que passado e futuro são inacessíveis de modo direto, permanecendo sempre em aberto e passíveis de diversas e novas (re)leituras, o que nos leva a uma outra indagação sobre o tema: “Até que ponto se pode falar num fio condutor que liga a geração dos constituintes à geração do presente e às gerações futuras?” (OLIVEIRA, 2006, p. 46).

Ora, leituras por demais unidimensionais, as quais desconhecem outras variantes interpretativas, podem não visualizar que o sentido de qualquer conceito empregado pelo direito transcende “sua origem”, pois, não obstante o estudo do momento inaugural ser ponto importante em qualquer análise, não pode este momento, isoladamente, pretender fundamentar e configurar, inteiramente, as compreensões normativas do presente.

São pressupostos como estes que guiarão o nosso trajeto, pois a premissa que buscaremos explicitar é a de que a construção da nossa identidade constitucional é um fenômeno moldado pela linguagem, entendida em suas variadas formas de expressão, estando o fenômeno jurídico imerso em uma sociedade plural e diferenciada funcionalmente, por isso mesmo complexa, onde a polissemia é um enorme desafio aos operadores do direito.

Partindo do acima elencado é que tentaremos demonstrar que um enfoque constitucionalmente adequado do significado de racismo revela que o mesmo não é um dado ontológico, mas sim uma construção social, precisando tal conceito ser tematizado em cada caso concreto. Salientamos, além disso, que o Estado Democrático de Direito, moldado na Constituição de 1988, impõe justificarmos, consistente e coerentemente, em sua “melhor luz”, toda decisão jurídica.

Em outros termos, nossas análises terão como fundamento o Estado Democrático de Direito como configurado na Constituição de Outubro de 1988, dialógico, pluralista e aberto, sempre carente de uma síntese derradeira, espaço onde liberdade, igualdade e alteridade convivem em constitutiva tensão, potencializando e fomentando a crítica pública, em que qualquer limite às liberdades deve, simultaneamente, operar como condição de possibilidades dessas, ou seja, democracia

constitucional traduzida enquanto um árduo e complexo projeto histórico de busca de afirmação de direitos fundamentais e da autonomia dos cidadãos, em que qualquer unidade deve, como um imperativo, ser construída na diversidade.

Considerando o acima exposto, afirmamos, com fundamento em argumentos construídos por pensadores como Jürgen Habermas e Michel Rosenfeld, como nossa hipótese, que qualquer fronteira à liberdade de expressão, ainda que tida como uma exceção, constitui, como já posto, condição de possibilidade da própria democracia constitucional. Ou seja, tais fronteiras não são estabelecidas “ao gosto” de alguma autoridade qualificada, seja uma instituição ou alguma maioria moral, nem tampouco implicam espaços imunes nos quais imperem “soberanos da verdade”, mas são construídas discursiva e dialogicamente, havendo sempre a possibilidade de, nas situações concretas, sermos responsabilizados por nossas escolhas e condutas expressadas na esfera pública, o que marca a diferença entre censura e responsabilização.

Visando comprovar essa hipótese, empregamos uma linha crítico-metodológica, altamente problematizante, que permite pensar o Estado Democrático de Direito a partir das tensões e contradições presentes em um processo histórico-constitucional marcado por disputas, deslocamentos e ressignificação de direitos, recusando-se, assim, visões autossuficientes, unívocas, isto é, um trajeto investigativo do tipo interdisciplinar, buscando erigir um ponto de vista mais abrangente, não solipsista, assumindo o caráter geracional, relacional e intersubjetivo de qualquer ato de construção de conhecimento.

2 RACISMO, RAÇA E HISTÓRIA: O RISCO DA DESCONTEXTUALIZAÇÃO

O então Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *habeas corpus* em tela, anotou, em passagem de seu voto, que o:

[...] elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele

– converge para dar a ‘racismo’ o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra (BRASIL, 2004).

Salientando a relevância do tempo histórico, a assertiva do Ministro Moreira Alves nos lembra a gigantesca tarefa que é traduzir o dicionário conceitual que a história edifica. Todavia, entendemos que tal compreensão nos força a formular alguns apontamentos que permaneceram subjacentes ao raciocínio do Eminentíssimo Relator. O fato é que necessitamos pensar a Constituição enquanto um evento em construção, reflexo de tensas disputas, que nos “constitui” no decorrer de um arriscado e árduo processo histórico, em que esta Constituição “[...] transforma o ato fundador em um processo constituinte que tem continuidade e prosseguimento por meio de sucessivas gerações” (OLIVEIRA, 2006, p. 35).

Seguindo tal linha de raciocínio é que entendemos que todo sentido de uma expressão constitucional transcende o seu momento “fundador”, sem que, contudo, possamos descartar uma investigação do mesmo, haja vista que, sendo texto, isto é, “*comunicação diferida*”, abre-se a uma série de caminhos interpretativos que não podem ser compreendidos com a mera referência a uma suposta origem. O fato é que, na sociedade moderna, toda decisão, seja jurídica ou não, é contingente, isto é, uma escolha entre outras, não sendo mais possível planejar inteiramente o futuro, o qual, assim como o passado, é presente, sendo este futuro sempre incognoscível em todas as suas variáveis, revelando a existência não de “*um*”, mas de inúmeros futuros possíveis, realçando o gigantesco risco de temerárias simplificações e apresadas conclusões.

Daí podermos dizer, por exemplo, que a circunstância de que foram constituintes de ascendência negra que lutaram para tornar a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível não nos conduz a restringir o seu significado à citada “causa originária” de tal episódio, por mais representativo que esse possa ser. Do contrário, estaríamos negando o papel ativo das gerações posteriores de intérpretes constitucionais, confundindo “*una filiación con una explicación*” (BLOCH, 1957, p. 30), e também desconhecendo a clássica colocação de Thomas Paine, lembrada por Hannah Arendt, de que seria uma grande vaidade “*querer gobernar o mundo além tímulo*” (PAINE *apud* ARENDT, 1988, p. 186).

Assim, e adotando concepções de análise histórica desenvolvidas a partir da denominada *Escola dos Annales*¹, não há como vincularmos o significado de racismo a um exclusivo *fato gerador*, pois o sentido do referido conceito tem de ser construído, intersubjetiva e criticamente, em fontes mais amplas, não se rendendo à força da “autoria do documento”.

Com fundamento nestes argumentos introdutórios, entendemos refutáveis interpretações que buscam determinar a amplitude normativa de racismo em razão de sua “marca” constituinte, já que as mesmas não logram perceber a trajetória, tensa e conflituosa, de permanente deslocamento e reconstrução do alcance do significado deste mesmo *racismo*, desconhecendo que é impossível explicitar *toda* a linguagem através da própria linguagem, não sendo possível *escrevermos* tudo. Ou seja, as palavras, como na situação em exame, escondem muito mais do que podemos imaginar.

Ressaltamos, portanto, a partir da junção de um enfoque linguístico e histórico, que só diante das singularidades e pretensões levantadas nos casos concretos é que podemos determinar o sentido e alcance normativo do que seja racismo, o que implica vermos qualquer decisão, como, por exemplo, a realizada pela Assembleia Nacional Constituinte ao assentar os dizeres do artigo 5º, inciso XLII, em sua intrínseca finitude.

Diante de tal quadro de análise, demonstra-se a extrema contemporaneidade da advertência de *Marc Bloch* (1957, p. 38), de que *“la incomprensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado. Pero no es, quizás, menos vano esforzarse por comprender el pasado si no se sabe nada del presente”*.

Em outras palavras, há uma necessidade sempre presente de contextualizarmos o debate, já que constatamos que a disposição constitucional acerca do racismo, assim como qualquer norma, não regula, completamente, as suas próprias

1 Tal corrente têm como pensadores centrais, entre outros: Marc Bloch, Lucien Febvre, Fernand Braudel e Jacques Le Goff. A “Escola” dos Annales, que não pode ser tida como um bloco único de pensamento, sendo, talvez sua orientação, e seus posteriores desenvolvimentos, propõe ampliarmos, através do recurso ao diálogo interdisciplinar, o espectro de compreensão histórica, visualizando esta como um movimento, adotando uma perspectiva altamente problematizadora, realçando, por exemplo, que é “preciso construir uma história do político que seja uma história do poder sob todos os seus aspectos, nem todos políticos, uma história que inclua notadamente o simbólico e o imaginário” (LE GOFF, 2001, p. 8). Cf.: (PINTO, 2002, p. 117-151).

condições fáticas de aplicação, já que os contextos, as *temporalidades*, doam sentido à referida disposição constitucional, sentido este que pode se alterar de acordo com a especificidade concreta. Isto é, a dimensão de experiência histórica também se faz presente no momento de concretização jurídica, pois os legisladores constituintes, como seres humanos, possuíam uma racionalidade limitada, um entendimento do mundo datado, não sendo capazes de, abstratamente e *a priori*, prever, planejar e controlar, completamente, todas as pretensões, legítimas ou abusivas, à direito, a serem elaboradas e apresentadas em contextos sociais futuros.

Assim, posicionamentos que assumam uma perspectiva de que o sentido da norma é *dado*, necessitando ser apenas descoberto através da averiguação de uma suposta intenção e vontade do legislador devem ser criticados, pois temos consciência do condicionamento temporal e histórico da razão, isto é, por mais que desejemos, nunca conseguiremos saber, plenamente, a vontade daqueles constituintes que elaboraram, votaram e aprovaram o dispositivo constitucional em análise.

Em suma, negando interpretações constitucionais que poderiam ser denominadas de *originalistas*², podemos dizer que o significado de qualquer texto legal ultrapassa e transcende o sentido literal do mesmo, bem como a intenção daqueles que o criaram, estando aberto a disputas geracionais.

A questão, nesta perspectiva, de como interpretar os dizeres constitucionais, não é simplesmente referirmos a um suposto passado original, em um “singo” exercício de rememoração, já que assim o “*nós*”, o “*agora*”, estariam sempre subordinados ao “*eles*”, ao “*então*”, impossibilitando a existência de uma essencial “autolegilação”, ressaltando o fato de que não devemos perder de foco o sentido de contemporaneidade e de simultânea abertura a um “futuro-presente” que um texto constitucional deve possuir, em que o ato fundador não pode se restringir, sob pena

2 ‘Originalistas’, grosso modo, como os representantes, no cenário estadunidense, da corrente interpretativa que acaba identificando o sentido de Constituição a partir de uma suposta “intenção original”, ainda que relativizada, dos chamados pais fundadores, o que conduz, por exemplo, que os seus defensores afirmem que os juízes da Suprema Corte não teriam autoridade constitucional para invalidar, nas situações concretas de aplicação, disposições normativas oriundas dos processos legislativos, pois estes refletem a concepção, pensada “originalmente”, de uma democracia representativa da maioria. Ou seja, como anota Robert Bork: “Na medida em que os juízes forem persuadidos da filosofia **não originalista**, estarão usurpando autoridade que pertence, apropriadamente, ao povo e a seus representantes eleitos” (BORK, 1990, p. 7, grifo nosso). Ver, também, entre outros Torres (2005, p. 158-162).

de fracassar no seu intento de “constituir”, isto é, Constituição enquanto projeto permanentemente inconcluso, entre tensões e deslocamentos, em que a democracia constitucional emerge, ao mesmo tempo, como limite e condição de possibilidade de seu próprio operar.

Em termos outros, enfatiza-se que: “O futuro apresenta-se aberto a um sem-fim de possibilidades, radicalmente diferente do passado. O presente é vivido como um ponto de inflexão instantâneo entre passado e futuro, como atualidade momentânea” (ALEJANDRO NAVAS apud PINTO, 2002, p. 252).

Assim, como já destacado anteriormente, tomar o contexto em consideração não importa em menosprezarmos a relevância de pesquisarmos as “origens” da norma constitucional sobre a repressão da prática do racismo, mas sim que devemos apreender o tema em toda a sua complexidade, pois como salientado por Gadamer (1999, p. 485):

[...] o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude de um ato legislativo. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhes ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei.

Tais aspectos somente colaboram para demonstrar que qualquer sentido projetado sobre o conceito de racismo é uma (re)construção contínua, em que se inserem, como já ressaltado, *passados, presentes e futuros abertos*, pois o significado do “texto” racismo é traduzido em situações que se alteram no espaço e no tempo, sendo determinado na confluência entre a pretensa posição originária e a condição ilimitada de contextos possíveis.

A profundidade da questão aqui trabalhada realça-se ainda mais quando tomamos em consideração as pré-compreensões sempre existentes em qualquer

leitura que fazemos de ‘textos’ (GADAMER, p. 1999), pré-compreensões estas que moldam o nosso olhar, nossos mundos da vida³, inevitáveis, mas não sendo, em si mesmas, negativas ou ilegítimas, sendo configuradoras de todo ato de conhecer, as quais reforçam a percepção da consciência histórica, do processo também histórico de aprendizagem, das tradições subjacentes a qualquer busca de determinação dos sentidos de conceitos *para nós*, impondo-nos, assim, a exigência de procurarmos uma atitude reflexiva, não naturalizada, ingênua, perante os significados que o fenômeno histórico-conceitual comporta (GADAMER, 1999, p. 416-465).

“Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o ‘verdadeiro’ significado que se encontra escondido”. (GADAMER, 1998, p. 19).

Desconfiando do que denominaríamos de uma lógica predominantemente positivista, na qual a literalidade dos textos, a vontade do legislador, ainda têm um enorme peso, revelando a crença em uma concepção objetivista de ciência⁴, desconhecendo a referida autoimplicação cognitiva de qualquer explicação, como se fosse possível um empreendimento epistemológico de validade atemporal, neutro e descompromissado, que procure edificar representações sobre o mundo, é que explicitamos o enorme risco de interpretações descontextualizadas.

Exemplificativamente, podemos nos perguntar, a partir do fato de que, no caso concreto em análise, pensadores e religiosos judeus negaram o conceito “biológico de raça”, se estes estariam, com tal postura, afirmando que não poderiam ser vítimas de atos racistas ou, em verdade, procuravam realçar que discursos que se fundamentem em premissas biológicas desvelam, ainda que nas entrelinhas, um vocabulário discriminador, estereotipado, no caso, antissemita, demonstrando que a tradição de se analisar o conceito de racismo, somente com base em *teses*

3 Mundo da vida significando aquele conjunto de pré-compreensões comuns, não problematizadas ou tematizadas, que consubstanciam o nosso pano de fundo compartilhado de significados/sentidos naturalizados, o qual possibilita que os integrantes de sociedades estruturadas linguisticamente se compreendam mutuamente. Ver, nesse sentido Habermas (1989).

4 Faz-se necessário desconfiarmos de métodos que, no que se refere ao direito, desconhecem a circunstância de que não há cidadãos “universais e abstratos”. Isto é, as denominadas normas gerais, sem dúvida alguma uma “aquisição evolutiva”, inauguram o problema moderno do direito, qual seja, a dimensão de sua aplicação.

biologizantes, deve ser problematizada, não sendo aceita como se natural fosse, iluminando o fato de que o racismo, enquanto discriminação pejorativa, surge na esteira do moderno pensamento racial de cunho biológico.

Como lembra a já citada Hannah Arendt (1989, p. 215):

a raça foi uma tentativa de explicar a existência de seres humanos que ficavam à margem da compreensão dos europeus, e cujas formas e feições de tal forma assustavam e humilhavam os homens brancos, imigrantes ou conquistadores, que eles não desejavam mais pertencer à mesma comum espécie humana.

Em outras palavras, partindo desta linha argumentativa é que perguntamos: admitir a circunstância de que não há “raças humanas”, não sendo, conseqüentemente, os judeus uma “raça”, importaria em assumirmos a hipótese de que o crime de racismo, inserido em nosso texto maior por constituintes negros, só poderia ser praticado contra a comunidade afrodescendente? E as demais discriminações existentes em nossa sociedade, como poderiam ser qualificadas e combatidas?

Questionamentos como os do parágrafo acima são passíveis de serem enfrentados a partir de posições modeladas pelo constitucionalismo⁵, bastando, por exemplo, recuperarmos as disposições contidas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas (PORTAL..., 1965), sendo ratificada pelo Brasil no ano de 1968, a qual pretende combater a discriminação racial em todas as suas manifestações, responsabilizando doutrinas e práticas identificadas como excludentes e racistas. O lembrado documento internacional informa, em sua parte introdutória, que “[...] a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum”.

5 Constitucionalismo que, em último termo, se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível da organização de sua sociedade complexa a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: a crença que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, co-autores das leis que regem o nosso viver em comum” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 12)

Nesta linha, o artigo 1º da citada Convenção dispõe que:

[...] a expressão ‘discriminação racial’ significará **toda** distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, **descendência** ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (PORTAL..., 1965, grifo nosso).

Logo, discriminação racial e racismo abarcam, sem dúvida, a denominada *negrofobia*, mas não se resumem a tal faceta, pois, *xenofobia*, *homofobia*, a atual *islamofobia* e o *antisemitismo* configurariam, dentre outras, as inúmeras dimensões que as práticas racistas têm apresentado no desenrolar do tempo histórico, já que o que marca referidas práticas é a radical e extrema aversão ao “outro”, ao diverso e sua alteridade.

Em suma, podemos dizer, que “a raça é, do ponto de vista político, não o começo da humanidade mas o seu fim, não a origem dos povos mas o seu declínio, não o nascimento natural do homem mas a sua morte antinatural” (ARENDDT, 1989, p. 187).

Deste modo, os trechos de obras e conferências de pensadores judeus citados durante os debates no Supremo Tribunal Federal, ao invés de consubstanciarem a inexistência de racismo, posto que negam que os judeus sejam uma raça, somente reforçam a tese de que o alcance e o sentido de racismo têm de ser procurados em gramáticas sociais, alicerçadas e compartilhadas historicamente, que são simbolicamente orientadas por estigmatizações discriminatórias, as quais buscam comprovar, “cientificamente”, uma pretensa inferioridade/superioridade de certos grupos humanos sobre os demais, já que são essas mesmas gramáticas que possibilitarão verificarmos que *racismo* é muito mais uma construção do que uma “ontologia biológica” pronta a ser descoberta, revelada, reforçando o argumento de que somente a análise das pretensões argumentativas levantadas nas situações concretas de aplicação é que poderá permitir a aferição da existência ou não de práticas racistas.

Na companhia de Derrida (1992, p. 149), destacaríamos que:

cada caso es otro, cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar de una manera segura, entonces el juez sería una máquina de calcular – lo que a veces sucede –, y entonces no se diría que es justo, libre y responsable.

Esta linha argumentativa torna-se mais clara com o auxílio de algumas teses defendidas pelo pensador alemão Klaus Günther (2000, p. 87), pois o mesmo parte da constatação de que inexistem normas *perfeitas*, já que para tanto seria necessário um legislador que possuísse conhecimento e tempo ilimitados para prever todas as interpretações possíveis de uma norma diante das eventuais e contingenciais situações fáticas, afirmando que a justificação de uma norma é distinta de sua aplicação, pois esta última depende do caso concreto, não sendo possível se falar em interpretação de uma norma sem a consideração da situação de aplicação particular, bem como da relação desta norma com as demais, a fim de se saber qual delas é *adequada* a reger o caso concreto, isto é, só na situação fática de aplicação o sentido da norma se torna “visível”.

Para sintetizar as ideias elaboradas por Günther (1993), podemos dizer que o discurso de justificação seria a formação discursiva de normas válidas, o que se daria pelo processo legislativo democrático, ou seja, pela imparcialidade na elaboração das normas, já o discurso de aplicação estaria voltado para a garantia da imparcialidade na aplicação das normas, imparcialidade esta que somente seria obtida, ainda que em potência, se “todas” as características do caso concreto fossem consideradas, para que, através da interpretação, fosse encontrada no ordenamento jurídico uma norma adequada à situação fática em questão.

Essa dependência da situação de aplicação revela que não é possível definir, *a priori*, todas as interpretações possíveis de uma norma, já que não se pode determinar, exclusivamente com os *olhos para o passado*, quais sentidos serão atribuídos a uma norma, pois qualquer interpretação depende do contexto atual, haja vista que a adequabilidade advirá desse confronto entre normas válidas aplicáveis *prima facie*.

Se toda norma válida requer um complemento coerente com todas as outras normas que podem ser aplicadas *prima facie* à situação, então o significado da norma está se alterando em cada

uma das situações. Desta maneira, dependemos da história, cada momento que encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alterar nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas (GÜNTHER, 2000, p. 97).

Essa *história* da qual dependemos pode ser entendida como os *distintos paradigmas* que formam a nossa visão do mundo, que influenciam a escolha de quais normas entendemos como válidas e quais interpretações daremos às mesmas quando do discurso de aplicação, pois os paradigmas são horizontes de sentidos compartilhados que nos norteiam na tomada de decisões; assim, o julgador não atua de maneira isolada, pois ao empregar compreensões paradigmáticas, ele está assumindo que faz parte de um projeto comum, sendo que sua própria decisão reflete esta compreensão compartilhada com seus iguais (DWORKIN, 1999).

Em suma, o constitucionalismo ilumina o fato de que o *'outro'*, não obstante suas existenciais diferenças, seja normativamente reconhecido com igual liberdade, fazendo parte de um projeto compartilhável de mundo, sendo, desta maneira, responsável pela definição das normas que regularão sua convivência em conjunto. A questão que surge então é o que possibilitaria essa solidariedade entre estranhos, já que sempre está presente a possibilidade dos indivíduos agirem voltados para satisfação de seus próprios interesses. O direito moderno surge, neste ponto, como um mecanismo apto a gerar a integração social, na medida em que garante não somente as liberdades subjetivas (autonomia privada), mas também liberdades comunicativas (autonomia pública), apreendendo e aprendendo, de modo crítico e reflexivo, a nossa história constitucional (OLIVEIRA, 2012, p. 57-84).

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto (CARVALHO NETTO, 2000, p. 482).

Tendo como pano de fundo tais pressupostos teóricos, além dos demais argumentos antes trabalhados, é que verificamos que, diante do caso concreto, algumas das pretensões defendidas no processo e julgamento do *Habeas Corpus* em tela, as quais argumentavam que não haveria ocorrido prática de racismo, pois os judeus não seriam “raça” e que o citado artigo constitucional que dispõe sobre a matéria seria aplicável, em princípio, só aos afrodescendentes (segregação racista derivada apenas da cor), haja vista que o mesmo, na Constituinte, havia sido proposto por deputados negros, revelam-se constitucionalmente inadequadas. Assim, entendemos que tais pretensões não são aptas a reger a situação em análise perante o paradigma de Estado Democrático de Direito configurado pela Constituição de 1988, já que o mesmo pressupõe a busca pela interação *entre o eu e o outro*, em que este último não é um simples *alter-ego*, dado a partir de um *eu* que a todas diferenças pretende negar, mas aquele que, por se comunicar ativamente, é também capaz de possuir diversas e críticas visões de mundo, construindo uma *igualdade na diferença*.

Destaque-se que, no entendimento de Marcelo Cattoni, ao refletir sobre as pretensões levantadas pelas partes presentes nos debates sobre o HC 82.424-RS, a situação não versava nem mesmo sobre um suposto “revisonismo histórico”, mas sim, sobre a “[...] atribuição intolerante, estigmatizada, a todo um povo, de uma pretensa natureza corrupta e má, portanto indigna, a ser denunciada e combatida. Tratava-se, assim, de crime de racismo e não do exercício regular do direito de liberdade de expressão [...]” (OLIVEIRA, 2007, p. 120).

Neste mesmo tom, realizando um pequeno parêntesis, podemos recuperar, por exemplo, a legislação francesa denominada Lei Gayssot (Lei nº 90-615/1990), a qual dispõe ser um ilícito penal a negação de eventos que conformem crimes contra a humanidade, não se restringindo apenas ao holocausto judaico, procurando restringir a difusão e a propaganda subliminar de concepções racistas de mundo, isto é, tal normativa tipifica o “delito de contestação dos crimes contra a humanidade, visando combater e reprimir atos racistas, antissemitas ou de xenofobia”.⁶

Deste modo, em outras palavras, assertivas como as acima expostas, vão além de qualquer pretensão sentido biológico de raça ou de uma revisão da história, pois

6 Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe avec en particulier, création du délit de contestation de crime contre l’humanité (FRANÇA, 1990, tradução nossa).

tomam a sério, problematizando, tanto as posições dos legisladores constituintes, quanto as especificidades do caso concreto, construindo um sentido de racismo que abarca qualquer forma negativa de ação discriminatória, assumindo que a base de uma democracia constitucional é a incessante procura de integração dialógica, não de segregação e silenciamento. Percebe-se, então, que uma “interpretação estrita” dos dizeres da Constituição **pode** conduzir a “uma concepção estreita dos direitos constitucionais, porque restringe tais direitos aos reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história” (DWORKIN, 2002, p. 210-211), realçando a lição exposta por Menelick de Carvalho Netto (2003, p. 154) de que:

somente reconhecendo os outros como iguais, como pessoas iguais a mim, posso reconhecer a mim mesmo como sujeito de um processo de vida individual que só se dá na interação complexa da vida coletiva e aprender com esse processo, tornando-me sujeito portador de uma identidade própria. Como carência, a incompletude do sujeito constitucional, tal como ocorre conosco no nível individual, só pode ser superada no âmbito de uma comunidade de cidadãos que se assume como um projeto inclusivo, em que essa carência seja transformada na disponibilidade para aprender com as próprias vivências e na abertura para sempre novas inclusões.

Desta sorte, a nossa tarefa na segunda parte desse artigo será centrada em torno de algumas questões que gravitaram em torno da temática apresentada no pedido do *Habeas Corpus* em tela, as quais versarão sobre a conformação da nossa identidade constitucional⁷ no tempo histórico, trabalhando a mesma a partir dos

7 Diga-se que a noção de identidade constitucional, por nós assumida, advém da obra de Michel Rosenfeld, na qual, a partir de insights da teoria psicanalítica e da teoria discursiva da linguagem, o autor procura analisar as tensões, historicamente verificáveis, entre democracia constitucional, liberdade e igualdade, em que a “identidade constitucional”, tida como constitutivamente incompleta, marcada por uma insuperável abertura normativa, revela ser “[...] tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos” (ROSENFELD, 2003, p. 17). Isto é, como o mesmo Rosenfeld realça, “um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente

tenhos limites de compreensão do que seja liberdade e igualdade em uma *inclusão pluralista*. Isto é, qual o grau de tolerância que uma democracia deve possuir com aquelas pretensões que significam a sua própria destruição, os denominados discursos intolerantes ou “*hate speeches*”⁸

Para ficarmos na brevidade de uma fórmula, podemos resumir tais indagações em uma única pergunta: como se dá o processo de construção da identidade do nosso sujeito constitucional em um ambiente de crescente complexidade, onde confrontam-se inculcáveis sentidos de mundo?

3 A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA TESTANDO SEUS LIMITES: O DESAFIO DA TOLERÂNCIA COM OS DISCURSOS *NÃO TOLERANTES*⁹

Michel Rosenfeld (2003), constitucionalista norte-americano, autor de um ensaio intitulado “A Identidade do Sujeito Constitucional”, desenvolve a noção de que este sujeito constitucional é incompleto, mais ausência do que presença. O referido pensador parte do pressuposto de que, na modernidade, o chamado *eu constitucional* não pode ser definido sem levar em conta o *outro*, os diversos modos de vida e de pensar de uma sociedade cada vez mais heterogênea e complexa.

Nesse sentido, Rosenfeld (2003, p. 29-30), ao trabalhar as indagações concernentes à identidade do sujeito constitucional e sua inerente incompletude, afirma:

Da perspectiva do constitucionalismo moderno, a ordem política pré-moderna podia evitar, sobretudo, a obsessão com a oposição entre o “eu” e o “outro” à medida que ela era capaz de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, a ética e

porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe” (ROSENFELD, 2003, p. 18).

8 “Hate speech – that is, speech designed to promote hatred on the basis of race, religion, ethnicity or national origin – poses vexing and complex problems for contemporary constitutional rights to freedom of expression” (ROSENFELD, 2001, p. 2). Ou seja, hate speeches como discursos radicalmente ofensivos, que visam segregar e excluir certos grupos sociais em virtude, por exemplo, de sua cor, nacionalidade, religião ou orientação sexual.

9 “How tolerantly may a democracy treat the enemies of democracy?” (HABÉRMAS, 2004, p. 8).

as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos. O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o eu (self) e o outro como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente.

Na verdade, o desenvolvimento da análise do sujeito constitucional realizado por Rosenfeld nada mais expõe do que o risco da sociedade contemporânea, na qual a normatividade constitucional é contínua possibilidade de (re)construção, isto é, reconhece-se a incompletude do projeto democrático de sociedade, enfatizando-se o pluralismo de formas de vida existentes e a impossibilidade de encontrarmos um referencial inquestionável quanto ao futuro, em síntese, devemos não ocultar, mas sim lidar com o risco, admitindo que o mesmo seja permanente, já que constitutivo.

Assim, entendemos, com o mesmo Rosenfeld, que é a partir dessa inerente incompletude que o sujeito constitucional desvela em um paradigma moldado pelos ideais do constitucionalismo democrático, que o risco e a dimensão da relação *eu/ outro* pode ser melhor equacionada, já que esta mesma incompletude possibilita um reentrar contínuo da diferença e da complexidade, não negando todas as tensões que perpassam a construção dessa identidade constitucional em um Estado Democrático de Direito de fundamento pluralista. Isto é, o *outro* não pode mais ser visto como limite ao *eu*, ao seu agir, mas sim como pressuposto para qualquer construção de identidade.

Deste modo, podemos escrever, com Michel Rosenfeld (2003, p. 21), que:

O constitucionalismo não faz muito sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo [...] seria supérfluo.

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito constrói-se em abertura, fluído, já que sempre passível de ser questionado e revisto, denotando que a precariedade e a impossibilidade de concretização radical é a marca primeira das atuais democracias constitucionais, pois o contrário seria negarmos e, mais uma

vez, ocultarmos, todas as tensões constitutivas que habitam uma modernidade que nos mostra, cotidianamente, a circunstância de que a pluralidade é a condição primeira do *ser* do humano.

É com fundamento em teses, como as acima expostas, que devemos formular um questionamento, qual seja: como essa identidade constitucional aberta e incompleta, passível de recorrentes releituras e redefinições, não imune a bruscos tropeços e dolorosos retrocessos, interage com posições radicalmente intolerantes, as quais negam qualquer possibilidade de diálogo e abertura ao ‘outro’, à ‘alteridade’?

Esta indagação impõe a tematização das consequências que podem advir, para a própria democracia constitucional, do denominado “paradoxo da tolerância”, isto é, da pretensão de sermos tolerantes com os não tolerantes (POPPER, 1959; MARCUSE, 1965), o qual pode desvelar muitos dos riscos apresentados por posições descontextualizadas e pretensamente neutras diante dos desafios levantados por discursos extremistas, fundamentalistas.

Ressaltar tais preocupações não significa desconhecermos a falibilidade operacional do direito e os consequentes limites da força vinculante de suas decisões, haja vista que, por ser o mesmo direito criação humana, não pode pretender criar um conhecimento absoluto, derradeiro, um saber perfeito e acabado, não conseguindo a tudo prever e solucionar.

Ao contrário, ao destacarmos a sempre possibilidade de revisarmos as decisões tomadas “antes”, assumimos que os cidadãos, em cada geração (ACKERMAN, 1993), devem ser responsabilizados por seus atos e decisões, por suas falas, já que, em um Estado Democrático de Direito, nenhuma instância, grupo ou setor da sociedade é proprietário máximo e indubitável de uma suposta consciência nacional ou da identidade constitucional, já que se assim agíssemos, desconsideraríamos o princípio segundo o qual, em uma democracia constitucional, todos os cidadãos, ainda que potencialmente, são **guardiões** da ordem constitucional, pois todos são destinatários da mesma, em uma demonstração de que a cidadania não precisa de tutores, fazendo-nos lembrar mais uma vez de Habermas (1997, v. 1, p. 347), quando este afirma que o tribunal constitucional “não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade”.

Aliado a tal raciocínio, entendemos que casos, como o aqui estudado, reforçam o papel essencial que a esfera pública de debate, compreendida essa como “uma

estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 92), possui nas democracias constitucionais, já que a necessária abertura do sujeito constitucional, regido por um discurso intersubjetivo, norteador-se por uma disposição de dialogar, aceitando o fato de que criar problemas também faz parte da solução, pois não existem interesses e visões de mundo que sejam compartilhados idealmente por todos, impõe a necessidade de discutirmos, de modo o mais transparente possível, questões cruciais para as nossas complexas sociedades, incluindo o próprio limite da democracia constitucional.

Todavia, pensamos que, em situações limites, como as que ocorrem em discursos de ódio e radical discriminação, nas quais um dos lados não reconhece, em nenhum momento, o *‘outro’* como reciprocamente igual, como portador dos mesmos direitos e deveres, negando qualquer possibilidade responsável de entendimento, de *“pensar em conjunto”*, voltando-se contra os próprios pressupostos universalizáveis do princípio democrático, em que as discussões, publicamente desenvolvidas, não podem ser respondidas desde a perspectiva do *“nós”*, mas tão-somente da primeira pessoa do singular (HABERMAS, 1998, p. 52-56), há, ainda que não desejável, necessidade de uma democrática regulação normativa dos citados *“hate speeches”*.

Como lembrado por Rosenfeld (2001, p. 63, grifo nosso):

[...] as hate speech can now almost instantaneously spread throughout the world, and as nations become increasingly socially, ethnically, religiously and culturally diverse, the need for regulation becomes ever more urgent. In view of these important changes the state can no longer justify commitment to neutrality, but must embrace pluralism, guarantee autonomy and dignity, and strive for maintenance of a minimum of mutual respect. Commitment to these values requires states to conduct an active struggle against hate speech, while at the same time paving the way to avoiding most of the pitfalls likely to be encountered in the course of that struggle. **It would of course be preferable if hate could be defeated by reason. But since unfortunately that has failed all too often, there seems no alternative but to combat hate speech through regulation in order to secure a minimum of civility.**

Raciocínios como os acima desenvolvidos não negam a permanente incompletude da identidade de nosso sujeito constitucional, nem conduz os Tribunais Constitucionais a assumirem um papel de “pai de uma sociedade órfã” ou de protetores de uma suposta “*ordem suprapositiva de valores*”, já que esta identidade constitucional absorve, ainda que implicitamente, características que marcam as modernas constituições democráticas, que é a de serem, simultaneamente, abertas e limitadoras, tradicionais e antitradicionais, coercitivas e de potencial emancipador, em uma constitutiva e inseparável tensão¹⁰.

Nesta linha, o “paradoxo da tolerância” é passível de ser trabalhado democraticamente, pois não nega o pluralismo nem a diversidade presente em nossas sociedades, mas também não assume uma postura passiva e acrítica diante das pretensões normativas levantadas publicamente, as quais exigem, por sua vez, maior problematização e contextualização, visando aferir se as mesmas pretensões podem ser legitimadas discursivamente ou se, em realidade, conformam abusos a direitos, em que segregação e exclusão podem estar, por exemplo, nas entrelinhas de debates sobre questões científicas, históricas e até mesmos a respeito da efetivação de direitos fundamentais¹¹.

Daí Habermas (2001, p. 162-163) salientar que:

Independentemente do pano de fundo cultural, todos os participantes justamente sabem intuitivamente muito bem que um consenso baseado na convicção não pode se concretizar enquanto não existirem relações simétricas entre os participantes da comunicação – relações de reconhecimento mútuo, de

10 Conferir: Maus (2000), também: Rosenfeld (2003, p. 81-107) e Repolês (2001, p. 12-30).

11 “Contemporary hate speech cannot be confined, however, to racist insults. Precisely because of the strong post-Holocaust constraints against raw public expressions of racial hatred, present day racists often feel compelled to couch their racist message in more subtle ways. For example, anti-Semites may engage in Holocaust denial or minimizing under the guise of weighing in on an ongoing historians’ debate. Or, they may attack Zionism in order to blur the boundaries between what might qualify as a genuine debate concerning political ideology and what is pure and simple anti-Semitism. Similarly, American racists have on occasion resorted to what appears to be a scientific debate or invoked certain statistics – such as those indicating that proportionately blacks commit more crimes than whites – to promote their prejudices under the disguise of formulating political positions informed by scientific fact or theory” (ROSENFELD, 2001, p. 5-6).

transposição recíproca das perspectivas, de disposição esperada de ambos para observar a própria tradição também com o olhar de um estrangeiro, de aprender um com o outro etc.

Verifica-se que, não obstante a democracia constitucional se pautar, como condição de possibilidade, por uma abertura tolerante com as mais variadas formas de vida, tal tolerância também implica o reconhecimento reflexivo, da dignidade do “diferente” como igual, sendo essa uma premissa para o diálogo, denotando que discursos que negam qualquer forma de argumentação pública, pretendendo impor **uma única** visão de mundo, em uma rejeição estereotipada do ‘*outro*’, podem ser traduzidos a partir de um limite normativo ao pluralismo, o qual se fundamentaria na própria incompletude do projeto democrático e constitucional, não significando, assim, na assunção de uma “via de mão única” no que se refere à construção de sua identidade (HABERMAS, 2003b, p. 20-21).

Aqui, mais uma vez, o pensamento de Habermas (2004) se mostra central, pois o mesmo, ao tratar do tema da tolerância religiosa, escreve que não se deve pedir que um “racista” seja tolerante, mas que o mesmo supere o seu “racismo”, revelando que os padrões universalizáveis de igualdade e liberdade, que uma cidadania democraticamente compartilhada determina, devem ser, primordialmente, aceitos, como uma espécie de “acordo normativo”¹², por todos os potenciais membros de uma comunidade política, pois somente assim poderemos discutir a própria problemática da tolerância e da garantia da liberdade de expressão em sociedades continuamente mais plurais e crescentemente mais complexas, isto é, “tolerance only begins where discrimination ends” (HABERMAS, 2004, p. 11).

Ora, não é possível visualizarmos essa procura de um entendimento inter-subjetivo, em que o próprio entendimento pode ser sempre superado por novas críticas, naquilo que denominaríamos de “competência comunicativa”, em *fálas* que se revelam guiadas por posições de cunho discriminatório altamente radical. Isto é, discursos que só fazem negar o ‘*outro*’, a alteridade, procurando conformar um

12 “If someone rejects people with black skin, we should not call on him to show ‘toleration towards those of a different appearance’ because that would be to accept his prejudice [...]. **A racist should not be tolerant, he should overcome his racism**” (FORST apud HABERMAS, 2003b, p. 3, grifo nosso). Ver também: Habermas (2004, p. 6- 11).

mundo de *mesmos*, no qual a singularidade advém do ato de *silenciar e invisibilizar*, não admitem ser discursivamente legitimados, não porque algum valor moral ou visão de mundo superior lhes negue tal legitimação, mas sim por rejeitarem o diálogo e a igualdade na diversidade, por rejeitarem a própria abertura constitucional do projeto democrático de sociedade.

Nessa linha, pode-se dizer que a garantia à liberdade de expressão, por exemplo, quando do julgamento do *HC 82.424*, admite restrições, já que a mesma, a partir de uma interpretação constitucionalmente adequada, configurada a partir de posições não excludentes, não pode ser compreendida como se fosse meio para pretensões ilegítimas a direito, haja vista que liberdade de expressão, sob a melhor luz, não é apenas uma garantia formal de “*expressão*”, mas, potencialmente, um fomento à “*comunicação*”, devendo ser concebida dialogicamente, ou seja, não há liberdade de expressão para ofender e humilhar (WEST, 1994, p. 245-252).

Comunicar implica, nesta linha, refrearmos as tentativas, ainda que dissimuladas, de imposição de ‘*nostros*’ projetos de vida, pois o moderno constitucionalismo pretende que também o ‘*outro*’ tenha garantido o direito de assumir pública e livremente suas concepções, crenças e escolhas, sem ser eliminado ou silenciado, pois não há como validarmos discursivamente um ponto de vista absolutizador e homogeneizante, já que assim estaríamos desconhecendo a “*unidade plural*” que é o fenômeno humano.

Denota-se, reforçando-se a compreensão, já explicitada em passagens anteriormente desenvolvidas, que a liberdade constitucional: “[...] encontra-se sempre necessariamente sujeita a certos limites, e esses limites são essencialmente de dois tipos: limites estruturais inerentes ao constitucionalismo e à ordem constitucional, e limites derivados da herança sociocultural da comunidade política” (ROSENFELD, 2003, p. 97).

A perspectiva constitucional aqui vislumbrada não procura negar os riscos inafastáveis que uma identidade constitucional democrática desvela, riscos esses presentes em quaisquer decisões produzidas em nossas pluralistas sociedades (GIORGI, 1995), mas busca incorporar, principalmente, o necessário reconhecimento ao ‘*outro*’ e sua singularidade, haja vista que “*a pluralistic society based on a democratic constitution guarantees cultural differentiation only under the condition of political integration*” (HABERMAS, 2003a, p. 10).

Nessa visão habermasiana, os atores sociais, ainda que potencialmente, participam lidando com as mais variadas situações e perspectivas, em maior igualdade de oportunidades e acesso, em práticas comunicativas cotidianas de convivência, em um ambiente de integração construído intersubjetivamente, voltado para alcançar um respeito mútuo, que é a promessa maior do constitucionalismo, haja vista que a mesma se fundamenta em um reconhecimento reflexivo e na admissão da existência de divergentes e conflituosas visão de mundo, em uma dimensão configurada por uma, ousaríamos colocar, espécie de “tolerância ativa”.

Vemos, assim, que os questionamentos colocados por discursos extremistas, intolerantes, modelados por uma total negação das diferenças, os quais incitam ódio, humilhação e violência, mesmo que construídos sob a aparência de “neutros” livros de história, ou de “teorias científicas”, levam a democracia constitucional a operar em situações limítrofes, encarando suas próprias contradições, já que a mesma jamais terá um parâmetro definitivo, além do alcance de críticas, diante de duas indagações que o assunto comporta: *“to remain tolerant, must a society be consistently tolerant toward all? Or must it, to protect itself, be intolerant of the intolerant?”* (ROSENFELD, 1998, p. 183).

Sabedores que, na modernidade, não mais existem métodos que eliminem, definitivamente, sem qualquer risco secundário, os problemas postos por essa mesma modernidade, faz-nos pensar se uma saída plausível para problemas resultantes do desafio da “tolerância democrática com discursos *não tolerantes*”, não seria aquela de demonstrar que é preciso, quando da aplicação da norma ao caso concreto, e suas particularidades, levar em conta, ainda que como condição contrafactual de possibilidade, “todos” os argumentos expostos por “todos” aqueles que poderão ser atingidos pelas decisões, suas narrativas e responsabilidades, pois, como já reiteradamente exposto, “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação” (GADAMER, 1999, p. 489). Isto é, uma espécie de concretização argumentativa do direito à unicidade da situação específica¹³ e, conseqüentemente, para fixação dos significados/sentidos dos conceitos, no caso em

13 “A reconstrução do caso concreto, argumentativamente realizada através e nos limites do processo jurisdicional, deve ser tomada como parte integrante do próprio processo de reconstrução ou determinação da norma a aplicar” (OLIVEIRA, 2001, p. 59).

tela, do que seja *racismo*, em um determinado contexto histórico que transcende o tempo cronológico.

Sendo assim, a publicação de obras de característica antissemita, como a tratada no *Habeas Corpus* aqui analisado, negaria os pressupostos básicos do constitucionalismo, conforme acima demonstrado, podendo ser enquadradas como prática de racismo, já que, além de todos os aspectos e argumentos teóricos antes apresentados, temos também a circunstância de que, na época dos fatos, o artigo 20, da Lei nº 7.716 de 1989, com a redação dada, então, pela Lei nº 8.081 de 1990 dispunha que: “Art.20 – Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Pena – reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos” (FRANÇA, 1990).

O citado dispositivo, conjuntamente com os ditames explicitados da *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial*, quando interpretado sistematicamente, tomando em consideração os princípios constitucionais incidentes no caso concreto em questão, pode ser entendido como um limite normativo para o exercício da liberdade de expressão, pois não há que se falar em qualquer permissão constitucional aos denominados “*hate speeches*” para propagar mensagens que pretendam negar o reconhecimento, como iguais, de qualquer coletividade ou indivíduo. Ou seja, a garantia fundamental de livre expressão tem como norte a ampla possibilidade de participar do debate público, mas também traz consigo a dimensão da responsabilização, não podendo ser empregada como um “escudo protetor” para a consumação de práticas contrárias aos próprios compromissos históricos das democracias constitucionais.

Em outros termos, garantir o mais amplo pluralismo de vozes é essencial para a autonomia dos indivíduos, já que potencializa, por exemplo, a crítica aos atos dos governos. Porém, há uma diferença central entre tentar impedir que se publique pensamentos e posições, ainda que vis, e a responsabilização pelos impactos negativos destas publicações naqueles que se sentirem atingidos, sendo que estes danos não são redutíveis ao que é visível ou aparente, haja vista que assumimos que o simbólico é um elemento estruturante das relações sociais (BOURDIEU, 1989).

Em suma, denota-se, a partir do trajeto por nós percorrido, o emergir da dimensão da responsabilização, a qual, ao contrário de uma autoritária censura, não

interdita, de modo antecipado, a *fala*, por mais odiosa que esta possa ser, pois esta dimensão responsabilizatória é, ela própria, resultado de um sistema de garantias fundamentais, fazendo com que restrições sejam, em realidade, condição de possibilidade do sempre arriscado projeto democrático. Isto é, este ato de responsabilizar é, simultaneamente, um reafirmar da liberdade de expressão como instrumento dialógico de autonomia e reconhecimento.

Em linha confluyente, temos a passagem, em um profundo voto, em que o Ministro Celso de Melo, no referido *HC*, afirma que o exercício de um direito fundamental, como a liberdade de expressão, por exemplo, não abarca a prática de ilícitos penais, quando, por exemplo, transmutado “ao nível primário do insulto”, significando, assim,

[...] que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional (BRASIL, 2004).

Em sentido próximo, em um instigante trabalho, *José Emílio Medauar Ommati* (2012), ressalta a dimensão de condição de possibilidade que qualquer restrição à liberdade de expressão deve desvelar, ainda mais quando ocorre em um ambiente que se afirme democrático e constitucional, anotando que limites quanto ao que será “dito” não podem ser edificados *aprioristicamente*, já que isso conformaria não uma necessária responsabilização pelo conteúdo da expressão emitida, mas sim censura, isto é,

[...] *a priori* ninguém é capaz de realizar discurso de ódio ou discurso racista. Para que um discurso possa ser visto como racista ou discriminador, ele deve passar pelo espaço público, pela discussão pública, e aí o proferidor do discurso tem a proteção constitucional para mostrar que seu discurso não fere os direitos de igualdade e liberdade. Se ficar comprovado que esse

discurso fere a igualdade e liberdade das categorias as quais se refere, obviamente deve ser proibido e o proferidor responsabilizado, por não ter tratado a todos com a mesma consideração e respeito, requisito mínimo para que a parceria democrática continue (OMMATI, 2012, p. 99).

Nesta linha, a título ilustrativo, podemos colocar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 13, determina que toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, a qual não pode estar sujeita censura prévia, mas tão-somente a responsabilidades ulteriores, responsabilidades estas que podem, por exemplo, advir de discursos que violem o ponto cinco deste mesmo artigo, o qual proíbe toda forma de propaganda a favor da guerra ou da apologia ou incitamento ao ódio e à discriminação (CONVENÇÃO..., 2016).

Logo, esta Convenção reconhece que existem discursos que, por serem altamente discriminatórios, violam a liberdade de expressão, o que traz, para dentro do debate sobre o âmbito deste direito fundamental, o desafio de sermos iguais dentro de nossas diferenças, sendo esta posição que justifica, dentro do chamado direito internacional dos direitos humanos, uma exclusão, qual seja, a dos discursos de ódio, pois, do contrário, teríamos que admitir a existência de uma liberdade constitucional para ofender e excluir, o que soa como uma contradição performativa em termos de democracia constitucional.

Por fim, buscando realçar nossa posição, trazemos o caso *Garaudy v. France* (2003), no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos enfrentou uma situação similar ao aqui visto *HC 82.424*, qual seja, um caso sobre a chamada literatura revisionista, uma situação em que a disputa pelo sentido de memória transparece com toda força, pois o autor de um livro que negava a existência do Holocausto foi condenado com base na legislação francesa que combate assertivas que minimizem ou neguem crimes de guerra ou contra a humanidade, por entender que há, mesmo que no pano de fundo, um incitamento e propaganda de ódio racial. Também neste caso o requerente alegou que seu direito à liberdade de expressão tinha sido ilegitimamente restringido.

Em sua decisão, a referida Corte destacou que negar a existência de um evento histórico da magnitude do Holocausto judaico da Segunda Guerra Mundial

revelava ser uma preocupante forma de discriminação racial e de incitação ao ódio, não havendo nenhuma ofensa à liberdade de expressão assegurada pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, existindo, sim, uma pretensão abusiva a este mesmo direito fundamental.

Nas palavras do tribunal, o autor do livro revisionista, ao questionar “[...] a existência de eventos históricos claramente estabelecidos não constituiu uma pesquisa científica ou histórica; o real propósito era reabilitar o regime Nacional Socialista e acusar as próprias vítimas de falsificarem a história”.¹⁴

Neste momento, não há como não recuperarmos uma reflexão de Habermas ao lidar com uma situação de conduta racista, reflexão esta que sintetiza, em grande medida, os argumentos por nós defendidos, sendo a citação um pouco longa, mas ver-se-á logo o seu interesse:

In this and in similar cases, the appropriate answer is a critique of prejudices and the combating of discrimination, in other words the fight for equal rights, and not ‘more tolerance’. With people who think differently or have different beliefs from our own, and were discriminated against as a result of prejudices, the question of toleration first arises after these prejudices have been eliminated. Yet by what right do we classify as ‘prejudices’ those descriptions that the religious fundamentalist, the racist, the sexual chauvinist, the radical nationalist, or the xenophobic ethnocentric give of ‘their other’? Today, we permit ourselves the stigmatizing description of fundamentalists, racists, etc. in light of the **principle of equal treatment of all citizens, especially given the notion of ‘full membership’ by everybody. This norm of equal inclusion of every citizen must be universally recognized within a political community before we can mutually expect tolerance from one another.** (HABERMAS, 2003a, p. 3, grifo nosso).

14 Tradução livre de: “Disputing the existence of clearly established historical events did not constitute scientific or historical research; the real purpose was to rehabilitate the National Socialist regime and accuse the victims themselves of falsifying history” (Garaudy v. France, 2003). (CASO..., 2015, p. 5).

Esse arcabouço teórico é que nos possibilita afirmar que as liberdades individuais constroem-se pública e intersubjetivamente, em que o reconhecimento mútuo de igual respeito na diversidade é condição de possibilidade para o exercício das mesmas liberdades individuais, isto é, o direito não como uma imposição moral, mas fomento e garantia de “*pluralismos responsáveis*”, criando estruturas nas quais a heterogeneidade possa se realizar.

Sob pena de nos alongarmos demasiadamente, finalizamos este ponto lembrando, com Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 12), o paradoxo maior que se revela nas modernas democracias constitucionais, qual seja, a tensa e inafastável confluência entre o risco sempre presente de uma ditadura e a necessariamente irrealizável esperança de moldarmos uma sociedade de plena integração, já que a afirmação da total realização do projeto do constitucionalismo seria o seu próprio fracasso, pois o mesmo se assume inacabado.

Por conseguinte, assumimos que o Estado Democrático de Direito nunca é, sempre *sendo*, aberto ao devir, conflituoso, potencializando o desvelar de não relegarmos ao esquecimento as vivências de determinadas alteridades históricas antes desconsideradas, de exclusões simbólicas e naturalizadamente praticadas, ou seja, uma identidade constitucional democrática não admite um fechamento derradeiro, pronto e acabado, pois sua perfeição seria, paradoxalmente, sua ruína, já que impediria a emergência, no tempo, de outras alteridades, o que nos permite visualizar esse Estado Democrático de Direito como ponto de partida de um trajeto histórico, tenso e não imune a quedas, de uma interminável aprendizagem constitucional.

4 CONCLUSÃO

Racismo, liberdade de expressão, força do poder constituinte e dignidade da pessoa humana são alguns dos conceitos que surgem na esteira do *HC* em tela, o qual, em razão da enorme publicidade que recebeu por parte dos estudiosos, revela-se de suma importância na discussão sobre a conformação de nossa identidade constitucional.

Com base em tal linha de raciocínio é que entendemos que o direito não deve ter a crença, excessivamente iluminista, de conseguir *eliminar*, somente através de suas decisões, de sua operacionalização, os riscos ínsitos às nossas sociedades cada

vez mais complexas, como, por exemplo, a infeliz existência de padrões e condutas racistas por parte de determinados indivíduos e grupos sociais.

Entretanto, também compreendemos, que o mesmo direito deve atuar no sentido de ser um mecanismo de responsabilização de ações que se revelam pretensões abusivas de exercício das liberdades individuais, ou seja, o ordenamento não elimina “discriminações pejorativas”, mas responsabiliza-as nas situações de “vida concreta”, garantindo o potencial universalizável do princípio da democracia.

Essa perspectiva de funcionamento do direito não implica em admitirmos posturas normativas que venham a edificar verdadeiras “censuras prévias”, em leituras moralistas do ordenamento jurídico, ilegítimas por buscarem controlar *a priori*, em abstrato, o contexto de aplicação, tentando “tutelar” previamente as consequências de determinadas condutas, não tomando em consideração as determinações concretas dos casos singulares, denotando a diferença essencial entre *censura* e *responsabilização*.

Dito isto, podemos verificar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, não obstante algumas indagações que possam ser levantadas ao trajeto que conduziu à denegação do *HC*, mostrou-se legitimada constitucionalmente, pois sua aplicação realizou-se no momento do caso, não antes, além disso, o argumento do paciente de que se tratava de mera obra histórica, coberta pela garantia fundamental da liberdade de expressão, revelou-se insustentável em termos discursivos.

Aliado a tal temática, temos também o fato de que, no bojo da discussão em torno do *Habeas Corpus* 82.424, foram debatidas questões sobre o papel e a força, no tempo histórico, da origem constituinte dos dispositivos constitucionais, no caso a amplitude do que seria *racismo*, o que nos possibilitou demonstrar, a partir de uma análise da linguagem, a circunstância de que “texto” é ponto de partida, não algum derradeiro porto de chegada, sendo reflexo de uma construção intersubjetiva, historicamente tensa, em que os sentidos normativos são geracionalmente disputados e traduzidos, não uma *presença natural*.

A legitimidade de nossa ordem constitucional, a partir das ideias aqui assumidas, dá-se internamente, através da presença de canais de comunicação que possibilitem que as mais variadas pretensões sejam problematizadas, e os mais diversos temas sejam levantados, para que o sujeito constitucional, que é sempre incompleto, possa ser continuamente (re)construído, o que não significa imunizarmos

esse mesmo processo de construção contra a sempre presente possibilidade de tropeços e reviravoltas, pois esse é o risco inerente ao trajeto percorrido por qualquer democracia constitucional.

Eis aí os pressupostos que nos permitem verificar que nenhuma decisão do Poder Judiciário, não importando qual método adotado para resolver a questão, e, por mais sofisticada e fundamentada que seja, pode ser capaz de esgotar, definitiva e inteiramente, o debate sobre o tema tratado, pois sempre restará uma dimensão para a rediscussão da matéria em arenas públicas cada vez mais ampliadas e dinâmicas, ou seja, a própria “decisão” deve ser compreendida não como o fim último de uma discussão, mas sim o “início” para novas perspectivas e novos argumentos, os quais podem, em uma democracia constitucional, ser sempre resgatados, rediscutidos e revistos, em um processo contínuo de potencial aprendizado constitucional.

A releitura constante da identidade constitucional é dessa forma entendida como condição indispensável para manutenção da incompletude dessa mesma identidade e, em última medida, para a preservação da própria democracia pluralista, todavia, essa abertura da identidade do sujeito constitucional não pode ser compreendida de maneira descompromissada, irresponsável juridicamente, como se fosse uma barreira intransponível a decisões restritivas do exercício abusivo do próprio direito, das próprias liberdades.

Assim, não há uma liberdade de expressão incondicionada ou absoluta, pois não se desconhece os profundos efeitos que os discursos de ódio podem causar naqueles que são seus destinatários. Não estamos aqui a falar de censura, mas, ao inverso, estamos a dizer que liberdade de expressão não é um direito apenas em sua dimensão vertical, contra o Estado, mas que também exige, em certas situações, a presença ativa deste mesmo aparato estatal, não para *tomar partido* desta ou daquela posição, mas para *responsabilizar* por pretensões ilegítimas, em uma leitura constitucionalmente adequada desta mesma liberdade fundamental.

Dito de outro modo, mesmo sendo exceções em uma democracia constitucional, os limites, as restrições e as responsabilizações encontram-se também vinculados com o pluralismo, dialógico e constitutivo, em que o *outro*, por ter garantida a *voz*, sendo o sentido de *expressão* da liberdade construído discursivamente, em recíproca intersubjetividade, e não imposto, seja pelo Estado ou pelos particulares, monologicamente.

Este modo de traduzir a liberdade de expressão pode ser sintetizado na frase: *podemos tudo “dizer”, mas seremos também responsabilizados por tudo que “dissermos”*. Ou seja, a liberdade de expressão, por mais ampla que deva ser, não significa, como buscamos demonstrar, a edificação de territórios imunes ou além do direito e da história, haja vista que a mesma não deve ser lida isoladamente, como se estivesse em um plano superior aos próprios ordenamentos constitucionais e aos compromissos internacionais.

Observe-se, desta maneira, que responsabilizar não é edificar uma barreira intransponível aos discursos, mesmo os de ódio, sendo, ao reverso, a garantia da própria possibilidade de questionar o que está posto, de dizermos *não* ao estabelecido, mas sem imunizar o falante pelo que este expressa, o qual não tem na liberdade de expressão uma *guarita protetora* para o exercício abusivo de direitos, já que passível de ser responsabilizado e sancionado por eventuais excessos ilegítimos.

Tudo isso nos leva a concluir que em um Estado Democrático de Direito, o potencial reconhecimento de igual respeito, de uma igualdade na diversidade, é pressuposto normativo para a compreensão da adequabilidade ou não das pretensões jurídicas levantadas pelos diversos atores sociais em relação ao âmbito protetivo das liberdades fundamentais, como a de expressão. Isto é, impera uma necessária referência aos procedimentos democráticos de responsabilização, procurando-se garantir não a mera “expressão monológica”, mas sim “a dialógica comunicação”, sob pena de negar, como reiteradamente dito, os próprios pressupostos universalizáveis do constitucionalismo democrático.

Portanto, de tudo o exposto, percebe-se que não há um direito constitucional protetivo a insultos e ofensas, sendo esse uma das fronteiras possíveis à liberdade de expressão, mas que essas fronteiras, funcionando como fomento do diálogo, requerem certas condições normativas para que elas próprias não se tornem instrumento de autoritária exclusão e de silêncio. Ou seja, qualquer restrição ao exercício dessa liberdade fundamental precisa estar prevista em normas previamente legisladas, além de que os fins ou objetivos pretendidos com tais interferências, que, sem dúvida, funcionam como restrições, devem ser não só legítimos em termos discursivos, como também razoáveis e necessários, operando esses limites, quando de sua densificação, como condição de possibilidade da própria liberdade de expressão, traduzida essa em termos democráticos e a partir de uma sociedade constitutivamente plural, o

que acaba por marcar e iluminar a distinção entre abusivas censuras prévias e legítimas responsabilizações, concretizadas sempre de modo a posteriori, em situações específicas de aplicação e dentro de um sistema de garantias constitucionais em que impera o devido processo legal e seus corolários.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the people**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Trad. Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1988.

_____. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **The Human Condition**. Chicago: University of Chicago Press, 1958.

BLOCH, Marc. **Introducción a la História**. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

BORK, Robert H. O que pretendiam os fundadores. **Revista de Direito Público**, n. 93, p. 6-9, março, 1990.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Relator Ministro Moreira Alves; Relator para o acórdão Ministro Presidente Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil; pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 1, p. 11-20, março, 2001.

_____. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPÁIO, José Adércio Leite. (Org). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

_____. Apresentação a MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. **Cadernos da Escola do Legislativo**. v. 5, n. 9, p. 7-37, jul./dez., 1999.

_____. Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sobre o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 473-486, 2000.

CASO REVISIONISMO FRANCÊS. **Portal da Corte Europeia dos Direitos Humanos (ECHR)**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Portal da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

DERRIDA, Jacques. Fuerza de Ley: El Fundamento Místico de La Autoridad. **Doxa**, n. 11, p. 129-191, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANÇA. Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 (Loi Gayssot). **Portal do Senado Francês**. Disponível em: <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/a87880043.html>. Acesso em: 01 ago. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIORGI, Raffaele de. Democracia, Estado e Direito na sociedade contemporânea. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 7-47, jul./dez., 1995.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law**. Trad. John Farrell. New York: University of New York, 1993.

_____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de filosofia alemã**, n. 6, p. 85-102, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Direito e Democracia, v. 1 e 2: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Agir Comunicativo e Razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. Intolerance and discrimination. **I CON:** Oxford University Press and New York University School of Law, v. 1, n. 1, p. 2-12, 2003a.

_____. **Más allá del Estado Nacional.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. Religious tolerance: the pacemaker for cultural rights. **Royal Institute of Philosophy**, n. 79, p. 5-18, 2004.

_____. Sobre concepto y papel de la tolerancia religiosa em sociedades occidentales. **Dialogo Científico:** Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía, v. 12, n. 1/2, p. 11-22, 2003b.

_____. The Horrors of Autonomy: Carl Schmitt in English. In: _____. **The New Conservatism** Cambridge: MIT Press, 19??. p. 128-139. (Cultural Criticism and Historians' Debate).

LE GOFF, Jacques. **A História Nova.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARCUSE, Herbert. Repressive Tolerance. In: WOLFF, Robert Paul et al. **A Critique of pure tolerance.** Boston: Beacon Press, 1965. p. 81-117.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, p. 183-202, nov. 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. O Caso Ellwanger: Uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Direito, Política e Filosofia:** contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-125.

_____. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional:** o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. **Teoria da Constituição.** Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. **Modernidade, tempo e direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

POPPER, Karl R. **A Sociedade Democrática e seus inimigos.** Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1959. (Coleção Espírito do Nosso Tempo).

PORTAL DO FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA-BRASIL). **Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968).** Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_internacional_eliminacao.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

REPOLÊS, Maria Fernanda. **A Construção da Identidade do Sujeito Constitucional em Teorias Hermenêuticas representativas dos paradigmas de Estado e Direito Modernos.** 2001. 30f. Monografia (Curso de Pós-Graduação). Belo Horizonte, 2001.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. Hate Speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Cardozo Law School**, n. 41, abr., 2001, p. 1-63. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939>. Acesso em: 1 jul. 2014.

_____. **Just interpretations: law between ethics and politics**. Berkeley, California: University of California Press, 1998.

TORRES, Ana Paula Repolês. **O Poder de Reforma Constitucional e a Relação Paradoxal entre Constitucionalismo e Democracia: reflexões a partir das Revoluções Francesa e Americana**. Belo Horizonte: FDUFGM, 2004. (Monografia do Curso de Pós-Graduação).

_____. Pensando a Liberdade de “Expressão” com Hannah Arendt. In: **Revista Prometeus** (UFS), no.10, ano 05, jul./dez. 2012, p. 39-54.

_____. **Reforma e Crise Constitucional: um ensaio de Teoria da Constituição**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2005.

WEST, Robin. Toward a First Amendment Jurisprudence of Respect: a comment on George Fletcher’s Constitutional Identity. In: ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives**. Durham, North Carolina: Duke University Press, 1994. p. 245-252.

Correspondência | Correspondence:

Francisco de Castilho Prates

Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Avenida João
Pinheiro, 100, Centro, CEP 30.130-180. Belo Horizonte, MG, Brasil.

Fone: (31) 3409-8635.

Email: castilho_2011@yahoo.com.br

Recebido: 30/08/2016.

Aprovado: 17/07/2017.

Nota referencial:

PRATES, Francisco de Castilho. O *habeas corpus* 82.424/RS, a identidade constitucional democrática e a liberdade de expressão: Alguns apontamentos críticos. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 19, n. 2, p. 79-116, maio/ago. 2017. Quadrimestral.