

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

FRANCISCO DE CASTILHO PRATES

**AS FRONTEIRAS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O DESAFIO DE *FALAS* QUE OPRIMEM, DE
DISCURSOS QUE SILENCIAM**

**Belo Horizonte
2015**

FRANCISCO DE CASTILHO PRATES

**AS FRONTEIRAS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O DESAFIO DE *FALAS* QUE OPRIMEM, DE
DISCURSOS QUE SILENCIAM**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça.

Linha de Pesquisa: Direito, Razão e História.

Orientador: Profa.Dra.Miracy Barbosa de Sousa Gustin.

**Belo Horizonte
2015**

Francisco de Castilho Prates

**AS FRONTEIRAS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O DESAFIO DE *FALAS* QUE OPRIMEM, DE
DISCURSOS QUE SILENCIAM**

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin
Orientadora

Membro Interno

Membro Interno

Membro Interno

Membro Externo

Membro Externo

Suplente Interno

Suplente Externo

À Memória de meu Pai, homem simples e de
pensamento livre, que me ensinou, com sua
forma de viver e sua fé, a importância de
vermos o *outro* como igual.

Para Ana e Matheus, com **todo** amor
que se é possível imaginar...

AGRADECIMENTOS

Como *sempre, antes e acima* de tudo, a Deus, *meu baluarte e minha fortaleza...*

À Professora Miracy Gustin, exemplo de coragem, que me guiou com serenidade pelos caminhos trilhados no decorrer do doutorado, alertando-me sempre para a necessidade de humildade acadêmica no trato com qualquer tema;

À Professora Maria Fernanda Salcedo Repolês, não apenas por sua disposição ao diálogo, mas, principalmente, pela democrática conduta de compartilhar ideias e transmitir ensinamentos;

Ao Professor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, meu mais caro reconhecimento e respeito, pois suas aulas e indagações sempre nos estimularam a problematizar as *promessas* constitucionais;

À Professora Mônica Sette Lopes, pela atenção demonstrada e pelas valiosas considerações realizadas durante o exame de qualificação;

Aos Professores Brunello Stancioli e Giordano Bruno Soares, pelo compromisso acadêmico e abertura no trato com os seus alunos;

Aos Professores que marcaram, profundamente, minha trajetória: Menelick de Carvalho Netto, Vanessa Batista Berner, Juliana Neuenschwander Magalhães, Daniela de Freitas Marques e Márcio Túlio Viana.

Aos companheiros e colegas da Pós-Graduação que, com sua companhia, não só tornaram o meu trajeto mais tranquilo, como me permitiram inúmeros momentos de alegria e debates extremamente profícuos, nomeadamente, entre outros, ao Juliano, David, Nara, Laís, Daniel, Thiago, Agnelo, Felipe Quintella, Eder e Grijalbo;

Aos amigos e interlocutores de outras jornadas, Tarcísio, Flávio, Frederico, Cristiane Kaitel, Leonardo, Mara, Emílio, João, Thereza e Áureo;

À Capes, pelo suporte institucional que foi essencial na produção desta tese;

Aos funcionários da Pós-Graduação, meu sincero obrigado, não apenas pelo senso de profissionalismo, mas também pela inesgotável paciência com as incontáveis dúvidas, lembrando, por todos e especialmente, do sempre dedicado e valoroso Wellerson Alves;

Aos meus irmãos e familiares e, especialmente, à minha Mãe, que nunca se deixou abater pelas dificuldades e saudades.

Quem não é prisioneiro da necessidade é prisioneiro do medo: uns não dormem por causa da ânsia de ter o que não têm, outros não dormem por causa do pânico de perder o que têm. O mundo ao avesso nos adentra para ver o próximo como uma ameaça e não como uma promessa, nos reduz à solidão e nos consola com drogas químicas e amigos cibernéticos.

...

Será esta liberdade, a liberdade de escolher entre ameaçadores infortúnios, nossa única liberdade possível?

...

O mundo ao avesso nos ensina a padecer a realidade ao invés de transformá-la, a esquecer o passado ao invés de escutá-lo e a aceitar o futuro ao invés de imaginá-lo: assim pratica o crime, assim o recomenda.

...

Mas está visto que não há desgraça sem graça, nem cara que não tenha sua coroa, nem desalento que não busque seu alento. Nem tampouco há escola que não encontre sua contraescola.

Eduardo Galeano

De Pernas Pro Ar: a escola do mundo ao avesso

*“A língua serena é árvore da vida, mas a perversa
quebranta o espírito.”*
Provérbios, 15:4

RESUMO

A presente tese abordou a relação entre o exercício da liberdade de expressão e os chamados *discursos de ódio*, tida 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. Daí, o trabalho indagou se o estabelecimento de fronteiras à liberdade de expressão seria ou não legítimo em um Estado Democrático de Direito que se afirma aberto e plural. Ou seja, manifestações públicas de profundo e odioso desprezo a determinados grupos sociais, seja por questões de gênero, cor ou origem, devem ser combatidas com *mais discurso* ou devem poder ser limitadas e responsabilizadas? Este trabalho defende que, em democracias constitucionais, não há espaço legítimo para o exercício de um direito fundamental, como a liberdade de expressão, com a finalidade de ofender, humilhar ou propagar ódios radicais. Partindo de nossos pressupostos conceituais, procuramos evidenciar que o sentido de democracia constitucional, liberdade de expressão e discursos de ódio está imerso em lutas, historicamente travadas, por reconhecimento de direitos, por *visibilidade* e *voz*. Deste modo, liberdade de expressão não pode ser traduzida como um instrumento de opressão e silêncio, sendo, por isso, passível de ser limitada, mas não censurada. Isto é, há o predomínio das garantias e liberdades dos indivíduos contra o Estado, mas também em sua dimensão horizontal, aplicadas nas relações privadas, atuando como condição de possibilidade da própria democracia. Em um momento posterior foram comparadas a atual postura da Suprema Corte dos Estados Unidos a respeito da Primeira Emenda e do direito à liberdade de expressão e aquela que é encontrada no Brasil. Por fim, em uma terceira parte, abordamos o direito internacional dos direitos humanos, sua história, seus inúmeros documentos e julgados, dos quais emerge a preocupação com a disseminação de ódios, enfatizando que o exercício da liberdade de expressão não é absoluto, podendo, quando abusivo, ser sancionado, responsabilizado, sendo esta responsabilização a outra face, por isto inseparável, desta liberdade fundamental.

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão, Discursos de Ódio, Estado Democrático de Direito, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Responsabilização.

ABSTRACT

The thesis analyzes the relationship between *freedom of expression* and *hate speeches*. 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. The research investigates whether it is legitimate to establish limits to the freedom of expression in a Democratic State, which recognizes itself as open and plural. In other words, public demonstrations of deep scorn and hatred towards specific social groups, be it due to gender, color or origin must be confronted with *more speech* or must it be limited and accounted for? This thesis supports the idea that in constitutional democracies there is no legitimate space for offense, humiliation or propagation of radical hate in the name of *free speech*. Having our conceptual presuppositions as a starting point, we attempt to show that the meaning of constitutional democracy; of freedom of expression and of hate speech is immersed in historical struggles for the recognition of rights, *visibility* and *voice*. Thus, freedom of expression cannot be translated as an instrument for oppression and silence, being, therefore, subject to limits, but not censored. Namely, there is a prevalence of fundamental rights of the individuals against the State, but also, in a horizontal dimension, there is the application of these rights in relationships between individuals, acting as a condition of possibility for democracy itself. In a further step, the thesis makes a comparison between the current position of the Supreme Court's understanding on the First Amendment and on the right of free speech and that found in Brazil. Finally, in a third part, we approached the International Law of Human Rights, its history, documents and decisions on the relationship between free speech and hate speech, and its concern with the dissemination of hate speeches or hate messages and other racist propaganda. We emphasized the argument according to which there is no such a thing as an absolute freedom of expression. As *abuses* may occur, sanctions may be applied. In sum, responsibility is the other inseparable face of free speech.

Key Words: Freedom of Expression, Hate Speeches, Democratic State of Law, International Law of Human Rights, Responsibility.

INTRODUÇÃO.....	10
1 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS “DISCURSOS DE ÓDIO”: UMA NECESSÁRIA EXPLICITAÇÃO	
1.1 O ato de nomear o mundo, a pluralidade e o Estado Democrático de Direito: o local de onde falamos.....	19
1.2 Liberdade: entre a <i>expressão</i> e a <i>comunicação</i>	46
1.3 Discursos de Ódio: <i>palavras que ferem, falas que silenciam</i>	83
2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DISCURSOS DE ÓDIO NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: ENTRE PERSISTÊNCIAS E RUPTURAS	
2.1 A liberdade de expressão em seu máximo ou a negação dos contextos? A experiência norte-americana diante do <i>hate speech</i>	108
2.1.1 <i>Brandenburg</i> e <i>R.A.V.</i> : quando o ódio e a cruz em chamas transformam-se em discurso protegido.....	125
2.1.2 <i>Yates</i> e <i>Brandenburg</i> : “diferenças que fazem diferença” ou “outras formas do mesmo”?.....	159
2.2 De onde viemos: o <i>Brazil</i> nas entrelinhas do não-dito.....	174
2.2.1 Uma necessária constitucionalização: a liberdade de expressão e os discursos de ódio no contexto jurídico brasileiro.....	195
2.2.2 Para onde iremos: a liberdade de expressão como um instrumento de explicitação dos discursos do ódio no cenário brasileiro.....	214
3 NECESSÁRIAS FRONTEIRAS: LIVRES, IGUAIS E RESPONSÁVEIS	
3.1 Aprofundando uma opção: a liberdade de expressão e os discursos de ódio a partir do direito internacional dos direitos humanos.....	232
3.2 Maiores e Responsáveis: <i>a liberdade de expressão como diálogo</i>	269
4 CONCLUSÃO.....	299
REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR.....	310
TÁBUAS DE DECISÃO.....	344

INTRODUÇÃO

Em 2012, um filme tido como altamente ofensivo à comunidade islâmica levantou uma grande polêmica na Alemanha, já que o governo entendia que este, em razão de seu conteúdo discriminatório, não deveria ser exibido nos cinemas, pois poderia gerar uma onda de protestos daqueles que se sentissem atingidos. Por outro lado, a organização “*Pro Deutschland*”, abertamente anti-islâmica, defendia que a exibição da película seria reflexo do direito constitucional de poder expor sua posição sobre assuntos de interesse público de modo o mais amplo possível.¹

Na mesma Alemanha, temos assistido uma série de debates sobre o que fazer a respeito do livro *Mein Kampf*, obra germinal do nazismo de Adolf Hitler, já que o referido livro entra em domínio público no ano de 2015, atingido o prazo máximo de 70 anos de exclusividade após a morte do autor, saindo, por consequência, do domínio do Estado alemão, o qual tem proibido a sua publicação, reimpressão e/ou distribuição.

Para alguns, esta possibilidade afrontaria a memória das milhões de vítimas do sistema nazista, além de incentivar novos extremismos. Já na visão de outros, seria preferível não obstaculizar esta possível republicação, mas que se exigisse que a mesma viesse com comentários que contextualizassem todo o fenômeno totalitário no qual a obra estava imersa. Para os que defendem esta última posição, vedar o acesso seria ampliar a força persuasiva da mensagem, impedindo que a mesma seja publicamente criticada e desqualificada discursivamente, o que apenas “*fomentaria os mitos que cercam a mesma obra*”.²

Outra controvérsia também pôde ser sentida quando a ex-atriz *Brigitte Bardot*, ao expor, publicamente, sua visão sobre a presença dos muçulmanos no cenário francês, afirmou que os mesmos, com sua cultura e hábitos “diferentes”, acabariam destruindo a França, o que, para muitos, significou a expressão de uma *islamofobia*, ou seja, uma aversão radical contra a comunidade muçulmana francesa.³ Não menos polêmicas são situações que têm ocorrido em alguns *campus* universitários dos Estados Unidos, em um dos quais, por exemplo, um “*counselor*” afrodescendente da *Purdue University* encontrou sua porta arranhada com o escrito “*Death Nigger*” (LAWRENCE, 1990: 432), ou o caso, que destravou um grande debate sobre o *free speech*, envolvendo a

¹ Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/alemanha-tenta-proibir-extrema-direita-de-exibir-filme-anti-islam>>. Acesso em: 08/01/2013.

² Disponível em: <<http://www.dw.de/hitlers-mein-kampf-may-return-to-germany/a-16720062>>. Acesso em: 26/07/2014.

³ Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-1023969/Brigitte-Bardot-fined-12-000-racial-hatred-claiming-Muslims-destroying-France.html>>. Acesso em: 10/01/2013.

expulsão de dois alunos da *Oklahoma University*, membros de uma dada fraternidade, em razão da descoberta e posterior publicação de um vídeo em que estes cantavam uma música carregada de epítetos racistas, gabando-se de que sua fraternidade jamais tinha aceitado ou aceitaria um afroamericano, além de frases ainda mais violentas, com referência a linchamentos, como a que afirmava que “*You can hang ’em from a tree.*”⁴

Também no Brasil podemos encontrar situações em que falas geraram tensões. Entre tantas que poderiam ser lembradas, colecionamos algumas que envolveram pretensão humor. A primeira, diz respeito à existência e atuação da personagem *Adelaide*, do programa *Zorra Total*, personagem esta que, para alguns, conformaria um estereótipo racista.⁵ Já o segundo caso diz respeito a uma piada, feita pela atriz Tatá Werneck em um programa de televisão, que foi tida como ofensiva por setores da comunidade judaica, os quais se pronunciaram publicamente contra tal situação.⁶ Outra produção polêmica foi a estreia do programa de Miguel Falabella, *Sexo e as Negas*, o qual foi criticado por inúmeros movimentos sociais da comunidade negra e feminista, pois teria vinculado racismo à questão de gênero.⁷

Em todos estes casos⁸, cada um com suas próprias especificidades, percebe-se a presença da indagação de até onde a liberdade de expressão pode ir? Ou seja, qual a fronteira normativa que a liberdade de expressão não pode ultrapassar sob pena de converter-se em pretensão abusiva a direito?

Assim, se assumirmos que o Estado Democrático de Direito é constitutivamente pluralista, que fomenta uma ampla liberdade de expressão, e que não estabelece limites

⁴ Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/03/12/us/expulsion-of-two-oklahoma-students-leads-to-free-speech-debate.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&module=second-column-region®ion=top-news&WT.nav=top-news&_r=0>. Acesso em: 12/03/2015.

⁵ Disponível em: <<http://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/04/adelaide-personagem-do-zorra-total-e-denunciada-por-racismo.htm>>. Acesso em: 06/06/2013.

⁶ Disponível em: <<http://br.tv.yahoo.com/blogs/notas-tv/justi%C3%A7a-notificar%C3%A1-tat%C3%A1-werneck-por-causa-piada-com-155719614.html>>. Acesso em: 04/11/2013.

⁷ Disponível em: <<http://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2014/09/16/sexo-e-as-negas-estreia-em-meio-a-polemica-de-racismo.htm>>. Acesso em: 08/11/2014.

⁸ Saliente-se que as controvérsias em torno da película anti-islâmica, intitulada “*Inocência do Islã*”, conforme amplamente divulgado pelos meios de imprensa, não ficaram restritas ao contexto germânico, gerando, inclusive, inúmeros protestos e manifestações por várias partes do mundo, nas quais, a comunidade muçulmana demonstrou todo seu “descontentamento” com a mensagem preconceituosa que o filme passaria. Aliando complexidade a questão, vários grupos *pró-liberdade de expressão* afirmaram que disponibilizariam, na internet, o citado filme, caso o mesmo fosse realmente proibido. Em relação ao caso envolvendo *Brigitte Bardot*, anote-se que a mesma ex-atriz acabou por ser condenada pela justiça francesa por provocar o ódio racial e a discriminação contra a comunidade islâmica na França. Quanto à situação envolvendo a também atriz e comedianta *Tatá Werneck*, escreva-se que foi feito um pedido público de desculpas, afirmando-se que teria havido uma descontextualização e um mal entendido sobre a função que sua fala tinha na situação em que foi realizada. Em relação ao programa *Sexo e as Negas*, *Falabella* afirmou tratar-se de uma série de humor, mas estruturada com base na realidade brasileira, sendo similar ao famoso seriado *Sex and the City*.

rígidos quanto ao conteúdo que essa garantia fundamental possa abarcar, como determinar o sentido e alcance dessa liberdade essencial diante dos desafios colocados pelos denominados “discursos de ódio”?

Em suma, não tolerar tais discursos implica censurar, prévia e abstratamente, seus conteúdos possíveis ou, ao contrário, impõe uma responsabilização *a posteriori*, em concreto? Ou seja, como legitimar as fronteiras ao exercício da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito que se reconhece aberto e plural?

Visando lidar com tais indagações, erigimos como objetivo primordial buscar demonstrar que os discursos determinados pelo ódio ao diferente, que negam a alteridade, em um Estado Democrático de Direito, como o estabelecido, por exemplo, na Constituição brasileira de 1988, não se encontram cobertos pela liberdade de expressão, mas que as fronteiras aos mesmos discursos não podem ser por demais genéricas e abstratas, pois há o grave risco de confundirmos responsabilização com censura.

Deste modo, procurando abordar criticamente tal tema, optamos por adotar como marco teórico principal os questionamentos acerca do paradoxo da tolerância realizados pelo pensador alemão Jürgen Habermas (2003b, 2004), já que este visualiza toda a problemática que o termo *tolerância* possui em si mesmo. Assim, entendemos que os referidos estudos assumem as tensões presentes no jogo democrático diante de discursos de origem fundamentalista, pois uma democracia constitucional tem sempre em seu caminho o enorme desafio de, simultaneamente, procurar concretizar seus princípios de liberdade e igualdade sem, no entanto, negar seu próprio projeto radical de reconhecimento das diferenças.

Neste ponto, com Habermas, conseguimos ver que tal desafio expõe as democracias constitucionais a um enorme risco que sempre está por perto neste momento, já que constitutivo, qual seja, o necessário estabelecimento das fronteiras pode acabar por ocultar a circunstância de que, em certos momentos, aqueles tidos como “[...] *suspeitos de serem ‘inimigos do estado’, podem muito bem acabar revelando-se defensores radicais da democracia.*” (HABERMAS, 2004: 08, tradução nossa)⁹

Desta maneira, a tarefa primeira que nos colocamos, ao averiguarmos o confronto entre liberdade de expressão e os discursos de ódio é indagar como uma

⁹ “Those who are suspicious of being ‘enemies of the state’ might well turn out to be radical defenders of democracy” (HABERMAS, 2004: 08)

democracia constitucional, que se reconhece aberta e sempre inconclusa, interage com posições radicalmente fundamentalistas e intolerantes, as quais recusam o diálogo e a alteridade, o *outro*, ressaltando o citado *paradoxo da tolerância*, a pretensão de sermos *tolerantes com os não tolerantes*, o qual poderia acabar reforçando a própria intolerância, concretizando condutas negativamente discriminatórias. Assim, até onde uma democracia constitucional pode ir sem negar a si própria?

Considerando tais desafios e riscos, que são estruturantes de contextos sociais nos quais, ainda que potencialmente, todos possuem os mesmos direitos e deveres, as mesmas liberdades e igualdades, reconhecendo-se como autores e destinatários das leis que os regem, em uma concepção de democracia como pensada por Jürgen Habermas (1997), afirmamos, como nossa hipótese, que as fronteiras da liberdade de expressão, mesmo sendo “exceções”, constituem, em realidade, condições de possibilidade da própria democracia constitucional. Ou seja, as 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”, pois, se não somos “*menores inimputáveis*”, não necessitando de “*tutores*”, sempre deve haver a possibilidade, nas situações concretas, de sermos responsabilizados por nossas escolhas e condutas expressadas na esfera pública, o que marca a diferença entre censura e responsabilização.

Assim, empregando as palavras de Daniel Sarmiento, podemos dizer que nos propomos

[...] examinar um dos temas ligados à fixação de limites à liberdade de expressão: o relacionado à proteção, ou não, de manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores – tema que, no Direito Comparado, é normalmente estudado sob o rótulo de “hate speech”. (SARMENTO, 2006a: 55)

Dentro deste quadro, o elemento central de nosso trajeto de conhecimento é a assunção de uma linha crítico-metodológica, que parte de uma perspectiva altamente questionadora do que seja realidade, até mesmo desconstrutiva, principalmente da dimensão argumentativa do Direito, já que nesta a complexidade social do fenômeno jurídico pode ser verificada (GUSTIN, 2010: 21). Assim, pensar discursivamente e problematizar o Estado Democrático de Direito, pode possibilitar que visualizemos as tensões e contradições presentes em nosso processo histórico de lutas, disputas, deslocamentos e afirmação de direitos, recusando, assim, visões autossuficientes,

unívocas, que pretendam encontrar totalidades ou construir unidades substanciais em sólidos e dogmatizados consensos de fundo.

Esta opção nos levou a assumir a abertura à alteridade e ao diálogo como fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que ressaltou o problema que nos propomos, as fronteiras da liberdade de expressão, o qual admite uma série variada de abordagens, sendo passível de ser trabalhado, por exemplo, a partir de enfoques sociológicos, psicológicos, políticos e jurídicos, denotando sua relevância para os debates atuais sobre o sentido moderno dos textos constitucionais. Esta circunstância nos fez escolher um trajeto investigativo do tipo interdisciplinar, buscando erigir um ponto de vista mais abrangente, não isolacionista nem solipsista, assumindo o caráter geracional, relacional e intersubjetivo dos *atos de construção* de conhecimento.

Assim, por exemplo, entendemos ser possível e até mesmo necessário, construirmos pontes entre vários pensadores, sempre respeitando as singularidades de cada um. Por isso propomos que um pensador como Pierre Bourdieu, central para mostrarmos o “poder constitutivo do simbólico” na conformação das estruturas sociais, possa ser trabalhado em conjunto com outro pensador, no caso Habermas, que parte de outros pressupostos conceituais, que lida primordialmente com o discurso, entendido este enquanto tematização/discussão das gramáticas sociais, haja vista que cada um deles é, cuidadosamente, apropriado para um campo especificamente indicado do nosso trajeto.

Seguindo essa linha, sem esquecer toda historicidade presente em qualquer instituto jurídico-normativo, além da circunstância de que toda pesquisa jurídica, por ser ciência aplicada, carrega sempre uma dimensão propositiva, visualizamos que o melhor caminho para buscarmos realizar a crítica, como aqui assumida, de irmos além do natural ou do óbvio, seria relacionar, durante a nossa investigação, os tipos de pesquisa *jurídico-comparativo* e o *jurídico-compreensivo/interpretativo* (GUSTIN, 2010: 28), buscando fazer com que nosso trabalho fosse além de um enfoque meramente descritivo da realidade.

Com base nestes pressupostos epistemológicos e metodológicos decidimos dividir o nosso trajeto em três partes. Na primeira destas, como uma passagem introdutória, procurou-se a explicitar os nossos fundamentos conceituais, isto é, buscou-se “iluminar” o “*lugar de onde falamos*”, construindo as definições necessárias para operacionalizar as posições que nortearam o nosso trabalho.

No primeiro capítulo, buscamos demonstrar a enorme complexidade da sociedade atual, dominada pela liquidez, medo e contingência (BAUMAN, 2007), na qual o ato do que denominamos de direito de “nomear” o mundo abriu-se, não sendo mais propriedade exclusiva de *quem quer que seja*, inapropriável de modo soberano. Isto é, existe uma pluralidade de representações de vida, nenhuma das quais é, por si só, capaz de criar um sólido e inquestionável consenso de fundo, fazendo sobressair as muitas tensões e conflitos existentes em nosso contexto: público/privado, autonomia/soberania, nós/eles e, acima de todas, liberdade/igualdade.

Aliado a tal “pluralismo tensional”, trabalhamos a circunstância de que somos seres da linguagem, hermenêuticos, em que a fala, a palavra, transmitidas de geração a geração, podem estar mais presentes nas entrelinhas dos não-ditos, no plano simbólico (BOURDIEU, 1989), nas disputas pelo sentido de memória e história, do que no visível ou explícito das gramáticas sociais, estando além das faixas de continuidade das narrativas que se querem oficiais.

Durante todo este primeiro capítulo, apontamos a importância do diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, revelando que os discursos de ódio, antes demasiadamente naturalizados, passam, paulatinamente, através das várias lutas históricas por efetivação dos direitos fundamentais, a serem problematizados, desvelando que somos herdeiros de nossa história, sendo responsáveis pelo que mantemos, descartamos e sobre o que vamos legar.

Ainda neste primeiro capítulo, dialogando, entre outros, com Michel Rosenfeld (2003), a democracia constitucional é construída a partir de uma perspectiva de incompletude e precariedade, reflexo de um projeto de aprendizagem histórico não imune a quedas e retrocessos (HABERMAS, 2003a), marcado pela alteridade e pelo dissenso, *locus* de outra tensão: *exclusão/inclusão*. Aqui, destacamos quão problemático pode ser o sentido de democracia, já que este, como mostramos, pode receber inúmeros significados, alguns dos quais negam por completo os próprios pressupostos de liberdade e igualdade do moderno constitucionalismo.

Em momento posterior, nos capítulos segundo e terceiro, destacamos a distinção entre *expressão e comunicação*, assumindo que o ponto crucial é a dialogicidade, além de afirmarmos que as palavras não só ferem como são capazes de matar, sendo seu poder normativo tão grande, que, a história da censura, trabalhada nesta fase, nos mostra, que o primeiro ato de todo regime de força e ditatorial é cassar tal direito à livre expressão, o que se mostrou de enorme importância para pensarmos os impactos dos

discursos de ódio em suas “vítimas”. Também ressaltamos que, em muitas passagens da história, em nome de uma ampla liberdade de expressão, um alto preço tem sido cobrado, geralmente dos grupos menos influentes econômica e politicamente, isto é, dos índios, negros, homossexuais, mulheres e tantos outros excluídos. Para isto, colocamos em debate autores e pensadores tão díspares como, por exemplo, Ronald Dworkin (2005, 2006) e Catharine Mackinnon (1984,1996), o primeiro defende a mais ampla e irrestrita liberdade de expressão, enquanto a segunda assume a ideia de que se faz necessário inserir a (des)igualdade e a exigência de não subordinação nos debates sobre a *freedom of speech*.

Em suma, nestes dois capítulos, procuramos comprovar que, diante da alta complexidade social, o direito fundamental da liberdade de expressão não pode mais ser pensado apenas como defesa do “orador da esquina” diante do Estado, enfatizando a chamada aplicação horizontal dos direitos fundamentais, a qual traz consigo, ao criticar o excesso de individualismo do liberalismo clássico, a questão sobre as fronteiras da liberdade de expressão nas relações inter-privadas.

Com a explicitação das noções conceituais, colocando nossas motivações e base teórica, encaminhamo-nos à segunda parte, nesta, tendo como pano de fundo os pressupostos anteriormente desenvolvidos, analisamos, de modo mais detalhado, os desafios colocados pelos discursos de ódio à liberdade de expressão em dois contextos específicos: Estados Unidos e Brasil. A escolha de tais cenários não foi aleatória, pois os dois países, não obstante especificidades históricas relevantes, experimentaram as marcas da escravidão, as quais ainda são sentidas em ambos contextos, mesmo que de modo diverso. Além disso, analisar a tradição norte-americana sobre os limites do *free speech* tornou-se, ela própria, uma tradição de quase todo estudo sobre liberdade de expressão, haja vista que tal tema já é debatido, nos Estados Unidos, há muito tempo e a partir de inúmeras dimensões, revelando a existência de disputas e posições já amadurecidas de questionamento, tanto a nível doutrinário quanto jurisprudencial.

No primeiro capítulo desta parte, buscamos situar o debate nos Estados Unidos, revelando a “origem” histórica da Primeira Emenda, a qual dispõe sobre a liberdade de expressão, valendo-nos, entre outros, das ideias de John Milton e Stuart Mill. De lá, conduzimo-nos pela inesgotável série de precedentes da Suprema Corte que tratam do nosso tema, em que a posição, dominante nos Estados Unidos, de encarar a liberdade de expressão como um direito negativo oponível somente contra o Estado foi abordada, revelando a enorme influência de um pensamento de matriz liberal e individualista no

contexto estadunidense. Estes mesmos precedentes também nos mostraram a força dos debates travados em torno desta posição dominante, sendo incessantes os conflitos argumentativos entre os denominados pensadores *outsiders* (a já referida Catharine Mackinnon, assim como Mary Matsuda, Richard Delgado e Charles Lawrence, entre outros), os quais enfatizam a necessidade de se considerar a intervenção positiva do Estado contra as discriminações subordinativas nas relações entre particulares, e a corrente liberal, do acima citado Ronald Dworkin e de, por exemplo, Rodney Smolla, para a qual interferência estatal soa como uma perigosa abertura para autoritarismos, prevalecendo a concepção, sempre reelaborada, de um *mercado livre de ideias*, no qual quanto mais discurso e menor controle melhor.

Quanto ao Brasil, por óbvio nos interessava, já que é onde nos movemos, além disso, em virtude do potencial emancipador que a Constituição de 1988 buscou construir, vários conflitos antes abafados começaram a ser destampados. Grupos historicamente vulneráveis passaram a exigir maior voz e visibilidade, gerando, como contraponto, também a explicitação de discursos de ódio que, em passado recente, ficavam apenas no simbólico, invisíveis, mas conformando naturalizadamente nossa arquitetura social. A literatura especializada sobre nosso tema ainda é incipiente, destacando-se os pensamentos elaborados por autores como Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, José Emílio Medauar Ommati e Daniel Sarmento.

Assim, no segundo capítulo da segunda parte, procuramos não só abordar as nossas heranças de exclusão, mas também revelar que as mesmas jamais foram aceitas de modo pacífico, em que um personagem histórico do porte de Joaquim Nabuco, com seu “*O Abolicionista*”, ilustra perfeitamente tal circunstância. Neste ponto apresentamos à disputa entre as persistências do *Brazil* e a procura de rupturas do Brasil. Salientou-se também a exigência de constitucionalização dos problemas sobre o exercício da liberdade de expressão, deslocando este da seara exclusiva de uma dimensão privada. Para isto, partimos dos debates travados em torno do paradigmático caso do *HC 82.424*, o qual expõe uma posição hermenêutica de anti-discriminação por parte do Supremo Tribunal Federal, quando este viu-se obrigado a decidir inúmeras questões sobre a existência de limites legítimos ao exercício do direito à liberdade de expressão. Por fim, novamente, explicitamos a importância do diálogo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos no trato dos discursos de ódio.

Em seguida, passamos a Parte III, também dividida em dois capítulos, onde o tema das fronteiras da liberdade de expressão adquire contornos mais definidos ao ser

pensado, conjuntamente, com a igualdade na diferença e a dimensão de responsabilização. Assim, no primeiro capítulo desta última parte, tratamos de aprofundar o modo como os vários documentos internacionais sobre direitos humanos estão sendo interpretados e aplicados quando diante de casos que envolvam liberdade de expressão e discursos de ódio. Optamos por restringir nossas análises, com poucas exceções, aos argumentos expostos pela Corte Interamericana e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Esta escolha deveu-se ao fato de que estes organismos representam e refletem grande parte dos debates mais maduros existentes em termos de pensamento internacional. Realçamos através do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais uma vez, a necessidade de um aporte crítico da memória quando pensamos a respeito de um direito fundamental como a liberdade de expressão, ainda mais quando esta é desafiada por discursos que negam a própria democracia.

Finalizando esta parte, no segundo capítulo, destacamos a dimensão dialógica da liberdade de expressão e sua configuração como condição de possibilidade das democracias constitucionais, o que levou à confirmação da hipótese inicialmente colocada. Essa abordagem envolveu aportes dos pensamentos de Boaventura de Sousa Santos (2010) e Nancy Fraser (2006, 2007). Tratamos, assim, de enfatizar as noções de maioria e responsabilidade, além do papel positivo do poder estatal em relação a temas e situações que gravitam em torno dos limites aos discursos de ódio em democracias constitucionais.

Encerramos, enfatizando que jamais tivemos a pretensão de exaurir o nosso tema, haja vista que somos sabedores dos limites e enraizamentos de qualquer empreendimento do conhecimento humano, assumindo, ainda mais, que em relação ao campo de aplicação ou ao âmbito normativo dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, não há, ao menos a partir de nossos pressupostos, descrição ontologicamente completa e exaustiva do que seja liberdade de expressão e discursos de ódio, refletindo *“uma incompreensão positiva e produtiva”* (NIETZSCHE, 2004), em que, em princípio, aporias, assimetrias e “diferenças” são bem vindas, pois sempre nos impulsionam em direção a novos estudos, abordagens e análises.

1 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS “DISCURSOS DE ÓDIO”: UMA NECESSÁRIA EXPLICITAÇÃO

1.1 O ato de nomear o mundo, a pluralidade e o Estado Democrático de Direito: o local de onde falamos

“A construção histórica é dedicada à memória dos sem nome”

Walter Benjamin

No início *Deus* viu que a luz era boa, e separou a luz das trevas, chamando a luz de dia, e as trevas noite, realizando o ato de constituir o mundo através do ato de nomeá-lo, ou seja, o mundo e o humano, nesta perspectiva do “*Gênesis*” (Gn1,1-5), só surgem após o exercício de tal poder de tornar existente, de representar, aquilo que ainda não possuía sentido, sendo também neste instante, segundo a tradição judaico-cristã, que o *Criador* pega a verdade e a atira na terra (Dn, 8,12), e é da terra que a verdade poderá brotar (Sl. 85,12), o que, continuando na mesma tradição, impõe o imperativo judaico de recordar – *Zakhor* – e a promessa do não esquecimento, leia-se, memória.

É através deste ato “divino” ou “místico”, como alguns podem colocar, de nomear e realizar a verdade que funda a história dos homens, no plural, compartilhada desde seu princípio, designando a si mesma em um ato performativo que cria o “real”, descrevendo menos e construindo mais, revelando a tensão presente em todas as origens, que a *Palavra* aparece como uma força normativa capaz de revelar a fundação como um ininterrupto movimento comunicativo, constitutivamente aberto ao “devir da contingência”.

Apropriando-nos desta visão teológica da constituição do mundo, podemos colocar que, na modernidade, ainda que potencialmente, esse *poder de nomear*, de representar o mundo, vem se tornando difuso nas democracias constitucionais, sendo que as mais variadas e conflitantes identidades podem ser publicamente expressadas, muitas das quais são de origem fundamentalista, radicais e isolacionistas, contrárias ao mesmo pluralismo de onde advêm.

Eis-nos, por conseguinte, em um contexto no qual não há mais uma posição que permitiria, via algum absoluto inquestionável, um verdadeiro ato de fé, legitimar todas as escolhas realizadas, todas as vitórias obtidas, tão-somente em razão de alguma qualificação extraordinária, pois em nossas sociedades não encontramos mais aquele “*Um*” que criaria, por si só, um consenso normativo inquestionável. O sentido de mundo

revela-se como uma construção histórica, sempre admitindo (re)leituras, disputas e deslocamentos, haja vista que na modernidade, com todos os conflitos, riscos e contingência presentes, ninguém mais detém, definitiva e inteiramente, o enorme poder de nomear o mundo, de dizer “**uma só**” verdade.

Em outros termos, o pluralismo presente em nossas sociedades faz com que não mais exista “[...] *só aquele Um que sabe, quer e pode, que seja ao mesmo tempo quem faz e aplica a Lei, que se confunde com ela para administrar os membros impotentes do grupo. A lei interessa a todos, ela é algo que se constrói, se discute, se adapta...*” (BARUS-MICHEL, 2001: 33).

Apropriando-nos de *Claude Lefort*, podemos afirmar a democracia como o espaço do não petrificado, do conflituoso, pois assume-se na história, em constantes e arriscados deslocamentos, onde o “*lugar do poder torna-se um lugar vazio*”, em disputa, pois não mais incorporável, ou seja, “*vazio, inocupável – de tal maneira que nenhum indivíduo, nenhum grupo poderá lhe ser consubstanciável – o lugar do poder mostra-se infigurável.*” (LEFORT, 1991: 32)

Com efeito, a democratização do ato de nomear gera uma pluralidade de vozes, o que é altamente produtivo para podermos ressignificar narrativas e redimir alternativas históricas antes descartadas, não aceitas por discursos¹⁰ hegemônicos e homogeneizadores, o que possibilita que visualizemos em cada um de nós a potência transformadora e avassaladora, em que a democracia torna-se uma grande “Babel”, espaço de multiplicidade de línguas, no qual o “caos discursivo” pode ser um catalisador de transformações sociais emancipadoras.

Todavia, essa mesma abertura discursiva carrega consigo o risco constitutivo, conformador de qualquer democracia constitucional, qual seja, a ilegitimidade de certas pretensões identitárias levantadas, as quais negam o diálogo, exteriorizando um medo do novo, do diferente, do inesperado, buscando, em realidade, impor o silêncio de suas verdades.¹¹

¹⁰ Observe-se, desde já, que devemos ressaltar que o termo “*discurso*”, por nós empregado durante o trabalho, tem o seu sentido dependente do contexto no qual o mesmo é utilizado, podendo ter o significado oriundo do “senso comum”, como o ato de enunciar uma mensagem, expressar uma posição ou proferir uma fala, e com o sentido habermasiano de problematização das pretensões normativas levantadas, isto é, como “*discussão*” (*Diskurs*). Conferir: (SALCEDO REPOLÊS, 2003: 34).

¹¹ Ainda caminhando por entre argumentos teológicos, desvelamos que esse medo do imprevisível, do espontaneamente novo, é perceptível nas próprias narrativas cristãs, pois *Aquele* que era esse novo, o diferente, o que rompia com o assentado, anunciando *outra* mensagem, quebrando dogmas, conformando a *descontinuidade* com os discursos dominantes da época, potencializando a emancipação de todos, foi também o que foi silenciado pelo receio do diverso, da “boa nova”, sendo preso e condenado, em outras palavras, como nos lembra *Jon Sobrino*, a vítima torturada foi o *Crucificado* (SOBRINO, 2000). Como

É esse risco que nos faz recuperar o imperativo histórico da memória, da nossa responsabilidade como herdeiros de nossa história constitucional, o que, acima de tudo, impõe não esquecermos que nosso pensamento é sempre “*pós-escravidão*” (COSTA, 2006), o que implica que os vínculos normativos que esse passado pode apresentar no presente são ainda por demais fortes. Isto é, qualquer análise da nossa conformação social e do sentido dos direitos fundamentais que se pretenda crítica diante da desigualdade existente na sociedade tem que tomar a sério as perversas heranças que inúmeros momentos e períodos infelizes da nossa história transmitiram e edificaram.¹²

Nessa linha, podemos dizer que em uma democracia constitucional, a ação de nomear e traduzir o mundo, de escrever outras narrativas históricas, está vinculada às noções de memória e herança, de sempre procurarmos inserir nossas indagações e questionamentos “**na**” história, “**no**” mundo, “*entre homens*”, “[...] *pois a pluralidade é a lei da terra*”, como escreveu Hannah Arendt (ARENDR, 1999:29). Entendimento contrário tornaria mais próximo o perigo de naturalizarmos silêncios, de não iluminarmos exclusões, desconhecendo o fato de que esta mesma democracia constitucional impõe que escolhamos, como herdeiros ativos, quais heranças queremos preservar e quais descartar, isto é, sob pena de mantermos o vínculo com estruturas anacrônicas de pensar o social e o jurídico, não devemos desprezar “[...] *o significado histórico das experiências de desrespeito*” (HONNETH, 2003: 24).

Como o anjo de Walter Benjamin, presente na famosa *Tese IX* do texto “*Sobre o conceito de história*” (LÖWY, 2005: 87-95), precisamos saber das histórias novas, ainda sem voz. Essas estão presentes e distantes da memória, não realmente esquecidas ou superadas, e nos impulsionam para o futuro, lutando contra as catástrofes e

outro autor escreveu, o *medo* sempre foi um mecanismo de ação ou restrição da política, haja vista que “[A] *humanidade sempre teve a experiência dessa ferramenta, e sabemos bem que o seu primeiro efeito é o de humilhar os homens e de diminuir sua capacidade de autonomia.*” (SÈVE, 2007: 174)

¹² É sempre importante não desconsiderarmos este *peso da escravidão*, entendido este com o sentido de exclusão naturalizada de categorias sociais na análise de nossas relações jurídicas, caso contrário, cairíamos na tentação de entendê-lo apenas como passado, já superado e, portanto, passível de ser esquecido, retomando, como anota Ana Paula Repolês Torres, o denominado *Decreto do Esquecimento* (*Decreto s/n de 14/12/1890*) de Rui Barbosa, o qual, “[...] *enquanto Ministro da Fazenda na República Velha*”, através deste instrumento legislativo, pretendeu “*apagar as marcas*” do período escravocrata da nossa história, procurando “*purificar*” a república que nascia, isto é, tal “*decreto*” mandava “[...] *queimar todos os papéis, livros de matrícula e documentos relativos à escravidão, existentes nas repartições do Ministério da Fazenda*” (REPOLÊS TORRES, 2005: 78-79). Registre-se, por oportuno, que a historiadora Keila Grinberg anota que, em realidade, a decisão de queimar os arquivos sobre a escravidão não tinha como finalidade apagar os rastros das relações escravocratas no emergir da República, mas sim interditar possíveis ações e projetos indenizatórios por parte dos antigos *senhores-proprietários* que estavam sendo discutidos, sendo que Rui Barbosa entendia que se alguém devia ser indenizado, eram os agora ex-escravos (GRINBERG, KEILA, 2011). Neste sentido, ver também, com farta documentação: (LACOMBE; SILVA; BARBOSA, 1988).

escombros que perpassam a nossa visão de mundo. Elas desvelam e apontam os nossos fantasmas, os atormentados, acorrentados, fumaça funesta que na história tem sido construída, impregnando as nossas modernas relações. E nos lembram de ir além da busca por conceitos universais, da procura sistemática por *a priori*s fundantes. O projeto democrático nos convida a tentar construir novas significações, repletas de riscos e angústias, reconhecendo a capacidade infinita de resistir e recomeçar que o humano comporta.

Com efeito, tais assertivas já demonstram que há uma premente necessidade de não esquecermos as experiências dos que nos precederam, pois elas, paradoxalmente, vinculam-nos com os que ainda hão de chegar, sendo que o ato de rememorar, ato imperativo de um recordar redimido, para nos lembrarmos novamente de Walter Benjamin (BENJAMIN, 1985), implica e impõe a questão da herança, de como receber e traduzir as experiências de mundo que nos são legadas pelas gerações que aqui não mais estão.

Como outro instigante pensador, *Jacques Derrida*, sempre gostou de advertir, ao ressaltar o papel ativo que os herdeiros possuem na (re)escrita do seu próprio tempo e de suas próprias lutas, ainda mais quando estamos refletindo sobre democracia, liberdade e igualdade, “*é preciso*”

[...] *fazer de tudo para se apropriar de um passado que sabemos no fundo permanecer inapropriável, quer se trate aliás de memória filosófica, da precedência de uma língua, de uma cultura ou da filiação em geral. Reafirmar, o que significa isso? Não apenas aceitar essa herança, mas relançá-la de outra maneira e mantê-la viva. Não escolhê-la (pois o que caracteriza a herança é primeiramente que não é escolhida, sendo ela que nos elege violentamente), mas escolher preservá-la viva.*” (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004: 12) (destaques nossos)¹³

Percebe-se, com Derrida (1994, 2004) e Benjamin (1985, 1986), ambos *marcados* pelo citado imperativo judaico da lembrança, da transmissão das vivências, tanto as apontadas como positivas quanto as negativas, que quando recuperamos uma narrativa, *presentificando-a*, tornamos a mesma nossa em razão da abertura

¹³Como lembra Repolês Torres, refletindo a partir dos mesmos Derrida e Roudinesco, “tal afirmativa implica em uma postura “ativa” diante das tradições que herdamos, já que “herdar” denota, ainda que indiretamente, reflexão, seleção e decisão perante o que desejamos “manter”, o que possibilita “nos reinventar” continuamente, assumindo a abertura tanto do passado quanto do futuro, pois responsáveis perante as duas dimensões, pois, como já posto, são sempre “nossas” as escolhas realizadas, isto é, “*um herdeiro não é apenas alguém que recebe, é alguém que escolhe, e que se empenha em decidir. (...) A afirmação do herdeiro consiste naturalmente na sua interpretação, em escolher* (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004: 17).” (REPOLÊS TORRES, 2007:08)

hermenêutica que o fenômeno humano carrega consigo, isto é, quando decidimos assumir como nossa uma escrita pretérita, dialogamos com uma ausência, um espectro, que em virtude de tal diálogo, efetiva-se no “presente.”¹⁴

Com base em tais pressupostos, o mesmo Derrida escreve e destaca tal tarefa de interpretação e tradução – o tornar legível – das estruturas das heranças que nos chegam, pois vemos que sermos “*herdeiros, [...] não quer dizer que temos ou que recebemos isto ou aquilo, que tal herança nos enriquece um dia com isto ou aquilo, mas que o ser disso que somos é, primeiramente, herança, o queiramos, saibamos ou não*” (DERRIDA, 1994: 79), isto é, “*somos à medida que herdamos [...]*” (DERRIDA, 1994: 79), reflexo de nossa própria finitude.¹⁵

Nesta linha, o sentido de democracia constitucional constrói-se ao sairmos para as ruas, para as passagens, escutando e vivendo as experiências, fazendo-nos endereçar, nomear, descortinando a nossa responsabilidade geracional, ou seja,

a dívida com aqueles que nos precederam e, igualmente, a dívida com as gerações futuras, a quem devemos transmitir uma herança que não seja onerosa. Essa dívida não significa que o herdeiro deva ser comportar exatamente de acordo com o esquema prescrito. Ele pode aceitar a herança enquanto procede a seu inventário, pode principalmente questioná-la, desprender-se dela, transformá-la ou até recusá-la, mas com uma condição: reconhecer que ela existe. (ENRIQUEZ, 2004: 49-50)

É este (*com*)*promisso* (DERRIDA, 1994, 2004) com certas experiências de mundo, com determinadas alternativas e narrativas históricas, que nos impõe (re)ler e (re)escrever a nossa história democrática e constitucional em uma nova luz, a qual, por exemplo, permite-nos visualizar que a noção de *liberdade de expressão* não deve ficar restrita à busca de encontrarmos algum conceito pronto e acabado, pois a mesma precisa ser posta diante de contextos ainda dominados por desejos naturalizados de segurança e estabilidade, em que a *diferença*, aquela que assusta, historicamente emudecida, é tida como uma ameaça ao *status quo*, a projetos fechados de vida, os quais pretendem-se

¹⁴ Nesta linha, conferir: DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Trad. Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

¹⁵ Em outras palavras, há uma “injunção”, pois se “reafirma escolhendo”, uma escolha necessária, ativa, haja vista, que “[...] se a legibilidade de um legado fosse dada, natural, transparente, unívoca, se ela não pedisse e não desafiasse ao mesmo tempo a interpretação, não se teria nunca o que herdar.” (DERRIDA, 1994: 33)

imutáveis e permanentes, o que acaba por gerar um enorme *mal-estar*, para nos apropriarmos da ideia freudiana (FREUD, 1974).¹⁶

Dá que o estudo dos limites e das possíveis fronteiras ao exercício desta mesma liberdade de expressão, ainda mais quando realizado sob o pano de fundo de uma democracia constitucional, pode nos permitir iluminar certas práticas sociais não problematizadas, estruturantes de uma sociedade moldada, sem dúvida, pela desigualdade e exclusão, mas também por lutas e resistências, revelando e destampando conflitos que posições até então inquestionáveis, legitimadas pelo tempo, sempre buscaram ocultar: a persistência, na sociedade brasileira, de falas por demais excludentes, as quais, em muitos momentos, agem sem visibilidade, edificando e conformando hierarquias e representações sociais de modo natural, onde certos grupos sociais escolhidos (negros, índios, homossexuais e mulheres, entre outros “*outsiders*”) são estereotipados como depravados, fúteis, pouco confiáveis e preguiçosos.

Exemplos de tais heranças podem ser visualizados no premiado trabalho “*As patroas sobre as empregadas: discursos classistas e saudosistas das relações de escravidão*”, da pesquisadora da Universidade Federal de Minas Gerais, *Juliana Cristina Teixeira* (2013), a qual aborda e analisa certos “*discursos de empregadores de trabalhadores domésticos em uma comunidade virtual da rede social Orkut que tem o nome “Vítimas de Empregada Doméstica”.*” (TEIXEIRA, 2013: 01)¹⁷

Neste citado trabalho, encontramos diálogos travados entre algumas patroas que querem contratar boas empregadas, os quais são elucidativos desta dimensão de exclusão presente nas relações de trabalho doméstico, em que, por exemplo, ao ser questionada onde encontrar empregadas domésticas confiáveis, uma patroa responde: “*amiga [...] se vc conhece “rio das pedras”, lá é o melhor lugar. Tem muito nordestino... e de lá a mão de obra é legal. Vou lá amanhã e se souber de outra eu te falo*” (TEIXEIRA, 2013: 09).

¹⁶ Como escreve *Zygmunt Bauman*, vivemos em tempos de “liquidez”, em que o medo, visto de todos os lados, é empregado para embasar uma lógica empobrecedora, maniqueísta e perigosa de configuração social, aquela que reduz as relações intersubjetivas a dimensão entre o “[...] nós, os filhos da luz, e eles, as crias das sombras” (BAUMAN, 2008: 149), do que estão “dentro” e os que devem ser postos ou mantidos do lado de “fora”, onde a proximidade com o diferente, com o não naturalizado incomoda, isto é, a resposta, ainda muito presente, de parte da sociedade diante do pluralismo e da alteridade, é o desejo, quase obsessivo, de controle e segurança, de uniformização, mesmo que através de estereótipos não problematizados. Tais argumentos, que serão novamente abordados no decorrer do nosso trabalho são, em nossa perspectiva, de suma importância na compreensão do sentido da *liberdade de expressão* em contextos constitutivamente plurais.

¹⁷ Disponível em: <<https://www.ufmg.br/online/arquivos/027659.shtml>>. Acesso em: 20/03/2013.

Nesta mesma linha, carregada de estereótipos e estigmas, temos o seguinte comentário de outra patroa que não conseguia arrumar um profissional, eletricista ou marceneiro, que realizasse a instalação de um aparelho de forno e fogão, fato este, atribuído pela mesma a “*falta de seriedade e de profissionalismo que só brasileiros possuem*”, além de “lembrar” que “*a maioria dos pedreiros, eletricistas e marceneiros são esposos de ... empregadas domesticas! Agora somemos: marido porco, serviço porco, casado com empregadas domesticas, qual a chance de vc ter em sua casa uma “profissional caprichosa e limpa?”*” (TEIXEIRA, 2013: 13)

Em realidade, a referida pesquisa nos mostra outra face das relações ocorridas na “*intimidade das casas de família*”, muito distante de qualquer noção de afetividade ou igualdade, dimensão praticamente invisível quando nos prendemos, por exemplo, aos aspectos dogmáticos da relação de trabalho doméstico, desconhecendo que qualquer relação social é resultado de toda uma série de interações e construções historicamente dispostas, as quais refletem a tensão entre a luta por afirmação de direitos e identidades e um “*passado que não quer passar*”, para nos utilizarmos do pensamento de Ernst Nolte (NOLTE, 1989: 10).

Seguindo essa linha argumentativa, compartilhando uma trajetória de análise próxima da que aqui pretende ser trabalhada, temos também *Marilena Chaui* (2000), a qual realça, ao escrever e apontar as ambiguidades e contradições adormecidas pelas narrativas simbolicamente predominantes sobre a representação de nosso “*mito fundador*”, que a

[...] *força persuasiva dessa representação transparece quando a vemos em ação, isto é, quando resolve imaginariamente uma tensão real e produz uma contradição que passa despercebida. É assim, por exemplo, que alguém pode afirmar que os índios são ignorantes, os negros são indolentes, os nordestinos são atrasados, os portugueses são burros, as mulheres naturalmente inferiores, mas, simultaneamente, declarar que se orgulha de ser brasileiro porque somos um povo sem preconceitos e uma nação nascida da mistura das raças. [...] Em suma, essa representação permite que uma sociedade que tolera a existência de milhões de crianças sem infância e que, desde seu surgimento, pratica o apartheid social possa ter de si mesma a imagem positiva de sua unidade fraterna.* (CHAUI, 2000: 08)

Percebe-se, desde já, que na seara dos (des)encontros sociais, quando se está abordando o âmbito normativo de um direito fundamental como, por exemplo, o da liberdade de expressão, devemos refletir até mesmo sobre ingênuas ou infelizes

“brincadeiras”, haja vista que as mesmas podem contribuir para o reforço de tais visões estereotipadas de mundo, pois, ao rirmos da máxima de que um *“tapinha não dói”* e que toda *“mulher de malandro gosta de apanhar”*, podemos acabar, com nossa postura alienada, por reforçar ou reproduzir modelos de violência simbólica e de gênero que, com muita luta e sofrimento, estão sendo “descobertas”, isto é, “[...] *interpretações sempre guiadas, não obstante com matizes diversas, por noções de superioridade inata de uns e inferioridades natural de “outros”.*” (SCHWARCZ, 2001:28)¹⁸

Então, como herdeiros que somos, devemos reconhecer que há uma dimensão simbólica de exclusão e desigualdade social, a qual deve ser entendida como um ponto de virada inicial diante de um quadro de hierarquias, de silêncios impostos e estabelecidos por tradições não problematizadas, sendo necessário procurarmos desconstruir tais discursos e padrões, ou seja, torná-los visíveis, temas do espaço público, problema constitucional, em que a imputação e responsabilização pelas condutas de cada um possa ser exigida normativamente, o que nos remete novamente a toda complexidade que gravita em torno do chamado *discurso livre*.

Seguindo esse trajeto de análise, visualizamos que “[...] *a nossa condição no mundo é hermenêutica, atribuímos sentido, interpretamos o tempo inteiro e as nossas interpretações dependem de uma série de não ditos, de supostos.*” (CARVALHO NETTO, 2003: 160)

Assim, assumir que, historicamente, o acesso à arena pública de debates sempre foi demasiadamente estreito e restrito, excluindo e denegando o direito à voz a parcela considerável de nossa população, pressupõe problematização, e não ilusões¹⁹, pois o sentido da relação entre democracia constitucional e liberdade de expressão nunca está inteiramente fechado, admitindo, recorrentemente, sempre novas inclusões, mas também, exclusões, não recalçando o fato de que compartilhamos conflitos e tensões,

¹⁸ A título exemplificativo, podemos afirmar que as democracias constitucionais não devem desconsiderar a força deste tipo de “humor”, pois o mesmo pode ser desconcertante e humilhante para certos grupos sociais, como, por exemplo, para os seguidores do Islã, vários dos quais entenderam que a liberdade de imprensa e de expressão não justificaria imagens publicadas em alguns jornais e revistas da Europa que ironizavam o Profeta Maomé, sendo tais *charges* vistas como ofensivas aos que professam a fé muçulmana, o que gerou uma onda de protestos contra o ocidente por várias partes do mundo. Tal caso levou ao extremo de um jornal conservador iraniano, em resposta, afirmar que publicaria *cartoons humorísticos* sobre o holocausto judaico, tendo como pretexto a mesma justificativa dada pelos órgãos de imprensa europeu que reproduziram a imagem de Maomé, qual seja, a liberdade de expressão. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/02/060207_pressreview.shtml>. Acesso em: 05/09/2013. Sobre este tópico, ver: (DWORKIN, 2006b).

¹⁹ Parafraseando Lilia Moritz Schwarcz (2001), neste campo, não existe espaço para a doce ilusão, mas ainda assim uma ilusão, de um “[...] *viveram felizes para sempre*” (SCHWARCZ, 2001: 11).

em que o fenômeno normativo, sob de pena de modernos totalitarismos, não pode desconhecer as exigências crescentes de liberdade e igualdade.

Ora, o próprio sistema jurídico admite que tais distorções existem no que tange aos caminhos que levam ao modo como a liberdade de expressão é concretizada, bastando, por exemplo, lembrarmos da desigualdade de gastos e financiamento nas campanhas eleitorais, em que aqueles discursos mais tradicionais, menos amedrontadores, acabam por receber grande parte das doações de campanha, conseguindo maior visibilidade para suas propostas, ou seja, a própria legislação que normatiza o procedimento das eleições (Lei 9.504/97) possui uma série de dispositivos que visam garantir um mínimo de isonomia entre os participantes das eleições, regulando e sancionando o chamado *abuso do poder econômico* (LE, arts. 30-A e 41-A), conformando o previsto no artigo 14, parágrafo 9º., do próprio texto constitucional, com a redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 4/1994. (BRASIL, 2013a: 30)

Não há, assim, como negarmos o fato de que certos grupos sociais revelam possuir um nível maior de influência no que tange, por exemplo, ao modo como os debates públicos são selecionados, colocados e direcionados, do que outros setores da sociedade, bastando para isso pensarmos no poderio político e econômico de alguns meios de comunicação, o que pode acabar desvirtuando o próprio processo democrático de tomada de decisões.

Este tal poder de influenciar, discursivamente analisado, é capaz de criar, manter ou reproduzir, mesmo em uma democracia constitucional, visões de vida excludentes, não problematizadas, assentadas em estereótipos e estigmas historicamente construídos, articulando argumentos sedutores, os quais remetem e refletem, ainda que implicitamente, para o desejo, simbolicamente difuso, de segurança e estabilidade, isto é, ao refletirmos sobre o exercício da liberdade de expressão devemos ter em mente que o próprio “discurso” “[...] *é similar a outros recursos sociais valorizados que constituem a base do poder e cujo acesso é distribuído de forma desigual.*” (DIJK, 2008: 89)

Em relação ao peso do poder econômico e o sentido da liberdade de expressão em contextos que se dizem democráticos e constitucionais, a *Suprema Corte dos Estados Unidos*, em um precedente muito questionado (*Buckley v. Valeo*, 1976)²⁰,

²⁰ Mesmo um autor tido como *liberal*, como Ronald Dworkin, defensor de uma ampla liberdade de expressão, considerou, em livro originalmente publicado em 1996, tal precedente uma “[...] *infeliz*

afirmou, por 7 votos a 1, em rápida síntese, que dispositivos que restringissem os gastos independentes nas campanhas eleitorais, quando não visassem proteger, diretamente, a arquitetura da própria democracia representativa, estariam em confronto com a liberdade de expressão conforme disposta na *Primeira Emenda*.²¹

Dentro deste debate, devemos salientar que a discussão em torno do acesso à arena pública de debates e a força das grandes corporações jornalísticas é um dos temas centrais hoje no que se refere à liberdade de expressão e o princípio da igualdade. O caso paradigmático em termos sul-americanos é o argentino, no qual a Lei 26.522/2009, denominada de *Ley de Medios*, tem levantado uma série de disputas e indagações.

Para seus defensores, a referida legislação democratiza o acesso aos meios de comunicação de massa, garantindo a diversidade de opiniões e posições, tendo sido, inclusive, elogiada pelo relator especial das Nações Unidas sobre a Liberdade de Expressão, *Frank La Rue*, o qual afirmou que “[...] *para a liberdade de expressão o princípio da diversidade de meios e de pluralismo de ideias é fundamental.*” (tradução nossa)²²

Entretanto, para seus críticos, a *Ley de Medios* ofenderia, entre outros pontos, esta mesma liberdade de expressão, pois possibilitaria uma intervenção do aparato estatal na liberdade de imprensa, restringindo a dimensão crítica da mesma diante do próprio estado, levando, inclusive, representantes do Grupo *Clarín* a indagar, judicialmente, a constitucionalidade da citada lei.²³

decisão da Suprema Corte.” (DWORKIN, 2006a: 28) Na mesma linha, o lembrado Dworkin, ainda escreve que “*o autogoverno democrático só pode se realizar por meio de um processo político deliberativo que não pode acontecer quando não se impõem limites aos gastos das campanhas políticas, especialmente os gastos com propaganda política na televisão*” (DWORKIN, 2006a: 28). Aproveita-se tal passagem para indicar que os precedentes mencionados no decorrer da tese, oriundos da Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir deste ponto, possuem como fonte o banco de dados dos sites da *Cornell University Law School (Legal Information Institute)* http://www.law.cornell.edu/supct/cases/topics/tog_freedom_of_speech.html, do *United States Supreme Court Center*, <http://supreme.justia.com>, além do <http://www.oyez.org>, referente ao *The Oyez Project* (últimos acessos em: 10/12/2013), salvo quando abordados diretamente por “*terceiros*”.

²¹ First Amendment. Freedom of Religion, Press, Expression. Ratified 12/15/1791. “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*”

²² “[...] *para a libertad de expresión el principio de diversidad de medios y de pluralismo de ideas es fundamental.*” Disponível em: <<http://www.onu.org.br/no-brasil-relator-da-onu-fala-sobre-liberdade-de-imprensa-e-o-papel-do-jornalismo-critica-acao-no-stf-e-elogia-ley-de-medios/>>. Acesso em: 10/09/2013. Também: <<http://www.argentina.gob.ar/pais/94-ley-de-servicios-de-comunicacion-audiovisual.php>> e <www.dw.de/nueva-ley-de-medios-argentina-est%C3%A1-en-juego-la-libre-prensa/a-16432269>. Acesso em: 10/09/2013.

²³ Ressalte-se, que no segundo semestre de 2013, a Suprema Corte argentina declarou a constitucionalidade de todos os dispositivos da citada *Ley de Medios*, a qual havia sido aprovada pelo

Nesta temática, realçamos que a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, na importante opinião consultiva 05/1985, ao abordar o exercício da liberdade de expressão e o papel estatal na promoção e garantia da mesma, afirmou:

A liberdade de expressão requer que os meios de comunicação social estejam virtualmente abertos a todos sem discriminação ou mais exatamente, que não haja indivíduos ou grupos que, a priori, estejam excluídos do acesso a tais meios, exige igualmente certas condições a respeito destes, de maneira que, na prática, sejam verdadeiros instrumentos dessa liberdade e não veículos para restringi-la. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas*”. Opinião Consultiva OC-5/85, par. 34, tradução nossa)²⁴

Verifica-se, assim, que esta desigualdade de acesso, por óbvio, não se restringe à seara eleitoral, mas está subjacente a todas as interações sociais que ocorrem no espaço público, no qual todos, ainda que formalmente, podem ter voz ativa, mas alguns possuem altos falantes mais poderosos, os quais permitem que suas ideias sejam mais audíveis.

Estes argumentos reforçam a necessidade de não desconhecermos a nossa história, a nossa responsabilidade pela herança que queremos manter e transmitir, nos impondo a tarefa de trabalharmos a liberdade de expressão frente a um contexto marcado por exclusões, tanto materiais quanto simbólicas, impulsionando-nos não no trajeto de encontrar algum conceito que consiga abarcar a enorme complexidade social presente em nossa sociedade, mais sim de, ao não desconsiderar as nossas memórias, reconhecer que o ato de recordar é central na compreensão do alcance e dos efeitos que a liberdade de expressão pode desvelar em uma democracia constitucional.

É neste ambiente, em que a revisitação de *expressões passadas* se faz necessária, que buscamos trabalhar o sentido e a amplitude normativa do exercício da liberdade de expressão, ou seja, procuramos confrontar a exigência desta mesma liberdade fundamental com discursos nem sempre explícitos, de exclusão e subordinação, os quais se revelam ainda por demais configuradores em cenários como o brasileiro.

Congresso da Argentina no ano de 2009. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1633863-triunfo-del-gobierno-la-corte-suprema-declaro-constitucional-la-ley-de-medios>>. Acesso em: 30/10/2013.

²⁴ “*La libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación o más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla.*” (CIDH, “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas*”. Opinião Consultiva OC-5/85, par. 34) Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 10/09/2013.

Como adverte *Catharine Mackinnon*, na sua obra *Only Words*, “a desigualdade social é substancialmente criada e imposta – isto é, concretizada – através de palavras e imagens” (MACKINNON, 1996: 13, tradução nossa)²⁵, em que as tristemente célebres placas, presentes tanto no período segregacionista norte-americano, quanto no *apartheid* sul-africano, com os dizeres “*White Only*” [Somente Brancos], remetem-nos à reflexão, não apenas sobre uma forma conceitual, mas, sobretudo, sobre as fronteiras do exercício cotidiano de um direito fundamental como a liberdade de expressão.

Assim, será que a publicação de ideias tidas como extremamente ofensivas por parte de algum grupo social é coberta pela liberdade de expressão, sendo apenas “palavras”? Senão, quais seriam os argumentos e posições que justificariam e legitimariam o estabelecimento, a extensão e a aplicação de limites e fronteiras? Será que seria o argumento, destacado por *Richard Delgado* (1982), nem sempre visível, de que certas “*palavras ferem*” [*Words that wound*]?

Por exemplo, insultos de cunho racista podem ser tidos como crítica política e, portanto, abarcados constitucionalmente? Pensemos com o caso envolvendo *Cecile Kyenge*, cidadã italiana de origem africana, nomeada ao posto de Ministra da Integração, a qual vem sendo destinatária de inúmeras ofensas, algumas explícitas, outras nem tanto, em razão de sua origem e sua cor. Muitos destes insultos escondem-se através do emprego de metáforas e “brincadeiras” [por exemplo, um representante do partido conservador *Liga do Norte*, disse que *lembrava* de um *orangotango* ao ver a Ministra Cecile, ainda que não dissesse que a mesma fosse um deles] como se os mesmos fizessem parte do folclore político e partidário, dentro, portanto, da liberdade de expressão enquanto crítica governamental, ainda que de extremo mal gosto.²⁶

Seguindo ainda com indagações a este respeito, perguntaríamos se o direito à liberdade de expressão também abarcaria a situação em que algum indivíduo, ainda que com fundamento na liberdade religiosa, expusesse amplamente seu enorme desconforto com certas identidades sexuais existentes na sociedade, considerando algumas destas opções pecaminosas, como, por exemplo, o caso ocorrido no Canadá, em que um cidadão da província de Saskatchewan, em *verdadeira cruzada*, continuamente expressa, nos espaços públicos, entre outras falas, a que afirma, em resposta a proposta

²⁵ “*Social inequality is substantially created and enforced – that is, done – through words and images.*” (MACKINNON, 1996: 13)

²⁶ Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2013-05-03/primeiro-ministra-negra-da-italia-enfrenta-ofensas-racistas.html>>. Acesso em: 03/05/2013. Também: <<http://br.noticias.yahoo.com/senador-italiano-compara-ministra-negra-orangotango-142644071.html>>. Acesso em: 15/07/2013.

de se colocar o tema da homossexualidade nos currículos escolares, que a “[...] *homossexualidade deve ser mantida fora das escolas públicas de Saskatchewan!*” (tradução nossa)²⁷

Estas e tantas outras indagações e colocações que poderiam aqui ser formuladas, conjugadas com a dimensão de uma exclusão estigmatizante, não reduzível ao seu aspecto meramente econômico, reproduzida naturalizadamente por narrativas que se pretendem hegemônicas, legítimas por si sós, posto que “*donas da verdade sobre o mundo*”, distribuindo os atores sociais entre os que têm direito à voz, à fala, e os que **só têm o direito de ouvir**, parecem demonstrar que qualquer análise sobre a liberdade de expressão tem que levar a sério o contexto histórico em que está inserida, pois do contrário, poderemos não perceber aquilo que *Owen Fiss* denominou de “*o efeito silenciador do discurso*” (“*the silencing effect of speech*”) (FISS, 2005: 33), o que, novamente, só reforça a centralidade do papel dos herdeiros no ato de recuperar ou descartar certas experiências e destampar conflitos até então emudecidos.

Pensar as fronteiras da liberdade de expressão nas modernas democracias constitucionais conduz-nos através das disputas travadas pelos sentidos da memória, a descortinar o fato de que as pretensões normativas, discursivamente levantadas pelos atores sociais, devem ser postas diante da *nossa* história, confrontada com esta, problematizando vozes e narrativas ditas dominantes, muitas das quais propugnam por uma liberdade e uma igualdade **do** mesmo e **entre** os mesmos, do estável e do estático.

Desvela-se, aqui, a importância e o potencial democrático e emancipador de dizermos “*não*” a certas práticas sociais arraigadas em nossa sociedade, haja vista que, como *Boaventura de Sousa Santos* ensina, ao dialogar com o filósofo *Ernst Bloch*, o “[...] *Não é a falta de algo e a expressão da vontade de superar essa falta. É por isso que o Não se distingue do Nada. [...] Dizer não é dizer sim a algo diferente.*” (SANTOS, 2010: 116)

Deste modo, refletirmos sobre *liberdade de expressão* implica, no caminho por nós escolhido, pensarmos os diversos *plurais* existentes em nossa sociedade, o que também nos leva, novamente, como que ressaltando a sua centralidade, a um recordar que busca desconstruir *passados* ainda existentes, não sendo a ida à memória nem neutra, nem descompromissada, pois não devemos desconsiderar as lutas ocorridas

²⁷ “*Keep Homosexuality out of Saskatoon’s Public Schools!*” Disponível em: <http://news.nationalpost.com/2013/02/27/supreme-court-upholds-canadas-hate-speech-laws-in-case-involving-anti-gay-crusader/>>. Acesso em: 19/09/2013.

contra injustiças sociais historicamente postas, denotando que, em termos das relações entre liberdade de expressão e democracia constitucional, o sentido contextual de igualdade deve sempre ser recuperado e retomado, sob o risco de sermos por demais unidimensionais.

Revela-se, nesta perspectiva por nós assumida, de extrema contemporaneidade, a advertência do historiador francês *Marc Bloch*, ele próprio vítima de discursos homogeneizadores e do medo, de que “*a incompreensão do presente nasce fatalmente da ignorância do passado. Todavia não é, talvez, menos em vão esforçar-se por compreender o passado se não se sabe nada do presente.*” (BLOCH, 1957: 38, tradução nossa)²⁸

Também *Walter Benjamin*, silenciado como *Marc Bloch*, ressaltou que ir ao passado implica (re)encontrarmos o presente, sem pretensões positivistas de neutralidade ou desinteresse, pois tal *rememoração* não é apenas um exercício meramente erudito, já que, como lembrado por Benjamin na sua *Tese VI*:

Articular o passado historicamente não significa conhecê-lo “tal como ele propriamente foi”. Significa apoderar-se de uma lembrança tal como ela lampeja num instante de perigo. [...] Em cada época é preciso tentar arrancar a transmissão da tradição ao conformismo que está na iminência de subjugar-la. (BENJAMIN apud LÖWY, 2005: 65)

Daí não banalizarmos a desigualdade nem o silêncio, procurando aquelas alternativas emancipadoras, não opressivas, historicamente subjacentes a esta mesma desigualdade silenciosamente imposta, não assumindo, por exemplo, ingenuamente o próprio princípio da liberdade de expressão, já que a “*liberdade pode ser [...] um signo enganador, ‘complemento solene’ da violência que leva a defender não homens livres, mas ideias abstratas. A palavra liberdade traz, pois, na sua própria história, o seu contrário, isto é, a servidão.*” (NOVAES, 2002:07)

Neste enfoque, pensar, criticamente, a relação da *liberdade de expressão com suas fronteiras* impõe que lidemos com aspectos não visíveis presentes no trajeto histórico-constitucional de afirmação da cidadania democrática e da luta por reconhecimento de direitos, haja vista que estes mesmos aspectos, não obstante estarem aparentemente ausentes, não são menos condicionantes deste mesmo trajeto de

²⁸ “[...] *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.*” (BLOCH, 1957: 38)

aprendizagem, pois tal dimensão simbólica está latente, com enorme força, em todos os espaços da vida social, como estamos procurando realçar.

Faz-se aqui um rápido, mais importante parêntesis, pois ao ressaltarmos o *simbólico, o não-dito*, não significa que estejamos minimizando o fato que a exclusão social, em um contexto como o brasileiro, seja determinada historicamente por uma perversa desigualdade de base material. Assim, não obstante o avanço recente nesta área, com a melhoria de quase todos os índices de desenvolvimento humano (IDH), resultado de uma série de políticas públicas de cunho compensatório, as quais têm como destinatários centrais grupos e setores da sociedade civil caracterizados por alto nível de vulnerabilidade, a desigualdade social, refletida, por exemplo, na diferença de renda entre os mais ricos e os mais pobres, e no grau de acesso a facilidades públicas (educação, saúde, água potável, rede de esgoto, entre outros serviços básicos) continua em padrões extremamente injustos.²⁹

Por conseguinte,

[N]ão se discute o fato de que a sociedade brasileira seja excludente. Poucos têm sido aqueles que parecem desconhecer os dados da exclusão em nosso país. Não só dados quantitativos demonstram a exclusão, um simples olhar pelas cidades apresenta a objetividade desse fato social. Uma simples passagem pelas periferias demonstra a desigualdade sóciourbana de forma bastante contundente: a superposição de desvantagens é evidente e injusta. (GUSTIN, 2010: 37)

Com esta necessária ressalva, podemos buscar entender uma exclusão que transcende critérios econômicos-materiais, estando enraizada, por exemplo, ainda que em níveis diversos, no denominado *pano de fundo de silêncio compartilhado*, em espaços naturalizados, moldados pelo que um pensador de nossa experiência hermenêutica de mundo, *Hans Gadamer*, chamou de “*hábitos imperceptíveis do pensar*” (GADAMER, 1999: 402), isto é, dos *preconceitos* que carregamos conosco, os quais, diante da ausência de uma crítica desconstrutiva, não são tematizados quando da conformação das representações de vida boa que perseguimos.

²⁹ Exemplificativamente, o Relatório de Desenvolvimento Global de 2011 (PNUD), o 1º. Lugar foi ocupado pela Noruega (0,943), estando o Brasil na posição 84 (0,718). Diga-se também, que de acordo com os últimos dados do IBGE (2011), oriundos da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), a renda média mensal dos brasileiros mais pobres aumentou mais que a da faixa dos mais ricos, gerando uma queda no patamar de concentração de renda, ou seja, o índice GINI (que mede a desigualdade de renda entre determinados segmentos da sociedade) teve uma queda em relação ao ano de 2009 (0,518) para o ano de 2011 (0,501), lembrando que quanto mais próximo do zero, menos concentrada será a distribuição da renda. Disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/home>> e <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH_global_2011.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Ranking2011>. Acesso em: 07/05/2013.

Em termos mais claros,

[...] *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: 19)

Um pensador que abordou de modo original o escondido, os elementos simbólicos, foi o sociólogo francês *Pierre Bourdieu* (1989, 2007), o qual desenvolveu ideias como as do poder e da violência simbólica, e como as mesmas atuavam nas várias esferas das práticas sociais.

Daí que, para Bourdieu, a violência simbólica surge como um mecanismo de exercício de um poder, também simbólico, o qual, nas palavras do próprio pensador francês pode ser definido como

[...] *poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo [...], poder quase mágico que permite o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário.* (BORDIEU, 1989, 14)³⁰

Tal perspectiva de Bourdieu mostra, novamente, a importância de não desprezarmos a força conformadora e vinculante de certas tradições, ainda que inconscientemente aceitas, nas representações de mundo, ou seja, faz-se necessário

³⁰ Apesar de não ser este o objeto de nossa pesquisa, desde já ressaltamos que uma crítica realizada a Bourdieu, não obstante todo reconhecimento de sua original abordagem dos fenômenos sociais, é de que haveria a presença, em seus escritos, de uma visão determinista e quase estática do homem na história, pois conceitos como, por exemplo, violência e poder simbólico, por Bourdieu trabalhados, negariam a força de processos emancipatórios encontrados nas lutas políticas travadas no decorrer do tempo histórico, isto é, a forma de lidar com a relação entre “dominadores” e “dominados” desenvolvida por Bourdieu acabaria por desconhecer a centralidade do papel da ação em liberdade na construção dos sujeitos/atores existentes em nossas modernas sociedades (FERNÁNDEZ, J. Manuel. 2005: 29). Jesse de Souza (2006), ao se apropriar, criticamente, de algumas noções de Bourdieu, dialoga profundamente com o seu pensamento, anotando que o referido pensador francês, por seu “radical contextualismo” (SOUZA, 2006: 36), desconheceria o contingente e o aprendizado social presente nas disputas e batalhas travadas historicamente na sociedade, haja vista que enfatizaria apenas o componente *instrumental* destas mesmas disputas e lutas políticas, não percebendo que estas últimas constroem-se em dinâmicos e abertos “*contextos intersubjetivos*” (SOUZA, 2006: 31-48). Tais argumentos não retiram a centralidade das posições exploradas por Bourdieu, o que seus próprios críticos fazem questão de destacar, demonstrando, em realidade, aquilo que o próprio Bourdieu sempre ressaltou, a necessidade de uma postura crítica diante do que se entende por ciência, a qual pode, ela mesma, converter-se em fonte de uma violência simbólica altamente eficaz. Alia-se a tal circunstância o fato de entendermos, como anotamos em trabalho diverso (PRATES, 2011), que o próprio Bourdieu, de certo modo, buscou responder algumas das pontuações acima sinteticamente expostas, quando colocou que a “*destruição deste poder de imposição simbólico radicado no reconhecimento supõe a tomada de consciência do arbitrário, quer dizer, a revelação da verdade objetiva e o aniquilamento da crença*” (BORDIEU, 1989: 15), ou seja, nesta pequena passagem, o pensador francês, quebra com certo determinismo existente em sua concepção de poder simbólico, revelando que a possibilidade de uma subversão da ordem social estabelecida pelas estruturas do pensamento dominante é algo que não pode, de modo definitivo, ser impedido por essas mesmas estruturas, o que ressaltaria a circunstância de que o “novo”, o “espontâneo”, que toda ação política/humana pode vir a realizar, não pode ser totalmente previsto, eliminado ou *domado*.

problematizarmos todo “[...] *um sistema de disposições duráveis e transponíveis*” (BOURDIEU *apud* SETTON, 2002: 62) que é capaz de traduzir, normatizar e distribuir, como se “naturais” fossem, os papéis dos diversos atores sociais existentes.

Nesta linha, como abordado por nós em outro texto (PRATES, 2011), podemos denotar que a violência simbólica surge como meio de exercício deste poder simbólico, uma violência como ato implícito, não deixando, aparentemente, marcas em seus participantes/destinatários, reproduzindo naturalizadamente esquemas tradicionais de pensar as relações sociais no mundo, isto é, violência simbólica implicando o papel dos dominados nas referidas relações, pois a mesma pressupõe, para funcionar, uma espécie de autoalienação, uma dose de reconhecimento daqueles que a sofrem, em uma perversa reprodução não-problematizada da cultura e dos papéis dominantes.

Em outras palavras, “*todo poder de violência simbólica, isto é, todo poder que chega a impor significações e a impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua própria força, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força.*” (BOURDIEU; PASSERON, 1975: 19)

Dentro desse ambiente é que se move a disputa de sentidos de mundo, por afirmação e reconhecimento de direitos, confrontando padrões e expectativas de comportamento que até então proporcionavam certo contínuo nas relações sociais. O ponto é que as nossas narrativas constitucionais refletiam uma concepção de mundo homogeneizante, de cunho excludente, em que o que não se encaixava em padrões, arbitrária e naturalizadamente erigidos, ameaçava a permanência do “*establishment e dos estabelecidos*”.

Como bem observa *Federico Neiburg*:

As palavras establishment e established são utilizadas em inglês, para designar grupos e indivíduos que ocupam posições de prestígio e poder. Um establishment é um grupo que se autopercebe e que é reconhecido como uma “boa sociedade”, mais poderosa e melhor, uma identidade social construída a partir de uma combinação singular de tradição, autoridade e influência: os established fundam seu poder no fato de serem um modelo moral para os outros. (NEIBURG, 2000: 07)

O mesmo autor ainda lembra que, de outro lado, temos que “[...] *o termo que completa a relação é outsiders, os não membros da “boa sociedade”, os que estão fora dela*” (NEIBURG, 2000: 07), o que é, a partir da posição por nós adotada, de extrema relevância para entendermos o âmbito e a base de legitimidade de possíveis fronteiras

normativas que possam vir a ser estabelecidas no exercício da liberdade de expressão em democracias como a configurada pelo nosso vigente texto constitucional.

É tal instrumental de análise que pode vir a permitir que descortinemos e afrontemos *velhas práticas* sociais, buscando, ao retirá-las do silêncio, problematizarmos as mesmas, possibilitando superarmos padrões anacrônicos de interações sociais. Basta, para exemplificarmos tal ponto, citarmos uma prática que até pouco tempo era tida como “ingênuo” e “justificável” socialmente, qual seja, a distinção entre “elevador social” e os “elevadores de serviço”, sendo os últimos reservados para cachorros, lixo, entulho e os *empregados domésticos*.³¹

Tal exemplo reforça o que estamos procurando destacar, qual seja, nas nossas contemporâneas sociedades, não há nada de trivial ou ingênuo em termos de aplicação normativa nas interações sociais, pois o poder simbólico de tradições e hábitos naturalizados, enraizados em contextos por demais excludentes, requer sempre uma contínua explicitação e enfretamento da violência, iluminando e visualizando conflitos e tensões subjacentes a estes mesmos *padrões não problematizados de comportamento*.

Outro aspecto indiscutível, o qual deve ser levado em conta, ainda mais quando estamos abordando o exercício da liberdade de expressão, são os impactos e as consequências que as profundas e cada vez mais rápidas transformações tecnológicas têm sobre o modo como as informações e representações de mundo são produzidas, reproduzidas e recebidas pela sociedade.

Vivemos, assim, em tempos de sistemas, redes e imersão global, em que o futuro parece cada vez mais presente, tamanha velocidade do mundo, desconstruindo dogmas até recentemente inquestionáveis, fazendo-nos deparar com temas até então impensáveis, como o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, melhoramentos morais através de intervenções biomédicas (*Moral Enhancement*),

³¹“Em março de 2009, um caso de suposta discriminação em massa a empregadas domésticas ganhou repercussão depois de ser publicado pelo Diário de Pernambuco. Cento e vinte trabalhadoras do Edifício Jardins do Rosarinho, Zona Norte do Recife, denunciaram ao jornal que estavam sendo instruídas a trocar o elevador social pelo de serviço. [...] Quanto à proposta de mudar a nomenclatura dos elevadores, entidades criticaram a utilidade dessa recomendação do MPF. Para Luíza Pereira, presidente do Sindicato das Empregadas Domésticas do Recife, a troca de nome em nada mudará a conduta das pessoas. “Acho que só muda a nomenclatura. A conscientização não é feita com a simples troca de placas”, rechaçou. A advogada Terciana Cavalcanti, patroa da empregada doméstica Rosália, disse que mantém uma boa relação trabalhista com as empregadas. Para ela, a nomenclatura pode acabar surtindo como mais uma forma de discriminação. “Elevador é social, o nome já diz, para todos. Colocar um nome especial para aquilo que devia ser encarado como normal só contribui para que haja mais restrição e preconceito”, disse.” Disponível em:<[http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/clipagem20101905 discriminacao](http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/clipagem20101905_discriminacao)>. Acesso em: 08/05/2013.

fertilizações artificiais, alterações corporais cada vez mais radicais³² e, até mesmo, direitos dos robôs, resultado de todo um processo científico e cultural que abala, ampliando enormemente a potencialidade de transformação do homem e, por conseguinte, da sociedade, ocasionando um enfraquecimento de incontáveis “verdades” que acreditávamos imunes aos tempos e aos contextos.

Associa-se a isto, a força das *novas mídias*, visível, por exemplo, na denominada *Primavera Árabe* e nas manifestações ocorridas na Turquia e no Brasil em maio e junho de 2013, que assustaram até mesmo os *experts*, pois as sociedades reinventaram-se mais rápido do que poderia ser previsto, transcendendo posições, desafiando controles, levando a liberdade de expressão a um patamar de ação nunca antes visto, possibilitando que grupos, de inúmeras matizes e ordens, tornassem-se *globais*, ocasionando até que os que *espionam sejam também espionados*³³, em que privacidade passa a ser mais um conceito em crise.

Tais transformações têm possibilitado a emergência e a tentativa de afirmação de inúmeras identidades, muitas das quais opostas ao *estabelecido*, destampando e acentuando conflitos antes emudecidos, haja vista que nos movemos por contextos de *extrema liquidez*, dominados pelo *efêmero do espetáculo*, nos quais as condutas socialmente aguardadas não mais conseguem ser previstas, tornando-se normativamente fracas.³⁴

Deste modo, não há, como o lembrado *Bauman* sempre gosta de nos advertir, uma saída fácil, “*uma grande simplificação*”, isto é, “*uma vida livre de dúvida e a absolvição da necessidade exasperante e aflitiva de tomar decisões e assumir responsabilidades.*” (BAUMAN, 2008: 152)

Em realidade, a enorme volatilidade presente nas relações sociais revela algo essencial em nosso estudo sobre a liberdade de expressão, qual seja, a gama variada de

³² Por exemplo, a denominada *B.I.I.D* (Body Integrity Identity Disorder), a qual, *grosso modo*, ocorre quando um indivíduo sente-se “desconfortável” com alguma parte ou forma de seu corpo, gerando o desejo que tal parte indesejável seja amputada, ainda que a mesma esteja saudável e sem qualquer problema físico. Saliente-se, desde já, que muitos dos nossos argumentos e exemplos sobre o que denominaríamos de “*pluralismos identitários*” nas modernas democracias constitucionais, são oriundos de nossas interpretações dos debates travados e dos textos lidos durante as disciplinas ministradas pelo Prof. Dr. Brunello Stancioli.

³³ A remissão aqui é, claramente, aos casos de *Edward Snowden*, ex-membro da Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos, que vazou documentos comprometedores sobre ações de espionagem norte-americana em todo o mundo, e *Julian Assange*, principal membro da rede *WikiLeaks*, que também tornou público informações secretas de operações realizadas pelas grandes potências.

³⁴ Aqui não há como não nos remetermos aos escritos de pensadores como *Zygmunt Bauman*, *Jacques Rancière* e *Guy Debord*, cada um dos quais, em suas especificidades, procura compreender como as relações são estruturadas nas sociedades modernas.

disputas e reivindicações existentes em contextos conformados por pluralismos, em que os lugares e os papéis sociais, antes pretensamente fixos e estáveis, mostram-se, agora, dinâmicos, impondo repensarmos os *limites* de qualquer *expressão*, ou seja, diante de tamanha contingência e complexidade, denota-se que “[...] *tudo é transitório, só este é permanente.*” (JASPERS, 1971: 30)

Em breve síntese, visualizamos uma sociedade em que as noções de tempo e espaço são continuamente (re)significadas, na qual as identidades pessoais também são refundadas e reconstruídas desafiadoramente, na ausência de consenso sólido de fundo, alterando nossa percepção ética e moral de mundo, imperando posições as mais plurais possíveis. Ou seja, constituímos sociedades sem fundamentos inquestionáveis, verdades insuperáveis ou respostas solipsistas, pelo menos no terreno das relações intersubjetivas. Verdades *eternas* podemos encontrar, mas na dimensão da fé, não dos assuntos humanos, pelos quais devemos ser responsabilizados, tanto nas ações, quanto nas omissões.

Tudo isto ocorre em uma sociedade educada para traduzir o mundo a partir de visões dualistas, em uma lógica binária do tipo “*nós/eles*”, “*amigo/inimigo*”, “*civilizados/bárbaros*”, “*pacíficos/baderneiros*” e, principalmente, *eu* e o *outro*, e que, repentinamente, se vê lançada em um mar revolto de sentidos, de visões díspares de como nomear o mundo. Diante deste incomensurável pluralismo, produziu-se, simultaneamente, as mais diversas respostas, haja vista que ainda guiados, em grande medida, por um sentido de igualdade e identidade próximo de *homogênea unidade*. Novos atores implicam novas possibilidades, as quais fazem crescer os potenciais conflitos, que, por sua vez, convocam outras respostas como reação, pois as interações já não são mais as mesmas.

Nesta perspectiva, o mundo se mostra como se tivesse tão-somente duas faces, como se não houvesse um *entre* que pudesse ser compartilhado, como se a *liquidez* e o “*estranho estrangeiro*” fossem o mal a ser vencido, sendo o *excedente descartável* que a “*boa sociedade*” gera, onde o *outro*, o *outsider*, e *suas identidades emergentes*, devam ser banidos, postos em invisibilidade, para que a certeza, a solidez, a pretensa unidade e a estabilidade possam dominar, e a paz, ainda que dos cemitérios, possa voltar a ser ilusoriamente sentida.

O *outro* aqui entendido como o diferente do *nós*, construtor imprevisível de sua própria identidade, não sendo apenas um simples *alter-ego*, dado a partir de um *eu* que a todas diferenças conseguisse negar e unificar, mas, ao contrário, é tal “diferença”,

grosso modo, que acaba por formar e constituir o *eu* da identidade, em que o discurso deste *outro* não pode mais ser analisado como apenas um limite, mas também como “pressuposto” para a construção da própria noção de identidade, conformando uma sucessividade de *multifacetados eus*. Em suma, o *outro* com o sentido do “*estranhamente próximo*” (o “*unheimlichkeit*” freudiano), aquilo que Derrida denominou, ao refletir sobre *espectros*, de algo “[...] *mais íntimo a si que si mesmo, a proximidade absoluta de um estrangeiro cujo império é singular e anônimo*” (DERRIDA, 1994: 229).³⁵

Nesta linha, *identidade* implica alteridade e diferenciações, onde autonomia possui o sentido de uma recorrente condição de possibilidade, sendo a identidade entendida como um fenômeno aberto, arriscado, pois pode ser sempre *outro*, sem um centro fixo que a tudo moldaria, configurando uma verdadeira e paradoxal “*unidade na diferença*”, o que se revelará essencial na conformação do significado de Estado Democrático de Direito como por nós trabalhado.

Tais assertivas mostram-se importantes no entendimento da liberdade de expressão em contextos plurais, já que impõem que repensemos esta espécie de interação social circularmente construída na história, em que autonomia é confundida com soberania e “autossuficiência” (GUSTIN, 1999: 220), e liberdade é analisada a partir de um “*consenso por exclusão*” à moda *schmittiana* (FERREIRA, 2004: 117), em um mundo em que só há extremos, ou nós ou eles, ou estamos dentro ou estamos fora, censuramos ou absolutizamos a liberdade de expressão, isto é, faz-se necessário rompermos com este círculo de exclusões mútuas, reconhecendo, que “[*Q*]ualquer lugar da enunciação é, de saída, um lugar heterogêneo, de modo que a pretensão de homogeneidade é sempre arbitrariamente hierarquizadora.” (COSTA, 2006: 95)

Em outras palavras, autonomia, nas democracias constitucionais, não aparece como resultado de algum isolamento do *eu*, mais sim realizada “[...] *no mundo e que surge do e no diálogo*”, isto é, autonomia “[...] *construída na heteronomia*” (GUSTIN,

³⁵ Conferir, em abordagens específicas: (LACAN, 1987, 1998) e (ROSENFELD, 1992, 2003). Ilustrativos desta lógica são dois casos que foram amplamente divulgados e narrados pela imprensa: o *primeiro*, ocorrido na Itália, em que duas meninas de origem cigana, ao brincarem em uma praia da cidade de Nápoles, foram pegas por uma forte corrente e acabaram se afogando. Mas o que mais chamou a atenção da imprensa neste triste evento foi a enorme cegueira dos banhistas ali presentes, os quais permaneceram indiferentes diante dos corpos sem vida das meninas, que ficaram horas ao sol, cobertos apenas por toalhas, até o momento em que foram recolhidos. O *segundo* fato, nesta mesma linha, foi o repetido atropelamento de uma criança chinesa, na entrada de um ponto de comércio, sob os olhares, também indiferentes, não só dos motoristas que passavam com seus veículos por cima do pequeno corpo, como de alguns pedestres, tendo passado vários minutos até que alguém reparasse no que estava ocorrendo.

1999: 217), na interação com a diferença, fruto do encontro, mas não de uma obrigatória concordância com o *outro*, pois este revela ser tão autônomo como o próprio *eu*. Como a mesma pensadora escreve em outra obra, autonomia é aqui entendida em sua dimensão “[...] *dialógica e histórica, ou seja, decorre da inserção do ser na dialogicidade de seu ambiente social em determinado tempo e espaço.*” (GUSTIN, 2010: 42)

No rastro dessas reflexões, as quais procuraram realçar uma conjugação de memórias historicamente em disputa, de complexidades crescentes, da tensa confluência de plurais, do desejo de sermos diferentes e singulares simultaneamente, de vozes, mais também de silêncios, sendo os contextos marcados por persistências e rupturas, é que devemos explicitar o *locus* de nossa fala, de onde exerceremos o nosso direito de nomear, de construir nossas compreensões e representações de mundo, ou seja, o Estado Democrático de Direito e sua identidade constitucional, o qual, diga-se, não obstante necessitar de uma definição mais clara, já se encontra nas entrelinhas dos argumentos até aqui por nós desenvolvidos.

Com efeito, se

[...] *buscamos adotar um enfoque democrático, cumpre, no entanto, que, de início, no questionemos acerca daquilo que, para nós, caracterizaria especificamente esse enfoque como democrático; ou, em outros termos, o que afinal entendemos por democracia?* (CARVALHO NETTO, 2001: 12)

Todavia, a noção de democracia constitucional é por demais polissêmica, ambígua, sendo empregada de inúmeros modos e nos mais variados sentidos, justificando, naturalizadamente, até mesmo práticas ditatoriais, bastando lembrarmos, por exemplo, que tanto a antiga Alemanha Oriental (República Democrática Alemã), quanto a atual República Democrática do Congo, ou a República Democrática Popular da Coreia (Coreia do Norte), não podem ser tomadas como paradigmas de democracia, se entendermos a mesma como um espaço discursivamente construído (HABERMAS, 1997, 1998, 2003a), não sendo a legitimidade reduzida à legalidade, ao dia das eleições ou à vontade pessoal de algum líder, vinculada que é ao direito de problematizar, de divergir, de ser *outro*. Assim, legitimidade é entendida em termos argumentativos, dialógicos, transcendendo, não obstante toda a sua relevância, a tradicional *regra formal da maioria*.³⁶

³⁶ Todos os argumentos expostos durante o decorrer da tese sobre o sentido de legitimidade são oriundos, direta ou indiretamente, de estudos, por nós realizados, em texto passado. Conferir: (PRATES, 2012). Diga-se também que estas ambiguidades, este emprego não problematizado e até mesmo perverso de

Legitimidade então vinculada à força dissolvente da crítica das relações sociais estabelecidas, assumindo, como pressuposto, o diálogo, a intersubjetividade e a diversidade do existente, em que o *outro* surge com o direito à voz, a poder expor, a partir da possibilidade de um dissenso constitucionalmente estabelecido, suas representações de mundo, já que dizemos que democracia é o *governo de todos* não deve ser sinônimo, quando tomamos a sério a dimensão constitucional, de *governo das maiorias*, pois se assim fosse, o dissenso seria tido como algo previamente negativo, no qual a divergência poderia ser eliminada e descartada.

Abordando esta temática da legitimidade no contexto histórico-constitucional dos Estados Unidos, *José Eduardo Faria* ressalva que “[...] *o consenso não se deve ao fato de que todos estejam de acordo a respeito de certos valores, mas sim da possibilidade de que estejam de acordo sobre a maneira de discordar*”, isto é, verificamos que “[...] *legítimas são aquelas decisões oriundas de situações em que as crises, conflitos e impasses são garantidos constitucionalmente, sem a eliminação das partes descontentes*” (FARIA, 1978: 65-66) e, acrescentaríamos nós, sem a imposição ou a manutenção, ainda que não ditas, de hierarquias sociais naturalizadas.

Seguindo essa linha argumentativa, Habermas enfatiza uma posição que se mostrará importante para o desenvolvimento do nosso trabalho, qual seja, que a

[...] *coexistência, como iguais, de diferentes formas de vida, não deve significar uma permissão para provocar a segmentação. Em vez disso, requer a integração de todos os cidadãos – e seu reconhecimento mútuo, além das divisões culturais, como cidadãos – dentro de uma moldura de uma cultura política compartilhada.* (HABERMAS, 2004: 17-18, tradução nossa)³⁷

Temos, então, que democracia constitucional, no sentido por nós construído e assumido, é conflituosa, já que constitutivamente plural e aberta ao devir. Ela potencializa o desvelar do que aqui já foi salientado, isto é, a centralidade de não relegarmos ao esquecimento, à invisibilidade, as vivências de determinadas alteridades históricas antes desconsideradas, os reconhecimentos denegados e as exclusões simbólicas e naturalizadamente praticadas. É na democracia constitucional que a marca da contingência pode acabar por permitir rompermos com círculos, historicamente

certas noções centrais a ideia moderna de democracia constitucional, são recuperados por Eduardo Galeano quando este lembra que “*Dignidade* era o nome de um dos campos de concentração da ditadura chilena e *Liberdade* o maior presídio da ditadura uruguaia.” (GALEANO, 2011: 42)

³⁷ “*The coexistence of different life forms as equals must not be allowed to prompt segmentation. Instead, it requires the integration of all citizens – and their mutual recognition across cultural divisions as citizens – within the framework of a shared political culture*”. (HABERMAS, 2004: 17-18)

postos, de não integração social, possibilitando que mais pessoas participem deste mesmo espaço constitucional e democrático.

É precisamente esta espécie de impossibilidade de um fechamento derradeiro, da assunção de uma dose de imperfeição, que a identidade constitucional revela, não sendo nunca algo pronto e acabado, reflexo que é dos seus próprios *criadores*, o que nos permite ver o Estado Democrático de Direito não como um porto seguro ou uma síntese final, mas sim um ponto de partida de um trajeto de *perfectibilidade infinita*.

Em realidade, nesta democracia constitucional, é sempre possível, como dito acima, (re)construirmos as incontáveis “escritas” constitucionais, tanto as assumidas quanto as antes descartadas. Nesta linha, em que não há como exorcizarmos o risco de qualquer ação ou omissão, a identidade do sujeito constitucional surge, para nos apropriarmos de Habermas, dentro de um processo histórico de aprendizagem, não imune a quedas ou retrocessos. (HABERMAS, 2003a: 165)

Revelando a importância, para o Estado Democrático de Direito, deste *não fechamento*, da sempre potencial (re)escrita constitucional, podemos citar, a título ilustrativo, o Mandado de Segurança n.º 1.114, de novembro de 1949, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual abordava a questão da liberdade religiosa e sua extensão no exercício público dos ritos religiosos da *Igreja Católica Apostólica Brasileira*. Os autores alegavam que o seu direito de professar, livremente, sua visão religiosa estava sendo restringida pela autoridades sob a alegação de que os mesmos eram por demais similares ao da *Igreja Católica Apostólica Romana*, causando uma “certa confusão pública”.

O Supremo Tribunal, por ampla maioria, indeferiu o mandado. O único voto divergente foi da lavra do então Ministro Hahnemann Guimarães, o qual, em rápida síntese, apoiou-se, principalmente, no princípio republicano da separação entre Estado e Religião, discordando de alguns argumentos que afirmavam que não se poderia “[...] *subestimar o valor da religião católica [Romana], poder que sobrepassa [sic] a todos os poderes [...]*.” (BRASIL, 1949)³⁸

A respeito dos votos então vencedores nessa mesma decisão, os quais, saliente-se, em nossa atualidade constitucional, não seriam validados pública e argumentativamente, disse Pontes de Miranda: “*Os votos foram medievais. Lutero, se*

³⁸ MS 1.114/DF, 1949, Rel. Ministro Lafayette de Andrada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 17/09/2013.

ressuscitasse e pedisse mandado de segurança, não o teria obtido” (MIRANDA, 1970/72: 133).

Tais argumentos, neste ponto, fazem com que realizemos um pequeno desvio, para salientarmos que a concepção de identidade do sujeito constitucional aqui exposta é formulada, diretamente, com base no inovador ensaio, de mesmo nome, de Michel Rosenfeld, o qual, diz, já no início, que “[...] *a identidade do sujeito constitucional (constitutional subject) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos.*” (ROSENFELD, 2003:17)

O citado constitucionalista norte-americano trabalha esta identidade constitucional, linguística e discursivamente conformada, a partir da dimensão do incompleto, da *falta e da carência*, em que o sentido do que seja 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 funcionalmente diferenciada.

Na verdade, o desenvolvimento da análise do sujeito constitucional realizado por Michel Rosenfeld, nada mais expõe do que o risco da sociedade contemporânea, na qual tudo é construção social, não sendo possível estabelecer, de antemão, todas as consequências ou impactos que a interpretação e aplicação de um determinado sentido de ordem constitucional podem provocar em contextos tão plurais.³⁹

O que é preciso é reconhecer tal incompletude do sujeito constitucional e buscar (re)construí-lo tendo sempre em vista a diversidade de formas de vida, algumas das quais, não raras vezes, são antagônicas, ou seja, este “[...] *sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa.*” (ROSENFELD, 2003:26)

Assim, a identidade do sujeito constitucional nunca será inteiramente satisfatória para todos aqueles pertencentes a uma comunidade política. É impossível ascender a uma posição equidistante de todas as diferenças que procuram ser incluídas no sujeito constitucional.
(SALCEDO RÉPOLES, 2001: 15)

Em outros termos, o Estado Democrático de Direito, como aqui explicitado, é intrinsecamente aberto, 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

³⁹ Muito do aqui exposto, no que tange à relação entre identidade constitucional, democracia e risco, foi por nós abordado, ainda que sob outros parâmetros, em trabalhos anteriores: (PRATES, 2003, 2004).

ocultarmos as várias tensões constitutivas de uma modernidade que é, ela própria, polissêmica, em que a pluralidade é a marca primeira da condição humana.

Diga-se, que alguns textos constitucionais assumem, como constitutivos, tal *fluidéz e abertura* hermenêutica, bastando lembrarmos, por exemplo, do nosso art. 5º, par. 2º. (BRASIL, 2013a: 26) que, em breve resumo, afirma que os direitos e garantias existentes em nosso atual texto constitucional não excluem outros que porventura venham a ser reconhecidos, o que já possibilitou até a declaração sumulada (Súmula Vinculante de número 25, do Supremo Tribunal Federal) de que qualquer forma de prisão civil de depositário infiel é ilícita, construindo outro sentido ao inciso LXVII, do mesmo artigo 5º.⁴⁰

Feita esta digressão, podemos continuar e visualizar que democracia constitucional, dentro da posição por nós demarcada, configura e procura garantir não apenas espaços de consensos, mais, principalmente, a expressão de conflitos e dissensos, com todos os riscos inerentes, refletindo disputas, discursivamente travadas, de visões de mundo e da legitimidade do estabelecimento de limites e fronteiras a estas mesmas representações. O pressuposto é sempre que conformamos uma sociedade de cidadãos que se reconhecem reciprocamente livres, mas também iguais em nossas singulares diferenças, ou seja, *“tanto a prática política democrática quanto a aplicação do direito dentro das sociedades democráticas, vão estar sempre significadas pela paradoxal busca, em simultâneo, de abertura e fechamento.* (KOZICKI, 2005: 131)

Neste momento, ainda que nos arriscando a adiantar certas posições, não há como nos furtarmos de expor algumas indagações de suma importância para o nosso trabalho. Isto é, o fato de reconhecermos que a identidade constitucional é sempre carente de perfeição ou completude, sempre se reinventando, não sendo a democracia constitucional passível de ser “esgotada”, significa a admissão de que tudo é permitido? Todas as falas poderiam ser enunciadas? Dizer que o Estado Democrático de Direito é pluralista e dominado pela alteridade implica em algo positivo por si só?

Desde já destacamos que afirmar que a democracia constitucional é aberta reflete uma postura crítica, diríamos nós, até mesmo cética, diante dos contextos sociais, mas não cínica, de uma espécie de relativismo ético absoluto. Daí, que se democracia constitucional não pode significar a edificação do reino celestial na terra, nem implica

⁴⁰ Também nesta linha, temos a muito estudada *Nona Emenda* da Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada em 1791, que diz: *“The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”* Disponível em: <<http://www.usconstitution.net>.> Acesso em: 16/09/2013.

em uma sociedade de anjos, sem conflitos ou contradições, o inverso também não é verdadeiro.⁴¹ Como anota *David Harvey*, há também “*espaços para esperança*” (HARVEY, 2004), para reinventarmos reflexiva e continuamente o Estado Democrático de Direito e sua identidade constitucional em nossas práticas diárias, pois senão teríamos que admitir um *vale tudo* nas relações sociais, em que o *outro* só existiria enquanto um *eu* que pretendesse absorver e eliminar todas diferenças, todas alteridades.

Entretanto, para que tais reconstruções e reinvenções da democracia constitucional sejam sempre possíveis, algo tem que ser permanente, ainda que como uma permanência em movimento, um limite que seja, concomitantemente, condição de possibilidade destas mesmas reconstruções e reinvenções, dificultando as tentativas ilegítimas de fechamento ou solidificação de nossa identidade constitucional, o que, dentro da posição por nós explicitada, possui o nome de *constitucionalismo*.

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, coautores das leis que regem o nosso viver em comum. (CARVALHO NETTO, 2001: 12)

Em suma, observamos que em uma democracia constitucional, entendida esta a partir de um árduo, interminável e, em muitos momentos, doloroso processo histórico de luta e afirmação de direitos, podemos questionar a “tudo e a todos”, mas não ao próprio direito fundamental de questionar. Este, ousaríamos escrever, é uma espécie de mínimo normativo insuperável, limite e condição de possibilidade desta mesma democracia constitucional, não estando ao alvedrio dos destinatários na esfera pública de debates. Isso implica não confundir, sob pena de *privatizarmos o público*,⁴² o ato de

⁴¹ Como colocamos acima, nos movemos em ambientes onde não há **a verdade, mais verdades, no plural**, mas tal constatação não implica que não possamos levantar *pretensões de verdade*, pois, como por nós já visto (PRATES, 2003), se é verdade que não há verdade, minha afirmação deve ser verdadeira, o que estou afirmando, como tese, não tenho certeza que seja certo, correto, no entanto, para ser uma tese, tem que ser afirmada. Talvez esse seja mais um resultado dos paradoxos e tensões da Modernidade, uma questão sem resposta racional, desvelando que esta mesma racionalidade é por si mesma dividida, cindida, fragmentada e com isso, ela acaba por renunciar a uma verdade derradeira.

⁴² *Privatização do público*, aqui entendida, *grosso modo*, a partir de uma livre apropriação da perspectiva habermasiana de ação estratégica e comunicativa (HABERMAS, 1989: 165), como o possível silenciar dos atingidos pelas esferas decisórias, negando aos mesmos o papel de coautores das normas que visam reger a vida em comum, sendo o público dominado de modo estratégico, tanto dissimulado quanto abertamente, não visando uma interação intersubjetiva ou um entendimento mútuo, comunicativo, já que egocêntrico e não dialógico. (GUSTIN, 1999: 170-175)

reconhecer direitos com a posse de bens ou satisfação de interesses egoísticos, ainda que estes mesmos interesses/bens possam ser reflexamente objetivados ou atingidos.⁴³

Com todos os argumentos até aqui expostos, salientamos que são os desafios lançados por tais contextos hipercomplexos, aliados a um Estado Democrático de Direito que, como vimos, busca, diariamente, com enorme esforço de cidadania, afirmar-se como plural e aberto, em um ambiente em que qualquer inclusão produz exclusões, que nos faz lidar com os questionamentos que gravitam em torno do exercício da liberdade de expressão. Somos levados a refletir sobre a existência de fronteiras desta liberdade fundamental diante de falas que negam, radicalmente, o *outro* em sua singularidade, em que a linha divisória entre *limite legítimo e censura* é sempre demasiadamente tênue e a sedução de modernos autoritarismos está sempre próxima.

Em outros termos, o Estado Democrático de Direito é o *locus* de onde faremos nossas análises e interpretações. É também ele que nos norteará na construção de respostas, sabidamente parciais e criticáveis. Caso contrário, cairíamos em uma contradição performativa com o nosso próprio trajeto epistemológico e os nossos pressupostos conceituais, os quais partem de uma racionalidade que se sabe datada e limitada, pois histórica. É este referido *local* que, portanto, conduz-nos, nesta passagem, a procurarmos construir uma nova *explicitação*: qual o sentido de *liberdade de expressão*?

1.2 Liberdade: entre a *expressão* e a *comunicação*

“Sob o jugo de um todo repressivo, a liberdade pode ser transformada em poderoso instrumento de dominação”

Herbert Marcuse

Em um espaço de aproximadamente um ano, duas jovens adolescentes cometeram suicídio em razão do que se denominou de *ciberbullying*, isto é, constantes perseguições, humilhações e ofensas encaminhadas através das redes sociais. Ambas, uma no Canadá e outra nos Estados Unidos, sofreram contínuos ataques *online*, com a exposição de imagens que visavam denegrir e marcar profunda e publicamente as

⁴³ Diga-se também, que nos contemporâneos Estados Democráticos de Direito, as dimensões pública e privada, ao contrário de excluírem-se mutuamente, pressupõem-se, em uma tensa e produtiva co-originalidade, posto que intercomplementares, significando que nem o público é reduzido ao estatal, nem o privado é, automaticamente, sinônimo de egoísmo. Ver: (GUSTIN, 1999: 209-221) e (CARVALHO NETTO, 2001:11-12).

garotas e, até mesmo, mensagens e textos repletos de ódio, como a mãe de uma das adolescentes descreveu, com dizeres que perguntavam porque a menina ainda estava viva, já que ela era *feia*.⁴⁴

Em outro caso, um rapaz foi detido na Inglaterra depois de postar, em sua conta no *Twitter*, comentários altamente ofensivos em relação a um jogador de futebol de origem africana que havia acabado de sofrer um ataque cardíaco em pleno jogo.

Neste caso, a mesma rede que potencializou as ofensas foi a que permitiu que a polícia chegasse ao autor das mensagens, já que este foi denunciado por outros internautas indignados com suas postagens. Um destes internautas, o “*ex-jogador de futebol Stan Collymore*”, disse que: “*Algumas pessoas pensam que a liberdade de expressão significa que você pode dizer o que quiser a qualquer um. Você não pode.*”⁴⁵

Em outro momento, um líder religioso teria proferido, em um canal de televisão, frases e gírias tidas como altamente preconceituosas e homofóbicas em relação às pessoas que participavam da denominada *Parada Gay*, o que fez com que a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais protocolasse uma reclamação junto ao Ministério Público Federal, na Procuradoria da Regional dos Direitos dos Cidadãos em São Paulo, levando à instauração de um inquérito civil para apurar os fatos e as circunstâncias.

Durante o decorrer de tal procedimento, foi dito à citada Procuradoria dos Direitos dos Cidadãos de que se tratava, em realidade, da expressão de uma opinião crítica diante das atitudes de parte do segmento social que participava de tal evento. Não obstante as referidas explicações, o Ministério Público Federal solicitou a retratação, no mesmo espaço, dos comentários realizados. Na visão do Procurador Regional responsável pelo caso, as palavras empregadas configurariam “*um discurso de ódio, não condizente com as funções constitucionais da comunicação social*”.⁴⁶

Também o episódio envolvendo o teólogo jesuíta *Jon Sobrino*, reconhecido mundialmente como uma das maiores autoridades na chamada *Teologia da Libertação*,

⁴⁴ CIBERBULLYING NO CANADÁ. *Portal do Último Segundo Ig/Mundo*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/bbc/2012-10-16/suicidio-de-menina-de-15-anos-cria-debate-sobre-cyberbullying-no-canada.html>> e CYBERBULLYING NOS ESTADOS UNIDOS. *Portal do New York Times*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/09/14/us/suicide-of-girl-after-bullying-raises-worries-on-web-sites.html?pagewanted=all&_r=0>. Acessos em: 07/10/2013.

⁴⁵ MENSAGENS RACISTAS NO TWITTER. *Portal do Globo Esporte (Londres)*. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/futebol-ingles/noticia/2012/03/homem-e-presos-por-ofender-muamba-com-mensagens-racistas-no-twitter.html>>. Acesso em: 02/09/2013.

⁴⁶ RETRATAÇÃO POR COMENTÁRIOS HOMOFÓBICOS. *Portal da Procuradoria da República do Estado de São Paulo (MPF.PRDC)*. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/0002751-51.2012.4.03.6100%20Malafaia.PDF>>. Acesso em: 16/02/2012.

mostra-nos a importância de refletirmos sobre como as restrições e responsabilizações ao exercício da liberdade de expressão são constituídas. Relembremos que o referido pensador recebeu uma notificação por parte da conhecida *Congregação para Doutrina da Fé*, entendendo esta que os escritos de Sobrino conteriam “*imprecisões*”, levando a “*conclusões não conformes a fé da Igreja em pontos centrais da mesma*”, o que significa que Sobrino “[...] *será impedido de dar aulas em qualquer escola católica ou publicar livros até que revise as suas conclusões*”, ou seja, uma espécie de “*silêncio obsequioso*.”⁴⁷ Se analisássemos esta situação a partir da democracia constitucional, seria a mesma legítima?

Ainda nesta linha de levantarmos questionamentos, perguntamos se há diferença entre impedir a exibição de filmes, como, por exemplo, os casos das películas *Je Vous Salue Marie*, do diretor Jean-Luc Godard, no Brasil e da *Última Tentação de Cristo*, no Chile, dirigido pelo premiado Martin Scorsese, os quais, na visão de uma dada identidade religiosa, foram tidos como ofensivos às suas crenças, da proibição de outro em razão da extrema violência de seu conteúdo, como foi o ocorrido com o filme intitulado “*A Serbian Film*”, dirigido por Srdjan Spasojevic?

Ora, como dissemos antes, assumimos que a contingência, os conflitos e as tensões perpassam todas as relações sociais, constituindo a sociedade, possibilitando-nos afirmar que um Estado de Direito, que se afirma democrático, revela toda sua força na sua plasticidade diante dos desafios do pluralismo, da polifonia, e da incessante e interminável procura de completude, sendo muito mais um projeto de aprendizagem mergulhado na história, inacabado e, por isso mesmo, arriscado, *vivo*, sendo contraditório, neste ambiente, pensarmos em uma realização completa e acabada dos sentidos que o direito pode possuir. Por mais paradoxal que pareça, a ruína final de uma democracia constitucional ocorre quando a mesma acredita ter consolidado uma *inclusão total*, pois este caminho acaba por negar a própria possibilidade de outras diferenças serem constituídas em espaços públicos ampliados, desconhecendo que a abertura ao “novo” é a maior segurança que as democracias podem desvelar.

Em termos próximos, podemos colocar que “[*I*]nclusão/Exclusão, reconhecimento, cidadania, são conceitos que somente podem ser compreendidos

⁴⁷VATICANO E SOBRINO. *Portal da BBC Português*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/03/070314_vaticanosobrinoebc.shtml>. Acesso em: 16/08/2013 e NOTIFICAÇÃO DE JON SOBRINO. *Portal do Vaticano*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20061126_nota_sobrino_po.html>. Acesso em: 10/07/2013.

dentro do processo histórico de luta, no qual as posições sociais ambivalentes vão sendo apropriadas de um lado e de outro.” (SALCEDO REPOLÊS, 2013: 221)

Tendo este sistema de referências como pano de fundo de nossas análises é que nos indagamos, a partir dos casos e situações acima descritas, além de incontáveis outras que aqui poderiam ser colecionadas, sobre como o sentido do exercício da liberdade de expressão pode ser configurado e conformado, ainda que em parâmetros gerais, isto é, qual o âmbito normativo deste direito fundamental em contextos dominados pelo pluralismo, mas também por exclusões sociais historicamente construídas?

Dentro desta conjuntura, em que emergem, cotidianamente, plurais de todas as facetas, a liberdade de expressão pode significar ausência de restrições? Pode ser apenas um direito unidimensional, voltado tão-somente contra as ações e interferências do Estado? Ou, quem sabe, esta liberdade, ampliada pela força das novas tecnologias de informação, pode ser exercida também em nome de projetos de vida excludentes?

A liberdade de expressão, disposta em democracias constitucionais, é meramente um ato de enunciar uma ideia, em que o *outro* não interessa, sendo simplesmente o alter-ego de um eu que tudo pode? Há ou não necessidade de que a mensagem emitida implique que este *outro* possa falar, ter voz, ou em realidade significa a expressão de uma verdade, de um dogma, não refletindo a expressão de um diálogo? Isto é, *outro* pode ser traduzido, em termos constitucionais, como um receptáculo vazio, amorfo, pronto para receber a *dádiva* enunciada?

É uma liberdade pensada e exercida em espaços compartilhados intersubjetivamente ou posta em *espaços vitais totalizantes* (BAUMAN, 2000: 49), onde os encontros do *eu* e do *outro* são moldados pela lógica de “*cada um em seu lugar*”, num retorno não assumido aos “*iguais mas separados*”?⁴⁸ Ou seja, liberdade para interagir ou para denegar?

Todas estas indagações impõem pensarmos a noção dos limites, de como estes são aplicados, isto é, se limites há, qual o fundamento de legitimidade, tomada esta argumentativa e discursivamente, para o delineamento, em democracias constitucionais,

⁴⁸ Nesta linha, citemos, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, o famoso precedente *Plessy vs Ferguson* (1896), que edificou a doutrina denominada de “*separate but equal*”, a qual, a título exemplificativo, acabou abrindo a possibilidade de adoção de inúmeras leis segregacionistas, conhecidas como *Jim Crow Laws*, predominantemente nos estados do sul. Estas só passaram a ser questionadas a partir de outro paradigmático caso, “*Brown vs Board of Education*” (1954), em que, pela primeira vez, uma legislação segregacionista, no caso em tela, referente a segregação em instalações públicas voltadas para a educação, foi tida como contrária ao princípio da “*igual proteção*” garantido pela 14^a Emenda.

das fronteiras entre pretensões legítimas e ilegítimas? Haveria algum “*index*” de ideias ou identidades proibidas de serem expressadas nas democracias constitucionais?

Quais as bases que nos permitiriam aferir os abusos no exercício da liberdade de expressão? E o reverso, como afirmar que alguns limites estabelecidos não são, na verdade, ilegítima censura? Existe, neste campo, diferença entre censura e responsabilização?

Não há também o risco de que restrições, ainda que originariamente protetivas, conformarem, na sua aplicação em situações fáticas específicas, privilégios ilegítimos, mesmo que oriundos de pretensões levantadas por grupos sociais vulneráveis e historicamente discriminados?

Em outras palavras, os limites da liberdade de expressão, quando abordados em Estados Democráticos de Direito, são apenas muros que edificam guetos, em que só há “*o dentro e o fora*”, mas não o *entre*, ou podem revelar-se como fronteiras, áreas que separam, mas que também podem ser locais de contato e intercâmbio de diferentes identidades?

Procurando lidar com esta gama variada de indagações, é que entendemos que Ronald Dworkin, ao pensar o sentido de *freedom of speech* em democracias como a norte-americana, coloca que

[A] *premissa central que define a liberdade de expressão reza que o caráter ofensivo das ideias, ou o fato de porem em xeque as ideias tradicionais e aceitas, não são motivos válidos de censura; uma vez deixada de lado essa premissa, não se sabe mais o que significa a liberdade de expressão.* (DWORKIN, 2006a: 331)

Com Dworkin (2005, 2006) somos levados a refletir qual nível de interferência ativa do Estado é constitucionalmente justificável, pois tal atuação pode ser tida, em algum sentido, como uma tutela de menores, como se o aparato governamental fosse necessário para nos proteger paternalisticamente, já que nossa imaturidade não nos permitiria compreender todas as leituras, filmes e representações de mundo.

Ilustrativamente, recordemos que

[E]m 1937, a encíclica *Vigilanti Cura*, do papa Pio XI, apontava para a necessidade de o povo saber claramente quais filmes eram permitidos para todas as pessoas; quais os que não se podiam ver (a não ser sob certas condições) e quais, enfim, eram perniciosos ou absolutamente imorais, interditados a todos os cristãos. (SIMÕES, 2002: 350)

Nesta linha, se tomamos a sério o fato de que não somos menores de idade e, por consequência, somos imputáveis por nossas ações e omissões, como lidar com

restrições ao debate público? Ao mesmo tempo, será que todas as restrições impostas às visões majoritárias atentam contra o processo democrático e a autonomia individual?

Lidando com tais questões, o mesmo Ronald Dworkin⁴⁹ agrupa as justificativas apresentadas para a liberdade de expressão em dois grandes grupos. No primeiro, predominaria o elemento *“instrumental, ou seja, [a liberdade de expressão] não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade”* (DWORKIN, 2006a: 318-319). Em suma, quanto mais irrestrita a possibilidade do debate público, maior a chance da sociedade visualizar o *falso e o verdadeiro* em termos de opções políticas a serem implementadas.

Já em uma segunda categoria, prevaleceria a noção de que o Estado, com exceção daqueles comprovadamente incapazes, deve reconhecer que lida com indivíduos *maiores de idade*, “agentes morais responsáveis” (DWORKIN, 2006a: 319). Ressalte-se, ainda com Dworkin, que estas duas grandes categorias de justificação da liberdade de expressão não são excludentes, mas ao contrário, desvelam possuir inúmeros pontos de contato e confluência. (DWORKIN, 2006a: 320-321)

Concordamos com Dworkin quando escreve que necessitamos nos reconhecer, diante do Estado, como *“cidadãos adultos”* (DWORKIN, 2006a: 319), assim como verificamos que o mesmo tem razão quando afirma que o *“Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis.”* (DWORKIN, 2006a: 319)

E, principalmente, convergimos na direção do mesmo Dworkin, quando o mesmo também argumenta que *“[...] nem o governante nem a maioria dos cidadãos [...] tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.”* (DWORKIN, 2006a: 319)

Todavia, perguntamo-nos, não obstante entendermos a essencialidade para as atuais democracias constitucionais de uma ampla e efetiva liberdade de expressão, se o sentido e alcance da mesma não precisaria ser contextualizado historicamente, confrontado com a desigualdade existente nestes mesmos contextos, posto diante das lutas cotidianamente travadas e explicitadas por inúmeras identidades antes invisíveis e silenciadas.

⁴⁹ Diga-se que, no cenário brasileiro, José Emílio Medauar Ommati (2012) realiza um estudo profundo das ideias de Ronald Dworkin e suas implicações com a liberdade de expressão e os discursos de ódio.

São indagações como estas últimas que nos fazem colocar entre parêntesis certas afirmações, como as formuladas pelo já lembrado Ronald Dworkin, quando o mesmo argumenta que “[O]s arruaceiros nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, às vezes, insuportável. Mas a liberdade é importante, importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso.” (DWORKIN, 2006a: 362)

Sem dúvida, o “preço da liberdade” já se mostrou, na história, principalmente nas experiências de duas guerras mundiais e do fenômeno totalitário, extremamente alto, para empregarmos a metáfora de Dworkin. Nessa linha, pensadores que, direta ou indiretamente, no cenário dos Estados Unidos, dialogam com posições como as aqui apresentadas por Ronald Dworkin, tais como Richard Delgado (1982), Catharine Mackinnon (1996), Owen Fiss (2005) e Mary Matsuda (1989), entre outros, mesmo que nas entrelinhas e ainda que possuindo, cada um, suas próprias especificidades, fazem algumas colocações que nos impulsionam a perguntar: *quem tem, historicamente, pago essa “conta”? Quem tem usufruído, prioritariamente, das “benesses” da liberdade? E quem tem arcado, em grande parte dos conflitos, com os seus impactos, seus “custos”?*

Em síntese, a igualdade não teria de ser levada em consideração na hora de “dividirmos” os “lucros e os prejuízos” a serem pagos pela via da interpretação e aplicação de direitos fundamentais como, por exemplo, a liberdade de expressão? O vetor interpretativo desta liberdade fundamental não precisaria de ser determinado pela noção de emancipação, da não subordinação, da quebra de hierarquizações sociais não problematizadas? Ou seja, as expressões que pretendem, ainda que implícita e simbolicamente, silenciar injustificadamente certas parcelas da população, seriam também protegidas? E, por fim, em uma democracia constitucional que garante a liberdade de expressão, dizer limite ou estabelecer restrições seria sinônimo de censura ou poderia configurar o espaço de uma legítima e necessária responsabilização?

Salientemos que estas colocações, que se revelarão de extrema relevância no decorrer de nosso trabalho de análise, isto é, em relação ao exercício da liberdade de expressão, desvelam o que as experiências históricas podem revelar quando lidas à moda, por exemplo, de Walter Benjamin, ou seja, “[...] *a contrapelo*” (BENJAMIN *apud* LÖWY, 2005: 70), obrigando-nos a indagar: *liberdade de expressão de quem e para o que?*

Talvez devêssemos, ao trabalharmos o sentido da liberdade de expressão em contextos extremamente dinâmicos e voláteis e, por isso mesmo, cada vez mais

carregados de complexidades, procurar entender como os discursos expressados publicamente são nutridos e/ou esvaziados, buscando desconstruir desgastadas interpretações excessivamente unidimensionais, pois,

[O]s debates do passado foram baseados na visão de que o Estado era um inimigo natural da liberdade. Era o Estado que estava procurando silenciar o orador (speaker) individual e era o Estado que deveria ser controlado. Há muita sabedoria nesta visão, mas ela representa apenas meia verdade. Certamente, o Estado pode ser um opressor, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade. (FISS, 2005: 28)

Assim, para procurarmos nos desembaraçar de certos legados, faz-se mister construirmos e explicitarmos o sentido do que entendemos como liberdade de expressão e seu exercício em democracias constitucionais dominadas por pluralismos, os quais põem, no espaço público, demandas as mais díspares possíveis, levantando algumas pretensões e representações de mundo antagônicas, sendo que o acesso a este mesmo espaço é marcado pela desigualdade e por uma ausência de consensos. Isto é, entendemos que é preciso desvelar a historicidade do que seja liberdade de expressão, principalmente quando a pensamos diante de suas prováveis *fronteiras*.

Ante tal trajeto escolhido, ressaltamos que os constituintes que elaboraram nosso vigente texto constitucional, muito em razão do sistema autoritário anterior, destacaram, em inúmeras passagens, o exercício de uma liberdade de expressão que se desvela em múltiplas dimensões, não se resumindo a apenas uma face. Nela podem ser vistos o direito fundamental de expressarmos nossa fé, nossa opinião, de nos informarmos e informar, de cátedra, de meios de comunicação social não monopolizados, vinculados que são ao princípio fundamental do pluralismo político, ou seja, liberdade até mesmo de não expressarmos fé alguma, de não sermos obrigados a emitir opiniões, de nos calar, mas de não sermos calados.

Em outros termos, *“a liberdade de expressão engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação.”* (MEYER-PFLUG, 2009: 66)

Pensemos a partir de um diálogo entre vários incisos do artigo 5º da Constituição de 1988 (BRASIL, 2013a: 21-26), e as disposições contidas no capítulo V, referente à comunicação social, principalmente as normas contidas no artigo 220 (BRASIL, 2013a:

76-77)⁵⁰, o que pode nos conduzir a demonstrar que a liberdade de expressão edificada em nosso texto constitucional garante a livre manifestação dos pensamentos e a liberdade de consciência, vedando, enfaticamente a censura e a exigência de alguma licença prévia para podermos exercer tais liberdades, em que transparência é a regra, pretendendo incentivar e potencializar a participação e, por consequência, a autodeterminação dos cidadãos.

Como resultado de tal *abertura normativa*, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao interpretar vários dos dispositivos constitucionais por nós destacados, em caso envolvendo a constitucionalidade de certas restrições à liberdade de imprensa (uma das projeções da liberdade de expressão)⁵¹ dispostas na legislação eleitoral, decidiu que:

Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da CF: liberdade de 'manifestação do pensamento', liberdade de 'criação', liberdade de 'expressão', liberdade de 'informação'. (BRASIL, 2010)⁵²

Entretanto, estas mesmas normas constitucionais permitem verificar a existência de fronteiras a estas mesmas liberdades de expressão, quando, por exemplo, veda o anonimato, assegura o direito de resposta, ressalva a intimidade e imagem das pessoas, determina que, em casos excepcionais, é possível aplicar restrições ao acesso e a

⁵⁰ Sobre a relação, em uma democracia constitucional, entre meios de comunicação e liberdade de expressão, ver: (CHUEIRI; RAMOS, 2013: 560-576).

⁵¹ Ainda que não seja nosso objeto, anotamos, de modo sintético, que *liberdade de imprensa* (ou de informação) está vinculada ao direito de publicar e difundir notícias, opiniões e fatos através de órgãos institucionais, operando uma *função pública*, o que, em tese, reforça o imperativo de *verdade* do que é distribuído e informado à sociedade, onde a “*veracidade da ideia ou pensamento emitido só é revelada por meio de uma discussão livre e aberta, na qual nenhuma ideia ou convicção é descartada*” (MEYER-PFLUG, 2009: 49-50). Isto é, liberdade de imprensa/informação como uma face, diríamos nós, *instrumental* da própria liberdade de expressão, “*resultando que a liberdade de expressão teria âmbito de proteção mais amplo que o direito à informação, vez que aquela não estaria sujeita, no seu exercício, ao limite interno da veracidade, aplicável a este último*” (FARIAS, 1996: 132). Ver, também, entre outros, os debates travados em: *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, de 2009, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.451/DF, 2010, ambas julgadas no Supremo Tribunal Federal. Para uma abordagem distinta e por demais instigante quanto a este tema, conferir: (LIMA, 2012).

⁵² ADI 4.451/DF, 2010, Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

publicidade de informações, mas sempre, realce-se, com a proibição de qualquer ato prévio de censura, haja vista que, mesmo quando dispõe sobre as duras restrições possíveis de serem efetivadas em um hipotético estado de sítio, o texto constitucional (arts.136-141) exige que o Congresso Nacional seja informado das ações tomadas e que permaneça em pleno funcionamento, procurando garantir que mesmo em situações excepcionais, os direitos fundamentais ainda serão observados. (BRASIL, 2013a: 59)⁵³

Tais condicionamentos e restrições, que não podem ser desarrazoados, desvelam e ressaltam uma circunstância que se demonstrará central no decorrer de nosso trabalho, qual seja, que o fato do texto constitucional buscar efetivar uma sociedade plural não significa que todas as demandas oriundas destes mesmos *pluralismos* são legítimas, o que pode ser verificado em dois singelos casos decididos pela nossa mais alta Corte, os quais envolviam debates em torno da liberdade de expressão de tradições culturais.

O primeiro trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1.856/RJ), na qual foi decidido que uma lei estadual que fomentava a chamada *Briga de Galos* ofendia princípios centrais da Constituição de 1988 no que se refere ao meio ambiente e a não submissão dos animais a tratamento tido como cruel, o que, na visão dos ministros do Supremo Tribunal, descaracterizaria qualquer pretensão de tratar-se de manifestação folclórica ou cultural.⁵⁴

O segundo é um caso muito estudado, denominado de *Farra de Boi* (RE 153.531/SC), tendo sido inclusive citado como precedente na decisão anterior, na qual também houve o debate se tradições culturais, assentadas pelo tempo, seriam ou não imunes a problematizações, prevalecendo a tese de que se há uma obrigação por parte do Estado de garantir a todos a livre exteriorização cultural, sendo incentivada a mais ampla difusão de ideias e manifestações, a mesma não significa que seriam legítimas ações que submetessem animais à crueldade, pois estariam indo contra outros princípios abarcados constitucionalmente, ou seja, no caso concreto, entendeu-se que restringir a

⁵³ Em termos infraconstitucionais, tal abertura de informar e ser informado, assim como certos condicionamentos, é visível na Lei 12.527/2011, conhecida como lei de acesso à informação e transparência pública, a qual, ao mesmo tempo que garante o mais amplo acesso e publicidade das informações de interesse público, também determina, por exemplo, os casos em que restrições de acesso à informação poderão ser estabelecidos, dispondo sobre os níveis de acesso a certos dados e informações de relevância para a segurança da sociedade e do Estado. (Lei 12.527/2011, arts. 21-30).

⁵⁴ ADI 1.856/RJ, 2011, Rel. Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 11/10/2013.

citada “manifestação cultural” era condição de possibilidade de maior efetividade ao próprio projeto constitucional inscrito em nosso texto maior.⁵⁵

Percebe-se que em nossa democracia constitucional, como configurada no texto maior de 1988, o exercício das múltiplas dimensões da liberdade de expressão caminha sempre junto com o princípio fundamental, também multidimensional, do pluralismo, em que, por exemplo, o estabelecimento de monopólios dos meios de comunicação soa como um contrassenso. A nossa identidade constitucional desafia a noção de que a liberdade de expressão possa ser compreendida como se fosse propriedade estatal, ou, talvez, de algum grupo, ou de acesso exclusivo de certas parcelas da população.

Neste ponto é importante retomarmos os argumentos de Owen Fiss (2005), pois já podemos visualizar, tendo como base as normas constitucionais destacadas, que, sem dúvida, a liberdade de expressão revela ser disposta, principalmente, contra atos do Estado, mas que a mesma não pode, em razão da extrema complexidade presente nas relações sociais contemporâneas, ser restringida a tal dimensão denominada de *negativa*, da vedação da censura, desvelando a tensão, entre as dimensões equiprimordiais do público e do privado.

Daí que a liberdade de expressão, como direito fundamental que é, quando aplicada no espaço privado, ao contrário de ser tão-somente um limitador da autonomia, da autodeterminação dos indivíduos, pode tornar-se, simultaneamente, um fomentador desta mesma autonomia privada. Nas democracias constitucionais o privado não exclui o público, pois não se trata de uma relação solipsista e sim dialógica, haja vista que tais esferas não são mais entendidas como contrárias, e sim como complementares e co-originárias, em uma produtiva tensão. Nesta mesma linha, como escreve Miracy Gustin, “[...] *não se pode pretender a atribuição de prioridade quer para a autonomia privada ou a pública, pois elas pressupõem-se mutuamente.*” (GUSTIN, 1999: 205)

Com efeito, como antes explicitado, algumas heranças pesadas, as quais foram historicamente construídas com fundamento em desigualdades e hierarquias naturalizadas, tanto materiais quanto simbólicas, exigem, quando problematizadas, uma atuação positiva por parte do Estado no que tange ao exercício da liberdade de expressão, “[...] *ou seja, não basta que não se imponha limites ao exercício destas*

⁵⁵ RE 153.531/SC, 1997, Relator Min. Francisco Rezek. Relator para o acórdão Min. Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 11/10/2013.

atividades, é necessário que se propicie as condições para que elas possam ocorrer, fomentando o debate público plural.” (MEYER-PFLUG, 2009: 75)

Urge, pois, ir além da visão liberal clássica segundo a qual os direitos fundamentais se colocam somente como uma espécie de anteparo contra o Estado, em que o aparato estatal deve apenas abster-se, deixando que as forças do “mercado”, da “livre concorrência”, estabeleçam os limites e os domínios.

Dessa forma, podemos afirmar que hoje, com as inúmeras demandas emergentes dos mais diversos grupos, setores e identidades que buscam se afirmar e ser reconhecidos, ao Estado é exigido um leque cada dia mais complexo de ações visando atender tais exigências de reconhecimento, algumas delas, saliente-se, longe de qualquer ganho material, pelo menos diretamente, como, por exemplo, as pretensões tornadas públicas pelos movimentos feministas, homossexuais, indígenas, grafiteiros, ciganos, e tantos outros que sempre estiveram silenciados pela pretensa neutralidade e omissão dos poderes públicos.

Vê-se, desta maneira, que, na atualidade, há uma tendência em atribuir aos direitos fundamentais uma espécie de dupla função: tanto como meio de defesa contra o Estado, como direitos subjetivos (posição clássica, de abstenção, de *non facere*), quanto como direitos objetivos que procuram realizar a chamada *proteção eficiente* (atuação positiva, *facere*), conduzindo à ampliação normativa do seu âmbito de aplicação. Confere-se aos direitos fundamentais maior raio de ação no que tange à sua implementação, exigindo, até mesmo, meios legislativos, não apenas repressivos, que procurem realizá-los no tempo e no espaço. Ou seja, os direitos fundamentais vão além de uma dimensão de verticalidade, assumindo também a dimensão horizontal, não se restringindo a ser uma barreira contra os poderes públicos. (FELDENS, 2007: 220-221)

O próprio Supremo Tribunal Federal já destacou, em um dos seus julgados (RE 201819/RJ), a importância da análise da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. O voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator do acórdão, demonstrou que o tema possui enorme relevância, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial, nos Estados Unidos e na Europa, ressaltando que a visão tradicional imperante no século XIX [e diríamos nós, também nas primeiras décadas do século XX] era a de que tais direitos visavam proteger os indivíduos contra o Estado, sem maior aplicação prática nas relações entre os particulares.⁵⁶

⁵⁶ RE 201.819/RJ, 2005, Rel. para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 24/09/2013.

Um dos pontos da ementa de tal acórdão sintetiza bem o que estamos procurando destacar, isto é:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também a proteção dos particulares em face dos poderes privados.
(BRASIL, 2005)

Desvela-se, assim, que no campo de aplicação dos direitos fundamentais, incluindo o exercício da liberdade de expressão, há uma posição crescente visando desconstruir visões por demais limitadoras, de forte acento liberal. Nessas visões ressoam apenas um dos lados possíveis dos direitos fundamentais, o de serem concebidos contra o aparato do Estado, sendo os indivíduos compreendidos como isolados e encapsulados nas relações com outros indivíduos. Faz-se necessário admitirmos que conter o Estado não é mais o único objetivo dos direitos fundamentais, conformando, como já dito, um alargamento e uma ressignificação do âmbito normativo de proteção oriundo destes mesmos direitos.

Ora, as liberdades fundamentais não devem, principalmente, em Estados Democráticos de Direito como o configurado no texto constitucional de outubro de 1988, serem interpretadas e aplicadas a partir de uma lógica liberal dominada por noções econômicas como competição e concorrência, haja vista o risco de descontextualizarmos e deslegitimarmos os próprios direitos fundamentais. Isto é, ao afirmarmos que os direitos fundamentais exigem mais do que abstenção do Estado, estamos, concomitantemente, afirmando que existe, em dadas situações específicas, a necessidade de que o Estado atue positivamente na garantia e efetivação destes mesmos direitos e liberdades fundamentais.

Percebe-se, com tal linha argumentativa, a presença daquilo que parte da doutrina⁵⁷ cunhou, principalmente a partir da experiência alemã⁵⁸, de “*deveres de*

⁵⁷ Conferir, entre tantos, as obras de Claus-Wilhelm Canaris e Gomes Canotilho. No Brasil, também entre muitos que poderiam aqui ser lembrados, temos Luciano Feldens, Ingo Wolfgang Sarlet, Virgílio Afonso da Silva e Lenio Luiz Streck.

⁵⁸ Aqui, a referência é sempre ao paradigmático *Caso Lüth*, no qual, em breve resumo, o cidadão que dá nome ao caso, o Sr. Luth, obteve o direito da sua *liberdade de opinião* garantido, possibilitando que este boicotasse, **publicamente**, o filme que entendia ser ofensivo à história e à própria noção de democracia, já que dirigido por um diretor de cinema vinculado ao período do nazismo, desembocando no chamado “*efeito de irradiação*” dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado” (CANARIS, 2006: 230). O Tribunal Federal Constitucional Alemão admitiu que, quanto aos direitos fundamentais, a regra era que os mesmos eram contra o Estado, porém, que excepcionalmente poderiam ter eficácia na dimensão das

proteção desde a perspectiva constitucional” (FELDENS, 2007: 220), os quais nos remetem aos “*direitos fundamentais enquanto imperativo de tutela*” (FELDENS, 2007: 220), em que a ação de tutelar não significa ou implica visualizar os cidadãos como menores de idade, irresponsáveis ou inimputáveis.

Como observa Luciano Feldens, em seu original artigo:

No âmbito das relações entre particulares – precisamente onde se estabelecem, em grande escala, as violações a direitos fundamentais – , o ponto central da função de imperativo de tutela é rigorosamente este: o de protegê-los diante de intervenções fáticas por parte de outros sujeitos do direito privado, assegurando-se sua efetiva capacidade funcional. (FELDENS, 2007: 221)

Há, nesta perspectiva, uma “proibição de proteção deficiente ou insuficiente”, assim como seu “reflexo”, qual seja, proibição da dimensão “excessiva” (FELDENS, 2007), implicando que as ações estatais, no que se referem ao exercício dos direitos fundamentais, sejam cautelosas, mas não omissas. Ou seja, em termos de liberdades fundamentais, a maciça presença do Estado, assim como a sua suposta neutralidade diante dos desafios, cotidianamente lançados pelos conflitos que gravitam em torno da concretização dos direitos fundamentais em contextos sociais hipercomplexos, podem reforçar estereótipos e hierarquias simbolicamente estruturadas.

Em palavras outras, dizer que o Estado não é mais apenas um “coletor de impostos”, nem o único grande vilão (SARLET, 2004: 70), o maior dos algozes, como desenhado pelo liberalismo, ou um *pai redivivo* que sabe o que seus “filhos impúberes” precisam para serem felizes, implica, necessariamente, que não percamos de vista a historicidade deste mesmo aparato estatal, todas as lutas travadas em seu processo, suas heranças, desvelando a dimensão pública dos direitos fundamentais, onde este público, como já destacado, não se restringe ao estatal nem é contrário ao privado, em que qualquer restrição é, simultaneamente, espaço aberto para que o *novo* possa ser construído.

Em outros termos, faz-se necessário irmos além de visões em que os “[...] debates se colocavam de modo maniqueísta, ou seja, ou o Estado se opunha totalmente ao indivíduo e sua liberdade e qualquer atuação daquele em relação a estes deveria ser rejeitada ou o Estado intervia de maneira absoluta.” (CHUEIRI; RAMOS, 2013: 555)

O ponto é que a complexidade das demandas sociais existentes nas modernas democracias constitucionais impõe, quando se pensa sobre inclusão e justiça social, um

relações privadas, a conhecida posição da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – “*Drittwirkung*”. Conferir: (GOMES CANOTILHO, 2008: 85-86) e (SCHWABE, 2009: 202-207).

redimensionamento do papel das ações do Estado, indo além da perspectiva liberal, já que, como salienta Paulo Bonavides, “*na doutrina do Liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.*” (BONAVIDES *apud* PIOVESAN, 2012: 259)

Em realidade, como estamos procurando ressaltar, este *dever de proteção* não exclui, por exemplo, sequer a esfera penal, mas sempre de modo excepcional e contextualizado, onde o sentido *de excesso* ou *insuficiência* surge dos casos concretos, não esquecendo que há uma diferença, diríamos nós, qualitativa, das relações entre os indivíduos e destes com o Estado. As intervenções estatais em democracias constitucionais devem sempre visar possibilitar e garantir a própria abertura e incompletude histórica de um processo democrático que se sabe plural.

Por conseguinte,

[I]sso demanda do Estado, essencialmente, que não intervenha desmesuradamente no direito, seja restringindo onde não deve fazê-lo (proibição do excesso), seja deixando de fazê-lo quando a natureza da agressão e o direito violado o exigem (proibição da proteção insuficiente). (FELDENS, 2007: 225)

Assim, a efetivação de direitos fundamentais como o exercício da liberdade de expressão, não exclui, por si só, o emprego de saídas ou iniciativas penais, mas que, como reiteradamente lembrado, devem ser extremamente excepcionais e limitadas ao realmente necessário, por exemplo, quando pensamos o direito fundamental à vida, à integridade física, ou a imagem e a estima social.

Nesta linha argumentativa, não há como não nos remetermos, por exemplo, ao papel desempenhado por legislações como a denominada *Lei Maria da Penha* (Lei no. 11.340/2006). Esta busca lidar com a violência doméstica e familiar contra a mulher, reflexo de todo um arcabouço histórico de agressões silenciosas, as quais, no contexto atual, não podem mais ser tidas como algo *normal e natural*, impondo, aos poderes públicos, o dever de propiciar uma tutela constitucionalmente adequada a um grupo social de maior vulnerabilidade. A citada legislação reforça a proteção penal e cria medidas protetivas de urgência que visam alcançar maior efetividade no combate aos agressores e às consequências da própria violência, em seus múltiplos aspectos.

A relevância desta legislação pode ser vista em todos os debates e estudos realizados sobre a mesma, o que acabou por levar, através de uma ação direta de

inconstitucionalidade (ADI 4.424/DF)⁵⁹ interposta pela Procuradoria Geral da República, o tema do âmbito protetivo alcançado pela Lei Maria da Penha ao Supremo Tribunal Federal, sendo que a mesma PGR, ao pedir uma interpretação constitucionalmente adequada de vários dispositivos da referida lei, salientou a circunstância de que a violência doméstica, quando interpretada sob a luz da Constituição, não era um tema de interesse simplesmente particular, o que impunha ao Estado o dever de coibir tais práticas violentas.⁶⁰

Em uma síntese apertada, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os agressores e perpetradores da violência doméstica contra as mulheres poderão ser denunciados por terceiros, ampliando a incidência protetiva da Lei Maria da Penha, sendo que a maior parte dos ministros do STF entendeu que há um dever do Estado neste campo, enfatizando que a proteção das vítimas não poderia estar à disposição da iniciativa das mesmas, possibilitando, por exemplo, que o Ministério Público possa dar início às ações penais sem necessidade de aguardar a representação das mulheres vítimas das violências.

Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal encampou a posição da Procuradoria Geral da República de que o Estado não peca apenas quando excede sua ação, mais também quando tal ação se mostra, no contexto, deficiente ou insuficiente.

Certas questões podem ser levantadas quando problematizamos alguns dos argumentos predominantes na citada ação direta de inconstitucionalidade, como, por exemplo, se não teria havido uma determinação *excessiva* de proteção, quase que infantilizando as mulheres, isto é, não teria ocorrido uma ausência de diálogo com as destinatárias da proteção, ou tal intervenção foi construída legitimamente?

Efetivamente, o que aparece, mais uma vez, é a enorme tensão entre as esferas pública e privada, fazendo com que nos perguntemos: até que ponto pode ir a tutela,

⁵⁹ ADI 4.424/DF, 2012, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 11/10/2013.

⁶⁰ Esse posicionamento, diga-se, procura romper com a máxima popular de que “*em briga de marido e mulher ninguém mete a colher*”, segundo a qual a dimensão privada era traduzida tão-somente como egoísmo e exclusão, em uma conformação social fechada, legitimando, pelo silêncio, toda uma série de violências domésticas, as quais, por serem “domésticas”, encontravam-se inacessíveis a qualquer interferência do público. Esta tensão, surpreendentemente, também pode ser visualizada no relatório apresentado pela *Anistia Internacional* sobre a violência contra a mulher nos países nórdicos, onde, não obstante o nível de desenvolvimento social dos mesmos, “[...] *men’s violence in intimate relationships is often considered a “private” matter, which means that rape within marriage is not a criminal offence in many countries. In the majority of cases, such crimes are not properly investigated and the perpetrators are rarely punished.*” (*Rape and Human Rights in Nordic Countries* (2008). *Portal da Anistia Internacional/DK*, p.06). Disponível em: <<http://www.amnesty.dk/sites/default/files/mediafiles/44/case-closed.pdf>>. Acesso em: 20/10/2013.

penal ou não, dos direitos fundamentais, entre os quais se encontra a liberdade de expressão?

Entretanto, verifica-se que tal decisão, que destaca as chamadas *obrigações positivas* por parte do Estado, encontra-se inserida em uma linha de pensamento que tem se tornado dominante na esfera internacional dos direitos humanos, qual seja,

[...] a efetivação dos Direitos do Homem exige tanto uma legislação adequada a promover a dissuasão de atos atentatórios às liberdades fundamentais, como uma atuação efetiva (positiva) na investigação desses fatos e, em sendo caso, na imposição de sanção aos responsáveis pela violação de tais direitos e liberdades. (FELDENS, 2007: 225)

Esta perspectiva das *obrigações positivas* do Estado é visualizável, por exemplo, na *Opinião Consultiva 18/2003*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual, ao ser solicitada pelo México sobre a condição jurídica e direitos dos imigrantes *indocumentados*, afirmou que:

*Em uma relação de trabalho regida pelo direito privado, deve se ter em conta que existe uma obrigação de respeito aos direitos humanos entre os particulares. Isto é, da obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existe na base dos Estados, derivam-se efeitos em relação a terceiros (erga omnes). Dita obrigação tem sido desenvolvida pela doutrina jurídica e, particularmente, pela teoria do *Drittwirkung*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos como pelos particulares em relação com outros particulares. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*” Opinião Consultiva OC-18/03, par. 140, tradução nossa)⁶¹*

Ainda nesta referida *Opinião Consultiva*, podem ser encontrados, nos parágrafos 143 e 144, referências ao papel ativo que o Estado deve ter diante de possíveis violações dos direitos fundamentais, ainda quando tais violações originam-se de sujeitos privados, demonstrando que certos limites são necessários ao próprio operar democrático do pluralismo, citando que tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos quanto o Comitê

⁶¹ *En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*” Opinião Consultiva OC-18/03, par. 140) Disponível em: <<http://www.cidh.org/migrantes/Opini%C3%B3n%20Conculsa%2018.doc>>. Acesso em: 26/09/2013.*

de Direitos Humanos das Nações Unidas abarcam a posição das obrigações positivas e da aplicação dos direitos fundamentais na dimensão horizontal.

Em realidade, o referido órgão internacional de proteção dos direitos humanos ressaltou um ponto que é de grande valia em nosso trabalho, o fato de que o “[...] *Estado tem obrigação de proteger os direitos dos membros de minorias contra agressões de particulares.*” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*” Opinião Consultiva OC-18/03, par. 144, tradução nossa)⁶²

Desta maneira, pode-se afirmar que a tradicional postura de que os direitos fundamentais só valeriam contra as ações do Estado, em um ambiente dominado por um liberalismo que busca isolar os indivíduos, torna-se cada dia mais criticável, sendo que o seu predomínio restringe-se quase que aos Estados Unidos da doutrina da *State Action*⁶³, sendo repudiado na esfera internacional dos direitos humanos. A perspectiva, ousaríamos escrever, monológica dos direitos fundamentais, vem sendo superada por posturas mais dialógicas, descentralizadas, em que o sentido e alcance destes mesmos direitos basilares de qualquer democracia constitucional estão sempre vinculados, a partir da crítica dos contextos históricos, ao pluralismo que potencializa o direito a se fazer ouvir.

*Isso significa afirmar e admitir que a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão **frente ao Estado**; a duas, **através do Estado** - e inclusive através do direito punitivo - uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos. (STRECK, 2011: 16)⁶⁴*

É neste oceano de complexidades que o exercício da liberdade de expressão adquire sentido constitucional, onde a liberdade ampla é sempre a regra, e as restrições as exceções, sendo que mesmo estes limites excepcionais acabam por se revelar fomentadores do pluralismo constitutivo dos Estados Democráticos de Direito. Isto é, liberdade de expressão vista como liberdade de comunicarmo-nos mutuamente, de intersubjetividade, ou seja, “*liberdades comunicativas, [...] de forma a garantir a*

⁶² Además, dicho Comité consideró que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de los miembros de minorías contra las agresiones de particulares. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*” Opinião Consultiva OC-18/03, par. 144)

⁶³ Sobre *State Action*, ver páginas 119 a 122 desta tese. Também conferir: (SARMENTO, 2006a: 63-65).

⁶⁴ Lembrando que o nosso texto constitucional, em seu artigo 5º., parágrafo 1º., determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 2013a: 26)

comunicação livre e pluralista em todos os domínios da vida social.” (CANOTILHO; MACHADO, 2003: 14)

Este viés dialógico da liberdade de expressão, o qual não é apontado apenas em direção ao Estado, mas também em tentativas privadas de silenciamento, exigindo, como posto acima, um *facere* por parte dos poderes públicos, também pôde ser visto nos debates ocorridos durante o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 (ADPF 130), impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), visando arguir normas elencadas na Lei Federal no. 5.250/1967, também conhecida como *Lei de Imprensa*, a qual, ao final, foi considerada, pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal, como não recepcionada pela atual ordem constitucional.

Nesta ADPF, que será novamente abordada em outras passagens, o Ministro Joaquim Barbosa, em certo momento de seu voto, dialogando com os pensamentos de Owen Fiss, escreveu que:

[...] penso que nem sempre o Estado exerce uma influência nefasta no campo das liberdades de expressão e de comunicação. O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns. Múltiplos fatores interferem nesse campo: a peculiaridade da história do país, a maneira como a sociedade é organizada, o modo de interação entre grupos sociais dominantes e grupos sociais minoritários, tudo pode influir na questão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. (BRASIL, 2009)⁶⁵ (destaques nossos)

Exemplos dessas peculiaridades históricas a que o Ministro se refere e que justificam e legitimam a atuação positiva do Estado enquanto legislador, quando este estabelece políticas compensatórias e medidas de maior proteção a determinados grupos sociais, são as legislações antissubordinativas que dispõem sobre o apoio e a integração dos portadores de deficiência (Lei no. 7.853/89), a proteção integral de crianças e adolescentes (Lei no. 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente), o amparo ao idoso (Lei no. 10.741/03 – Estatuto do Idoso) e as que combatem as condutas de discriminação racial (Lei 12.288/10 – Estatuto da Igualdade Racial), entre outras que poderiam aqui ser elencadas.

Estas normatividades impõem comportamentos ativos não só ao mesmo Estado, como também à sociedade, restringindo a esfera tradicional da autonomia privada, entendida, a partir do liberalismo clássico, como aquela faculdade de poder fazer tudo o

⁶⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

que não é proibido. Esta mesma autonomia, agora ressignificada, é intersubjetiva, jamais pronta, perfeita e acabada (HONNETH, 2009: 354), e enfatiza a dimensão da reciprocidade de reconhecimento, em que, novamente, visualizamos o privado e o público se pressupondo em constitutiva e insuperável tensão.

Visando explicitar a nossa posição, devemos, com Axel Honneth, colocar que:

Autonomia é uma dimensão relacional, intersubjetiva, não uma conquista monológica; aquilo que nos ajuda a adquirir uma tal autonomia resulta de outra matéria que não aquela de que consiste um bem a ser distribuído; ela se compõe de relações vivas de reconhecimento recíproco que são justas na medida em que através delas e dentro delas aprendemos a valorizar reciprocamente nossas necessidades, convicções e habilidades. (HONNETH, 2009: 354)

Ora, nesta linha, retomando e nos apropriando da doutrina alemã sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, diríamos que há uma tendência de *irradiação constitucional* sobre todo o ordenamento jurídico ao superarmos o liberalismo clássico e sua visão de que o Estado nada pode. Como já ressaltado, na atualidade das relações sociais, os poderes públicos não só podem como devem, em dadas situações agir, ainda que intervindo nas relações entre os indivíduos em si mesmos considerados.

É como se a historicidade das relações atraísse, como uma força gravitacional irresistível, a atuação positiva do Estado, que não pode mais ser só um espectador, privilegiado sem dúvida, mas ainda assim um espectador, passando a se reconhecer como mais um ator, entre outros, presente na sociedade.

Os *Estatutos* aqui lembrados amplificam as vozes e conferem maior visibilidade a identidades antes desprezadas, emudecidas, em que as pretensões levantadas podem, agora, após os conflitos serem destampados, tornarem-se problemas e, em razão disso, serem trabalhadas publicamente não só pelo Estado, mas por toda a sociedade, alargando a dimensão emancipadora dos direitos fundamentais. Tais direitos, ao deixarem de *valer* apenas em relação ao poder estatal, potencializam os pluralismos emancipatórios e, por consequência, possibilitam, a partir de desmitificações e desnaturalizações de vários dos papéis sociais sedimentados historicamente, o descarte de legados hierarquizantes, silenciadores, autoritários e excludentes.

Aqui, mais uma vez nos valem de alguns argumentos esposados pelo mesmo Ministro Joaquim Barbosa na lembrada ADPF 130, o qual ressalta que:

Imagine-se, por exemplo, a situação de total impotência e desamparo a que pode ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade quando confrontado com a perseguição sistemática, ou a vontade deliberada de silenciá-lo, de

estigmatizá-lo, de espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes. (BRASIL, 2009)⁶⁶

Ainda o Ministro Joaquim Barbosa ressalva uma posição que se revelará importante em nossas futuras análises, ou seja,

[...] penso que, sem dúvida, o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, e o é na maioria das vezes, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente, ou não, silenciar e marginalizar. (BRASIL, 2009)⁶⁷

Este modo de entender os direitos fundamentais, a liberdade de expressão em suas múltiplas formas de exteriorização, impõe, como posto anteriormente com base nos escritos de Marilena Chauí (2000), desnaturalizarmos certos mitos fundadores de nossa história, pois se não somos, ufanisticamente, o “*Brasil Terreal Paraiso*” (ROCHA PITA *apud* CHAUI, 2000: 06), também não precisamos viver como se alternativas históricas aos apartheids sociais ou às tragédias democráticas pretensamente *naturais* não houvessem sido formuladas. A construção dos sentidos que o exercício da liberdade de expressão pode possuir tem que estar inserida no processo de aprendizagem em que nos movemos, pois é nos vestígios que, talvez, podemos compreender o alcance deste direito fundamental de primeira grandeza, não desprezando a “*história do outro: não por culpabilidade ou por compaixão [...] mas ousar a esboçar uma outra história, a inventar o presente.*” (GAGNEBIN, 2006: 57)

Liberdade de Expressão, assim, como exercício do direito de dizermos *não*, de rompermos com reproduções não problematizadas de silêncios, de abrirmos e ampliarmos o acesso ao público, não significando o privado, por si mesmo, egoísmo. Estamos a falar do direito de sermos herdeiros ativos diante das heranças que nos foram legadas pelas gerações que nos antecederam, mas nem por isso menos presentes e vinculantes. Liberdade de expressão que recebe sentido nas interações dialogicamente construídas, em que o plural não é monológico, nem resultado de uma visão economicista do fenômeno humano, mera expressão de interesses casuísticos, superando-se a ideia de que o *outro* e sua voz não possuem relevância, já que descartáveis, pois não foram *bem sucedidos na competição e na livre concorrência*.

⁶⁶ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

⁶⁷ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

Liberdade de expressão, em uma democracia constitucional como a que aqui vem sendo explicitada e assumida, revela ser discursiva, aberta, conflituosa e arriscada, mas não construtora ou mantenedora de hierarquias, de homogeneidades, de *silêncios*, em que a dimensão da autonomia é resultante de interações discursivas realizadas em esferas ampliadas de debates, onde o espaço do público e do privado, “[...] *das liberdades comunicativas e das liberdades individuais*” (GUSTIN, 1999: 218), não são excludentes, mas sim “*interdependentes e intercomplementares*” (GUSTIN, 1999: 218), indo além da “[...] *concepção restrita e individualizante da doutrina liberal do mundo moderno.*” (GUSTIN, 1999: 210)

Denota-se que a liberdade de expressão revela ser central na conformação das democracias constitucionais de base plural e, em virtude de tal pluralidade, qualquer intervenção ou omissão dos poderes públicos revela ser sempre uma escolha, não sendo fruto de alguma suposta tese de neutralidade, a qual possibilitaria a emergência de verdades a partir da acima mencionada livre concorrência argumentativa, como se o direito à liberdade de expressão fosse concebido como patrimônio a ser adquirido pelos que demonstrassem maior *capacidade* durante os debates.

Ou seja, é a centralidade desta liberdade fundamental que demonstra que a mesma não pode ser restringida a ser apenas uma garantia dos indivíduos diante do Estado. Como temos procurado ressaltar, demandas por interesses não podem ser confundidas com pretensões a direitos. Relação social não é reflexo do mercado econômico, no qual os indivíduos, enquanto “bens” ou “consumidores”, podem descartar e serem descartados quando seu “valor agregado” ou seu “potencial de consumo” é tido como deficitário, pois, ao contrário de tal privatização do público, cidadania e consumo não são aqui vistas como sinônimos.

É interessante visualizarmos, por exemplo, os debates travados em torno do *Código de Defesa do Consumidor* (Lei no. 8.078/90), o qual veda a chamada *publicidade enganosa ou ofensiva*, limitando a liberdade de expressão na esfera empresarial ou comercial, desvelando que tal restrição pode vir a ser a condição que possibilita que a cidadania tenha “preferência” diante do consumo, não o inverso, ou seja, que o *consumo é que seria estruturante do “ser cidadão”*.

É esta relação e vínculo entre cidadania, diversidade e liberdade de expressão que pode nos possibilitar entender o porquê de um anúncio de uma dada marca de cerveja estar no centro de um debate sobre até onde a *liberdade de publicidade* pode ir, podendo até levar à aplicação de grandes multas, exteriorizando indagações centrais em

nosso trabalho, quais sejam: onde acaba o mau gosto ou uma má ideia e começa a ofensa, a exteriorização de estereótipos objetivantes? Seria legítima uma propaganda comparar, por exemplo, um tipo de cerveja a uma mulher, colocando que “[É] *pelo corpo que se conhece a verdadeira negra*”?⁶⁸

Em casos como este, os limites e as intervenções do poder público podem ser legitimados discursivamente? Ou as restrições são lidas como assumindo uma posição moral de mundo de uma dada identidade social, ainda que esta seja predominante e majoritária naquele contexto? As fronteiras, em situações fáticas semelhantes, podem ser construídas como meios de garantir e efetivar o pluralismo, a divergência, de contrabalancear uma dimensão de proteção insuficiente de grupos sociais hipossuficientes ou são tidas como uma proteção excessiva, desmensurada?

Indagações como estas, que buscaremos responder no decorrer do trabalho, levam-nos a enfrentar um dilema subjacente a estas perguntas, que é o fato de que os conflitos que eclodem da ação ou omissão do Estado ocorrem

[...] entre as dimensões defensiva e protetiva do mesmo direito fundamental, que limita e exige a atuação estatal quase simultaneamente. Nesse equilíbrio delicado e complexo, o excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que a omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa. (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005: 04)

Seguindo nesta linha, a qual procura iluminar a circunstância de que, em um Estado Democrático de Direito, o sentido e a validade das pretensões levantadas durante o exercício da liberdade de expressão estão sempre entrelaçados com um pluralismo intersubjetiva e dialogicamente construído, problematizando papéis e condutas socialmente edificados, já assumimos que “[...] *tal liberdade só adquire sentido a partir de uma perspectiva pluralista, relacionando-se necessariamente ao dissenso.*” (BECHARA, 2011: 491)

A mesma pensadora, completa sua argumentação afirmando que:

[...] não seria necessário consagrar aos cidadãos a liberdade de expressão para o fim de meramente confirmar os interesses da maioria. Uma tal sociedade ideal de consenso nem sequer se poderia considerar saudável ou materialmente democrática. Nesse sentido,

⁶⁸PROPAGANDA ABUSIVA. Portal UOL (Economia). Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/10/04/devassa-pode-ser-multada-em-r-6-milhoes-por-propaganda-abusiva.htm>>. Acesso em 04/10/2013.

aliás, uma das mais marcantes características dos regimes ditatoriais constitui a busca de um consenso forçado a partir da criminalização do exercício da livre manifestação do pensamento. (BECHARA, 2011: 491)

Denota-se, deste modo, que em democracias constitucionais, a liberdade de expressão possibilita otimizarmos a crítica ao estabelecido, ao assentado silenciosamente na história. Dessa forma, a centralidade do exercício deste mesmo direito fundamental é facilmente perceptível quando tomado como o direito de dizer *não* ao que está posto, de recusar comportamentos que entendemos opressivos, de desobediência civil diante de contextos hierarquizantes⁶⁹, ainda mais quando fazemos confluir o exercício desta liberdade com a exigência de uma legitimidade discursiva e dialogicamente colocada, pois assim constatamos que “[...] *só consente quem pode efetivamente discordar.*” (DUARTE, 2000: 250)

Em termos similares, podemos denotar que “[O] *direito de resistência é o direito de questionar, de se opor a um sistema político opressor ou injusto.*” (MEYER-PFLUG, 2009: 70).

Ainda dentro desta linha de pensar, a referida autora destaca que “[O] *direito de expressar e expor suas opiniões, bem como o de se opor às ideias reinantes em uma determinada sociedade sempre encontra meio para se manifestar, seja de maneira expressa ou implícita.*” (MEYER-PFLUG, 2009:70)

O que está dito acima é visualizado em um processo histórico que nos mostra que inúmeras vezes, mesmo nos períodos mais duros e sombrios, nos quais qualquer *ato de fala* revela ser um enorme risco para o emissor, podemos encontrar experiências que realçam a importância da liberdade de expressão para a conformação do próprio fenômeno humano enquanto o contínuo movimento de um ser que busca, incessantemente, através de sua criativa liberdade, fazer-se *outro* ao resistir às forças hegemônicas presentes no ambiente em que se move.

Voltemos, por exemplo, ao ano de 1941, em pleno período autoritário do denominado *Estado Novo*, onde, entre tantas censuras e cortes, buscou-se destruir os exemplares da obra *Peter Pan: a história do menino que não queria crescer, contada por Dona Benta*, adaptada por Monteiro Lobato, já que a mesma atentaria contra a segurança nacional. Isto é, na visão da ordem então vigente, “[...] *os livros de Lobato chocavam-se contra os projetos do Estado Novo, empenhado em formar uma juventude*

⁶⁹ Conferir: (SALCEDO REPOLÊS, 2003).

saudável e patriótica, unidos em torno dos princípios da tradição cristã.” (CAMARGOS; SACCHETTA, 2002: 231)

Todavia, como Marcia Camargos e Vladimir Sacchetta informam, nem assim Monteiro Lobato perdeu a sua fina ironia e humor, ainda que diante de uma verdadeira inquisição contra suas ideias, tendo dito, em carta a um conhecido, a respeito de tais ocorrências e da queima de seus livros, o seguinte: *“Imagine que desastre: o Quindim torrado, o Rabicó assado, a Emília, a Nastácia, Dona Benta reduzidas a cinzas...Gente cruel, não?”* (CAMARGOS; SACCHETTA, 2002: 234-235)

Pensemos também na genialidade das metáforas, dos duplos sentidos presentes na letra da música *Tanto Mar*, de Chico Buarque de Holanda, a qual, apenas pela história das suas versões, já revela a enorme importância de um democrático exercício da liberdade de expressão, de um direito fundamental de participação, de informação, de não censura, de palavra, de ação, de pensamentos, ou seja, em suas múltiplas dimensões a liberdade de expressão surge como um dos direitos mais basilares para sabermos se vivemos ou não em uma democracia.

Tal música constrói-se como uma “carta” poética enviada do Brasil para Portugal que “está em festa”, em razão da queda da antiga ditadura de Salazar pela denominada Revolução dos Cravos, situação esta oposta ao “deserto” que a ausência de “uma primavera” produzia naquele mesmo momento em nosso país.

A temática sobre o papel central de uma verdadeira liberdade de expressão aparece, por exemplo, quando refletimos sobre o fato de ter existido duas versões dessa música, sendo que a tida como primeira versão foi censurada e silenciada naquele Brasil ditatorial.

Alia-se a tal triste contexto, o fato de que as alterações na letra da música, realizadas por Chico Buarque, já narram, por si mesmas, toda a dinâmica e complexidade social e política que a vida possui, pois na versão primeira encontramos um Chico exultante com a vitória sobre um regime que calava a expressão, ao passo que na segunda versão encontramos um Chico já mais comedido, pois os “Cravos” haviam sido enfraquecidos.

A ausência de um pleno direito de expressar-se sem amarras no Brasil do período trabalhado fez com que a primeira versão, como já colocado, só fosse apresentada em Portugal, mas tal circunstância acabou por permitir que Chico Buarque de Holanda revelasse na segunda versão, gravada para o Brasil, a forma como um movimento emancipatório – a Revolução dos Cravos – apesar de ter sido estancado no

correr do embate das forças no processo histórico, ainda assim permitiu que seus ideais fossem “semeados” em diversos “jardins da vida”.

Tal reflexão de Chico Buarque salta aos olhos quando percebemos que na primeira versão Portugal “está em festa”, enquanto na segunda, a “festa” já é passado, pois “foi bonita”, denotando uma passagem para a melancolia ou saudade daquilo que já não há mais.

Todavia, o fato da “festa dos Cravos” ter murchado, em uma referência direta aos desdobramentos do movimento revolucionário português, impedindo que se “colhesse pessoalmente” uma flor no jardim, não matava a esperança de terem “esquecido uma semente em algum canto”, talvez no jardim chamado Brasil.

Assim, a liberdade de expressão eleva-se como essa recorrente, árdua, e muitas vezes dolorosa possibilidade de sempre “cantarmos a primavera”, em uma esperança que impulsiona a sentirmos “novamente algum cheiro de alecrim”, já que existe sempre a alternativa de “guardamos renitentes velhos cravos para nós”.

Nesta mesma linha de resistência através da *livre expressão*, da liberdade que se faz presente até mesmo nas entrelinhas do *não-dito*, do branco das páginas, temos o expediente empregado, por inúmeros profissionais da imprensa, no correr do regime militar inaugurado em março de 1964 no Brasil de, ao aparentemente nada transmitir, nada enunciar, tudo expor.

Com efeito,

[O]s jornalistas que conviveram com a censura prévia lançaram mão de vários artifícios para expressar seu inconformismo. A publicação de versos de Camões e das receitas de bolo tornou-se o marco mais significativo, mas houve outras estratégias de protesto como, por exemplo, a inclusão de informações proibidas no corpo de matérias já liberadas; [...] ou, ainda, deixar em branco os trechos suprimidos pelos censores. (MAIA, 2002: 474)

Entretanto, entre tantas experiências que aqui poderiam ser colacionadas, temos que ressaltar a história dos irmãos *Hans e Sophie Scholl* e sua organização *Rosa Branca* (Weisse Rose), os quais pagaram com a vida a ousadia de exigir e exercer a liberdade de expressão em pleno período nazista da Alemanha, sendo que, no ano de 2013, completaram-se setenta anos de sua execução, pela guilhotina, depois de serem julgados e condenados pelo denominado *Tribunal do Povo*, haja vista que “a única liberdade que os regimes totalitários estavam preparados para oferecer aos intelectuais e artistas era a liberdade de ouvir, de tomar nota e obedecer. Obedecer ou morrer.” (BAUMAN, 2000: 101)

Os dois jovens irmãos, aliados a amigos e colegas de universidade, ao organizarem o citado movimento *Rosa Branca*, o qual se baseava na denúncia, através de panfletos, inscrições em prédios públicos e de atos não violentos, das atrocidades cometidas pelo regime nazista de então, visavam exortar a uma resistência passiva diante da estrutura política predominante.

Em um dos seus panfletos, citando, além de trechos da Bíblia, filósofos como Aristóteles, Schiller e Goethe, escreveram que:

Não há nada de mais indigno para um povo civilizado do que se deixar, sem resistência, dominar pelo obscuro prazer de um bando de déspotas. [...] Quem pressente o somatório de ignomínias que pesará sobre nós e sobre nossos filhos, quando a venda que hoje nos cega tiver caído e descobrirmos a extrema atrocidade desses crimes? (ROSA BRANCA apud LEVISSE-TOUZÉ, 2007: 40)

Este e os outros casos aqui narrados, em conjunto com a argumentação desenvolvida, sintetizam a enorme relevância do exercício da liberdade de expressão na conformação de uma identidade constitucional que se reconheça também democrática, além de reforçar a importância de dialogarmos, a partir do nosso presente e de toda a sua complexidade, com o passado de nossas experiências, principalmente aquelas que oficialmente deveriam ser esquecidas, deixadas às margens, pois, como o Presidente da Alemanha, *Joachim Gauck*, uma vez afirmou, ao se referir ao legado dos irmãos Scholl e dos integrantes de seu movimento para a atual geração alemã: “*Eles nos permitem acreditar que nem todos os alemães naquela época eram colaboradores silenciosos e covardes*”.⁷⁰

Assim, quando o Estado atua, ainda que não assumida e abertamente, em nome de alguma identidade, projeto ou representação de mundo dominante, dizendo, com base em pressupostos *moralistas, religiosos ou étnicos*, quem pode ou não, por exemplo, receber subsídios econômicos para publicar uma obra, quais expressões artísticas devem ser apoiadas com incentivos e isenções fiscais, quais grupos terão acesso facilitado às concessões públicas dos meios de comunicação social, ele acaba por fechar a identidade constitucional e o pluralismo, infantilizando uma parcela da sociedade e mantendo outra dentro de silêncios ilegítimos. Isto não significa que todas as visões de mundo devam ser ou precisem ser *subsidiadas*, mas a escolha das que receberão ou não o apoio do poder público deve ser legitimada em termos

⁷⁰ IRMÃOS SCHOLL. *Portal da Deutsche Welle* (Brasil). Disponível em: <<http://www.dw.de/h%C3%A1-70-anos-irm%C3%A3os-scholl-eram-executados-pelo-regime-nazista/a-16610961>>. Acesso em: 09/10/2013.

discursivamente amplos, e não em posições que apelam para a mesma lógica dual que, prévia e naturalizadamente, possibilita a um grupo ou setor da sociedade afirmar que “*a sua visão de vida é melhor que a do outro.*”

Liberdade de Expressão, então, deve ser construída como um compromisso com a diversidade, a alteridade, levando-nos a superar estas desgastadas dualidades que a todas as questões parecem responder e a todos os problemas eliminar, como aquelas que dividem o mundo social entre *mocinhos e vilões*, desconhecendo que, na seara dos fenômenos humanos, tal divisão oculta mais do que revela, onde todo plural passa a ser, por mais paradoxal que possa parecer, unidimensional, em que hábitos, simbolicamente estruturantes e não tematizados, de exclusão e subordinação, não são destampados. A maior qualidade deste sentido de liberdade de expressão é também o seu grande desafio nas atuais democracias constitucionais: possibilitar que preconceitos e falas excludentes sejam problematizadas, desconstruídas, sem apelarmos para a fórmula schmittiana de “amigos contra inimigos”, em que, talvez, seja o direito de divergir, o acesso aos meios de discordar, que possa, simultaneamente, legitimar responsabilizações, restrições e fronteiras.

Em realidade, como bem coloca Owen Fiss, ao refletir sobre o exercício da liberdade de expressão no contexto constitucional dos Estados Unidos, não há dúvidas de que, em certas situações específicas, o Estado pode pretender, abusiva e ilegitimamente, este “fechamento” do espaço público de debates, em que a força do exercício, constitucionalmente garantido, da liberdade de expressão aparece com enorme relevância e significado, todavia, em outros contextos,

[...] o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais os poderes fora do Estado estão inibindo o discurso. Ele pode ter que alocar recursos públicos – distribuir megafones – para aqueles cujas vozes não seriam escutadas na praça pública de outra maneira. Ele pode até mesmo ter que silenciar as vozes de alguns para ouvir as vozes dos outros. Algumas vezes não há outra forma. (FISS, 2005: 30)

Daí que a liberdade de expressão, como direito fundamental de enorme abrangência, não deve ser *confundido*, contraditoriamente, ainda mais quando caminhamos através de trajetos democráticos, com um mecanismo legitimador de obtenção ou manutenção de privilégios *naturais* de algum grupo ou visão de vida, sendo espaço de autonomias reciprocamente construídas, do conflito, mas não de exclusões simbólicas não problematizadas, de abertura normativa ao diferente e ao inesperado,

mas também de limites discursivamente dispostos, potencializando a reinvenção contínua da identidade constitucional e o reconhecimento da voz do *outro*, do direito ao diálogo, do *falar e ser ouvido*.

Enfatizando esta necessária dimensão dialógica da liberdade de expressão, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, no caso *López Álvarez vs. Honduras*, que envolvia o encarceramento de membro da minoria étnica da comunidade *Garífuna*, analisou, entre outros pontos, o fato de que ao indivíduo deste grupo social foi proibido o uso de seu próprio idioma, conformando, na visão da citada Corte Interamericana, uma ofensa à liberdade de expressão, refletindo um ato discriminatório, haja vista que “[...] *um dos pilares da liberdade de expressão é precisamente o direito de falar.*” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso López Álvarez vs. Honduras*”, 2006, par. 164, tradução nossa)⁷¹

Explicita-se, aqui, o vínculo indissociável, entre liberdade de expressão e o fomento do pluralismo, o que nos faz transcender a dimensão de exteriorização puramente individual do exercício desta liberdade fundamental, reconhecendo que este exercício ocorre nas relações sociais, em meio à diversidade. Isto é, em democracias constitucionais, a liberdade de expressão deve ser sempre confrontada com os contextos históricos e as estruturas simbólicas subjacentes aos mesmos, sob pena de manter o plural apenas na dimensão literal do *textual*.

Verificamos que esta concepção dialógica do exercício da liberdade de expressão é absorvida, por exemplo, pela chamada *Declaração de Princípio sobre a Liberdade de Expressão* da Organização dos Estados Americanos (OEA), a qual, além de salientar que tal direito fundamental, em todas as suas formas e manifestações, é um requisito indispensável para a existência mesma de uma sociedade democrática, destaca que os meios de comunicação não podem ser geridos por monopólios ou oligopólios, necessitando-se assegurar o acesso plural a estes mesmos mecanismos de informação, sendo que a alocação de recursos públicos também deve estar voltada a potencializar a diversidade, não devendo ser empregados para pressionar ou privilegiar *esta ou aquela* linha editorial ou de opinião.⁷²

⁷¹ “La Corte considera que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar [...]” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso López Álvarez vs. Honduras*”, 2006, par. 164) Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/10/2013.

⁷² Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>>. Acesso em: 18/09/2013.

Também a *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), determina, em seu artigo 13, que toda pessoa tem o direito, de forma mais ampla possível, à liberdade de pensamento e expressão, não estando sujeito a censura prévia, nem a restrições indiretas, como o excesso de burocracia e controles oficiais, mas a responsabilidades posteriores, as quais visem assegurar, por exemplo, o respeito à reputação e imagens dos outros.

Este mesmo artigo 13, em seu ponto cinco, ressalta algo que se revelará de extrema importância no decorrer de nossos estudos, qual seja, que a legislação pode vedar propagandas que incitem à discriminação, à hostilidade ou à violência, ou seja, o Estado deve proibir toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso.⁷³

O *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* também ressalta que ninguém poderá ser molestado pela exteriorização de suas opiniões, garantindo um amplo exercício da liberdade de expressão (art.19, 1 e 2), porém realça que este mesmo exercício pode gerar responsabilidades especiais, oriundas de condicionamentos e restrições necessárias para garantir a reputação das demais pessoas (art.19, 3), além de vetar, como a *Convenção Americana*, toda apologia à guerra, ao ódio e à discriminação (art. 20).

Seguindo esses mesmos parâmetros, temos a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, a qual, no seu artigo 10, garante a plena liberdade de expressão e, assim como os instrumentos internacionais anteriores, vincula-se à noção do respeito ao outro, da busca da efetiva diversidade democrática, possibilitando, em seu ponto segundo, que responsabilizações possam ser exigidas em caso de exercício abusivo desta liberdade.⁷⁴

Demonstra-se que se o exercício da liberdade de expressão é essencial na construção de um Estado Democrático de Direito, sendo seu vínculo com o pluralismo um meio de problematizarmos e, talvez, sob nossa responsabilidade, descartarmos pesadas heranças de exclusão ainda presentes nas nossas interações sociais. O mesmo não é sinônimo de absoluto ou ilimitado, já que liberdade de expressão total é uma contradição em termos, quando entendemos que a mesma deve sempre caminhar na companhia do plural.

⁷³ O texto, do *Pacto de São José da Costa Rica*, assim como de alguns outros mecanismos internacionais de garantia e proteção dos direitos humanos na esfera internacional, por nós citado, é extraído do apêndice da obra de Flávia Piovesan (2008).

⁷⁴ *Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Portal da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 13/10/2013.

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

Também em nossa Constituição, como o Ministro Celso de Mello escreveu na já lembrada ADPF 130, há uma “[...] *hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento.*” (BRASIL, 2009)⁷⁵

Todavia, o mesmo Ministro, em seu voto, também ressaltou que:

[...] publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, o exercício ordinário da liberdade de expressão e de comunicação, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil. (BRASIL, 2009)⁷⁶

Percebe-se que o amplo exercício da liberdade de expressão, como garantido em inúmeros dispositivos internacionais de garantia e salvaguarda dos direitos humanos e direitos fundamentais, ou refletido nos argumentos debatidos durante o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental 130, precisa ser lido em conjunto e concomitantemente com outros diplomas normativos e argumentos judiciais que visam combater, prevenir e repudiar *formas ilegítimas de discriminação*, isto é, em democracias constitucionais, tanto o exercício quanto o controle devem guiar-se pelo sentido dialógico e plural da liberdade de expressão.

Diga-se que a linha entre limites legítimos, discursivamente edificados, em que o devido processo legal e o contraditório são efetivamente realizados, e a censura prévia é sempre fina. As experiências históricas autoritárias revelam que em nome da mesma liberdade de expressão, os maiores silêncios já foram impostos, bastando exemplificarmos com a nossa autoritária Carta constitucional de 1937, a qual, em seu

⁷⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

⁷⁶ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

artigo 122 (15, a), assegurava a liberdade de expressão, mas também afirmava que a legislação poderia prescrever, “[...] a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.” (BRASIL, 1937)⁷⁷

Vemos, assim, que os controles e os parâmetros devem ser previamente definidos, sempre em nome do reforço do pluralismo e da autonomia dos envolvidos, mas aplicados a *posteriori*, como dispõe, por exemplo, a Opinião Consultiva 05/1985, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em seu parágrafo 39 explicita que:

O abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de medidas de controle preventivo sem fundamento na responsabilidade de quem o aja cometido. Ainda neste caso, para que tal responsabilidade possa ser validamente aplicada, segundo a Convenção [Interamericana de Direitos Humanos], é preciso que conjuguem vários requisitos, a saber: a) a existência de causas de responsabilidades previamente estabelecidas; b) a definição expressa e taxativa dessas causas através de Lei; c) a legitimidade dos fins perseguidos ao estabelecê-las e, d) que essas causas de responsabilidade sejam ‘necessárias para assegurar os mencionados fins. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”. Opinião Consultiva OC-5/85, par. 39, tradução nossa)⁷⁸

Façamos um breve parêntesis para lembrar que, mesmo a Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual, como abordaremos posteriormente, marcadamente não vê com bons olhos as interferências ou atuações dos poderes públicos no que se refere à *freedom of speech*, reconhece que as garantias constitucionais da liberdade de expressão exigem uma prestação positiva, ainda que de cunho eminentemente regulatório e administrativo⁷⁹, por parte das autoridades estatais, como, por exemplo, liberar o acesso

⁷⁷ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 12/10/2013.

⁷⁸ “El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar los mencionados fines'.” (CIDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”. Opinião Consultiva OC-5/85, par. 39) Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 10/09/2013.

⁷⁹ Para lembrar, várias legislações infraconstitucionais dispõem de modo semelhante no Brasil, sendo que a nossa Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XVI, salienta a mesma normativa. (BRASIL, 2013a: 23) Diga-se que é importante estarmos atentos a estes “marcos regulatórios”, ao modo como são aplicados, haja vista que leis e atos administrativos que buscam reger o exercício concreto de qualquer direito fundamental, não obstante seu caráter necessário ao próprio exercício de tais direitos em contextos plurais, podem acabar por gerar reflexos na liberdade de expressão, isto é, uma legislação “[...] que proíbe o uso de buzina em frente a hospitais não tem por meta restringir a liberdade de opinião política,

de áreas públicas àqueles indivíduos ou grupos que queiram manifestar suas ideias e visões de mundo⁸⁰, sendo que os condicionantes ou regramentos do uso de tais espaços não devem refletir qualquer opção em relação ao *conteúdo* expressado pelos manifestantes, mas apenas adequar o exercício em termos de uma análise de “**como**”, “**quando**” e de “**que modo**” (“*time, place, and manner analysis*”), visando evitar conflitos como a ocorrência de duas manifestações simultâneas no mesmo lugar, o emprego de “carros de som” em área hospitalar, ou uma manifestação que queira se desenvolver em uma área residencial durante a madrugada.⁸¹

Realizado este pequeno parêntesis, podemos perceber que, ao fim e ao cabo, o que os controles e as responsabilizações exigem, em grande parte das democracias constitucionais ocidentais – como ainda veremos, os Estados Unidos têm uma história peculiar quanto ao alcance da liberdade de expressão –, para serem legítimos, é o pano de fundo do diálogo, pois estes controles devem ser aplicados com a finalidade não de silenciar ou abafar, mas sim de preservar e ampliar as fronteiras do discurso. Isto é, a garantia da liberdade de expressão não é sinônimo de imunidade ou irresponsabilidade, mas sim de possibilidade de crítica ao “*establishment*”, de redescobrir narrativas históricas antes postas nas margens, de nos reconhecermos como iguais em nossas existenciais diferenças, pois o fato de que *tudo pode ser dito, não implica que não*

mas terá repercussão sobre a decisão de se promover, nas imediações de estabelecimentos médicos, um buzinação de protesto.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007: 358)

⁸⁰ “*The system demands access to an audience, and places where people congregate in public are natural locations for those seeking to reach potential listeners.*” (EMERSON, 1981: 808)

⁸¹ Observe-se, todavia, que no caso *Adderley v. Flórida* (1966), a Suprema Corte, em uma decisão apertada (5 X 4) reconheceu a constitucionalidade de legislação restritiva e manteve a condenação de estudantes (Harriett Adderley, entre outros) que realizaram uma manifestação pacífica de desobediência civil, em área de um presídio da Florida, contra a prisão anterior de seus colegas em outro incidente, com fundamento de que, a área de um complexo prisional não é qualificada como um espaço público aberto, podendo as autoridades proteger tal espaço, o que, na visão da maioria da *Supreme Court*, não contrariava o direito fundamental de associação e de expressão. No caso, demonstrando a força da dimensão negativa da esfera privada, a Suprema Corte considerou que o Estado podia ser equiparado a um “proprietário privado” no que tange à proteção e regulação de área como a de um presídio, pois tal estrutura é construída com o fim específico de segurança pública, não podendo, deste modo, ser equiparada, por exemplo, a uma praça ou parque aberto ao público. Outro precedente, citado também por *Emerson*, é *United States Postal Service (USPS) v. Council of Greenburgh Civic Associations* de 1981, no qual a Suprema Corte considerou que espaços públicos são aqueles “tradicionalmente” vistos como tais, o que não incluiria, como no caso em tela, as caixas de correio usadas pelo sistema público de correspondência, as quais não poderiam ser utilizadas para a distribuição “não postada” de folhetos, pois a Primeira Emenda, que dispõe sobre a liberdade de expressão, não garantiria o acesso ilimitado a uma propriedade apenas porque seu proprietário seja estatal. Assim, seriam constitucionais as normativas que regulam, restringindo o acesso a estas mesmas caixas de correio, visando maior eficiência no serviço de correios prestado à população (EMERSON, 1981: 809). Em síntese, em precedentes como estes, a Suprema Corte equipara o Estado a um proprietário privado protegendo a sua propriedade particular, em uma leitura liberal.

sejamos tratados como maiores de idade, entre outros cidadãos, responsáveis por nossas escolhas e expressões de mundo.

Eis aí os pressupostos que nos permitem descortinar a tensão, sempre presente, ainda mais em espaços sociais cada dia mais complexos, entre o estabelecimento de fronteiras e o fomento à exteriorização dos pluralismos existentes em nossa sociedade. Como entendemos já ter mostrado, na atualidade, requer-se ir além da proibição de censuras prévias por parte dos poderes públicos, sendo necessário também que reconheçamos a presença de *censuras privadas e as não assumidas como públicas*, tanto materiais quanto simbólicas, decorrentes de um processo histórico marcado pela exclusão de setores sociais inteiros, setores estes aos quais a denegação do direito fundamental de serem ouvidos sempre foi naturalizada, tida como algo “normal”, como se houvesse uma divisão “natural” entre cidadãos *super-integrados* e outros *sub-integrados*, gerando, respectivamente, uma espécie de direito fundamental de silenciar e um correspondente dever fundamental de se calar.

Aqui, apropriando-nos dos argumentos construídos por *Robin West* ao pensar os debates sobre liberdade de expressão nos Estados Unidos e ressaltando os contextos em que os discursos são formulados, podemos vislumbrar que o “[...] *discurso pode fortalecer ou enriquecer as comunidades, mas ele também pode perpetuar hierarquias, favorecer a subordinação de pessoas relativamente vulneráveis ou sem poder*” (WEST, 1994: 247, tradução nossa), ou seja, o mesmo ato que pode levar a uma interação e aproximação dos indivíduos, pode também conduzir ao silêncio daqueles com menos poder de fala, atingindo sua “dignidade e autoestima”. (WEST, 1994: 247)⁸²

Em linha próxima, o Ministro Joaquim Barbosa, ao analisar a amplitude normativa da liberdade de imprensa, na já vista ADPF 130, ressalta um ponto importante também na busca por compreensão dos limites e âmbito de aplicação da liberdade de expressão, qual seja: “[...] *a liberdade de imprensa tem natureza e função multidimensionais. Ela deve também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação.* (BRASIL, 2009)⁸³ (destaques nossos)

⁸² “[...] *speech might strengthen or enrich communities, but it also might not; speech can perpetuate hierarchies, can further subordinate already relatively disempowered peoples, can censure by shocking or scaring a listener into silence, or can render the responsive speech of the listener less free injuring his or her dignity and self-esteem.*” (WEST, 1994: 247)

⁸³ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

Dáí fica claro a enorme importância de um exercício amplo da liberdade de expressão no cotidiano de um Estado Democrático de Direito, a sua centralidade em possibilitar e manter a abertura cognitiva de nossa identidade constitucional. Entretanto, apoiando-nos na argumentação até aqui elaborada, é que visualizamos também a relevância de não desprezarmos a história e as heranças das lutas travadas por maior reconhecimento social e cidadania, pois somente assim seremos capazes de, talvez, evitarmos que a liberdade de expressão desvirtue-se naquilo que o filósofo *Herbert Marcuse* (1965) denominou de “tolerância repressiva” (*repressive tolerance*), a qual, fruto da ausência de memória e de uma descontextualização, ousaríamos nós de qualificar de *seletiva*, suprime alternativas, sendo muito mais um mecanismo de manutenção do estabelecido, da liberdade tolerada para o *status quo*. (MARCUSE, 1965: 82-83)

É o mesmo Marcuse que busca demonstrar que, dentro de certos contextos dominados por um individualismo excessivo, a tolerância e a não restrição ou responsabilização de certos discursos pode acabar por nos encaminhar para espaços do silêncio, da não diferença, do não democrático, isto é, “*em tal caso, a liberdade (de opinião, de reunião, de expressão oral) torna-se um instrumento para desculpar ou absolver a servidão.*” (MARCUSE, 1965: 84, tradução nossa)⁸⁴

Em suma, o sentido de liberdade de expressão, como aqui desenvolvido, sabe-se em meio a demandas e representações de liberdade e igualdade as mais diversas e conflitantes e, por esta razão, também reconhece que esta liberdade não é incondicionada, já que não recalca a sua historicidade, nem desconhece quem, nesta mesma história, foram, em grande medida, os “eleitos” e os “sacrificados” no altar erguido para a liberdade de expressão.

Com escreve o Ministro Gilmar Mendes, na ADPF 130:

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. (BRASIL, 2009)⁸⁵

⁸⁴ “*In such a case, freedom (of opinion, of assembly, of speech) becomes an instrument for absolving servitude.*” (MARCUSE, 1965: 84)

⁸⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

Ora, tal sentido, em outras palavras, impõe-nos perguntar se a violência e a exclusão podem ser justificadas pela liberdade em ambientes que se reconhecem constitucionais e democráticos? A liberdade de expressão destina-se apenas aos discursos de pessoas como “nós”? Todos os pluralismos podem ser legitimamente expressados? Caso contrário, como estabelecer as fronteiras sem negar a própria abertura da identidade constitucional? Ainda indagamos: em democracias constitucionais legitimadas discursivamente, existe espaço para a liberdade de ofender, de “escravizar pela palavra”, ou para tornar o *outro* invisível? Seria este o “preço” cobrado para vivermos em uma democracia constitucional de base plural?

Será que a alternativa, neste contexto de uma identidade constitucional sempre carente de completude, para os destinatários dos discursos ou posturas excludentes, que negam identidades sociais minoritárias ou divergentes, é a de que eles somente podem “[...] *desviar os seus olhares, fechar as portas, ficar em casa e permanecer em silêncio*” (MACKINNON, 1996: 105, tradução nossa)⁸⁶, pois “tudo” passará naturalmente?

Com efeito, parafraseando e nos apropriando livremente de Catharine Mackinnon (MACKINNON, 1996: 106, tradução nossa), indagar-nos-íamos⁸⁷ se mulheres, idosos, moradores em situação de rua, índios, homossexuais, minorias religiosas, entre outros grupos de *estrangeiros*, deveriam “aceitar a liberdade de seus algozes”, pois, no final, “esta seria a melhor proteção”, haja vista que, em realidade, “ninguém” realmente está sendo ferido?

Quem sabe, como entende outra estudiosa norte-americana da relação entre discursos excludentes e o exercício da liberdade de expressão, Mary Matsuda (1989), não devemos ressaltar esta dimensão que a *freedom of speech* pode desvelar quando os contextos históricos não são levados a sério pela sociedade e, principalmente, pelos operadores do direito, tanto na justificação quanto na aplicação dos direitos fundamentais. Assim, uma Constituição como a de outubro de 1988, que assume o pluralismo político e a autonomia, que visa a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, não nos impõe, como herdeiros que somos, considerar e buscar recuperar e narrar a “história das vítimas”? (*considering the victim's story*)

⁸⁶ “[...] *what they can do about it is avert their eyes, lock their doors, stay home, stay silent [...]*.” (MACKINNON, 1996: 105)

⁸⁷ “*Accept the freedom of your abusers. This best protects you in the end. Let it happen. You are not really being hurt.*” (MACKINNON, 1996: 106)

Porém, observe-se que dizer vítima aqui não é o mesmo que “vitimização” ou “passividade”, mas sim possibilitar a abertura dos arquivos silenciados da história por detrás das batalhas travadas por liberdade e igualdade, em que estas “vítimas” foram, em realidade, autores de narrativas próprias, ativas, ainda que se contrapondo ao hegemônico, à maioria, ao que é visível. Por exemplo, a história acima lembrada do sacrifício dos *Irmãos Scholl* no período nazista da Alemanha durante a Segunda Grande Guerra Mundial, à qual podemos acrescentar a enorme coragem da ativista dos direitos civis nos Estados Unidos, *Rosa Louise Parks*, que na década de 1950, em pleno Alabama segregacionista, recusou-se a ceder o seu lugar em um ônibus para um homem branco sentar, contrariando a legislação local que determinava tal conduta, sendo presa por tal “crime”, o que acabou por dar início a uma das primeiras ações não-violentas – boicote do transporte público pela população negra – lideradas por *Martin Luther King*. (ITUASSU, 2006: 08).

Damos primazia, assim, a um sentido de liberdade de expressão que não se restringe a possibilitar a repetição não problematizada de estereótipos e estigmas sociais, de exteriorizações de hábitos monológicos do pensar, pois *comunicar é diferente de fazer comunicados*” (FREIRE, 1996: 132), em que as falas são responsabilizáveis, em que o “*escutar é obviamente algo que vai mais além da possibilidade auditiva de cada um*” (FREIRE, 1996: 135), já que, como Paulo Freire, que aqui nos guia a escrita ensinava, o “*aceitar e respeitar a diferença é uma dessas virtudes sem o que a escuta não se pode dar.*” (FREIRE, 1996: 136).

Considerando e assumindo tal perspectiva da liberdade de expressão e da democracia, é que formulamos algumas questões centrais para o nosso objeto. Como a doutrina norte-americana debate profundamente, será que “*death nigger*”, “*death to all arabs!*”, “*swastikas are flown*”, “*crosses are burned*”⁸⁸, podem ser tidos como “[...] *potenciais direitos constitucionais*” (*potential constitutional right*) (MACKINNON, 1996: 54), estando assim abrangidos pela liberdade de expressão? Em um Estado Democrático de Direito, infligir, através do exercício da liberdade de expressão, intencionalmente, *dor e sofrimento mental* ao outro, pode ser defensável com base em justificativas morais ou constitucionais?

⁸⁸ Saliente-se, neste ponto, que em razão de opção pessoal, decidimos não traduzir ou empregar algumas expressões extremamente ofensivas, fazendo nossas as palavras de Mary Matsuda, quando a mesma escreve que “*this article does not spell out racial slurs in a personal effort to avoid harm to others, and to prevent desensitization to harmful words.*” (MATSUDA, 1989: 2329)

Uma expressão como “*God hate fags*” (Snyder v. Phelps, 2011), faz-nos perguntar: “*onde está o discurso aqui? Promovendo o medo?*” (MACKINNON, 1996: 104, tradução nossa).⁸⁹ Ou, quem sabe, radicalizando o questionamento, indaguemos: até onde pode ir uma democracia constitucional sem que venha negar o seu próprio projeto de abertura e inclusão?

Em termos diversos, como lidar, democraticamente, com o denominado “*paradoxo da tolerância*”, o qual vale para pensarmos as fronteiras da liberdade de expressão, ou seja, em breves palavras, a pretensão de sermos *tolerantes com os não tolerantes*, não acabaria por só reforçar a própria intolerância? Assim, seguindo essa linha argumentativa, um estudioso do fenômeno democrático, como Habermas, impõe-nos a reflexão sobre “*quão tolerante pode uma democracia ser com os “inimigos” da própria democracia?*” (HABERMAS, 2004: 08, tradução nossa)⁹⁰

Tendo como pressupostos não só as afirmações até aqui realizadas, os argumentos e os conceitos explicitados, mas também indagações como estas últimas acima elencadas, é que nos encaminhamos para o próximo ponto, isto é, a análise do desafio de falas que visam emudecer, que negam e desconhecem, obsessivamente, o diferente como igual, o *outro, sua voz e sua singularidade: os discursos de ódio*.

1.3 Discursos de Ódio: *palavras que ferem, falas que silenciam*⁹¹

*“Sticks and Stones may break my bones but
names (or words) will never hurt me!”*
Provérbio Infantil⁹²

O ditado infantil anglo-saxão que abre este ponto pode ser lido, sem dúvida, como um ensinamento, a transmissão de uma experiência compartilhada. Isto é, de que necessitamos ser fortes, de que não podemos nos curvar diante de certas situações ou falas desagradáveis que a vida coloca em nosso caminho.

Todavia, o mesmo ditado pode também ocultar, quando lido acriticamente e descontextualizadamente, o fato de que dizermos que palavras não podem nos ferir, não

⁸⁹ “*Where is the speech here? Promoting the fear?*” (MACKINNON, 1996: 104)

⁹⁰ “*How tolerantly may a democracy treat the “enemies” of democracy?*” (HABERMAS, 2004: 08) Conferir também: (MARCUSE, 1965) e (POPPER, 1959).

⁹¹ A referência aqui é explícita ao pensamento *outsider* dos debates norte-americanos sobre o sentido e os limites do *free speech*, no qual se destacam, entre outros, *Richard Delgado* e *Catharine Mackinnon*.

⁹² “Paus e Pedras podem quebrar meus ossos, mas nomes (ou palavras) jamais me ferirão!” (Tradução Nossa)

implica traduzimos o mesmo como um sinal verde que nos imuniza, permitindo expressarmos o que quisermos, do modo como quisermos e a quem quisermos.

Em termos outros, a circunstância de que devemos resistir a certos discursos não implica em entendermos que não há ferimentos ou sofrimentos, bastando pensarmos em inúmeras falas oriundas do nosso período escravocrata, muitas das quais ainda persistem em nossos contextos de modo naturalizado, não obstante todas as lutas travadas, cotidianamente, pelos afrodescendentes.

O contrário seria como escolhermos manter interpretações históricas que entendiam, como as de Gilberto Freyre em *Casa Grande e Senzala*, que a relação entre escravos e senhores, como ocorrido no contexto brasileiro, seria até mesmo uma “boa” ou “doce” escravidão, caso pensássemos a interação entre os senhores e os seus escravos domésticos, fomentando, inclusive, “liberdades”. (AVRITZER; GOMES, 2013: 49)

Sem dúvida que o Estado Democrático de Direito impõe a mais ampla liberdade de expressão, incluindo o direito de expressar certas opiniões e visões de mundo que soam radicais, de mau gosto e que podem, inclusive, chocar profundamente certos setores da sociedade. Entretanto, se assumimos que tal direito não é absoluto, como edificar as linhas demarcatórias entre o legítimo e o abuso? Com que base de legitimidade podemos estabelecer quais *dizeres*, ainda que tidos como dissonantes, estão cobertos pelo direito fundamental da liberdade de expressão e quais estariam fora deste âmbito?

Será que a realização de “festas da selva”, dentro de instituições de ensino, em que, após distribuição de folhetos convidando para o evento, alunos brancos se pintam de preto para fomentar o “encontro”, é apenas uma piada politicamente incorreta, não constituindo um discurso ofensivo? (LAWRENCE, 1990: 431)

Outro evento “festivo”, organizado por alguns estudantes da Universidade da Califórnia, denominado de *Increase Diversity Bake Sale* (*Venda de bolos para o aumento da diversidade*), onde negros, latinos, mulheres e outros grupos sociais tidos como vulneráveis poderiam participar da “festa” pagando, de acordo com sua “origem, raça ou gênero”, menos que os colegas brancos, é realmente um protesto contra as ações afirmativas e o modo de acesso àquela instituição universitária, sendo uma sátira ao sistema político de cotas, coberto assim pela liberdade de expressão, ou seria a explicitação de uma pretensão abusiva que visa não só desacreditar uma política pública

como também atingir, pejorativamente, a imagem daqueles que seriam destinatários destas mesmas políticas inclusivas?⁹³

Nesta linha, são apenas “palavras”, obviamente ofensivas, mas que não conseguem “ferir”, mensagens enviadas a estudantes afrodescendentes perguntando aos mesmos se não querem banana? (LAWRENCE, 1990: 433, tradução nossa) Também não “marcam” as pessoas atingidas, escritos que dizem que é “uma coisa terrível desperdiçar a inteligência, especialmente com um “nigger”?” (LAWRENCE, 1990: 433, tradução nossa)⁹⁴

Dentro desta série de questionamentos, uma pensadora tida como *outsider*, Mary Matsuda (1989: 2328), narra uma situação ocorrida em um departamento de bombeiro da cidade de São Francisco, na qual uma *swastika* foi colocada na mesa de trabalho de um inspetor de origem asiática e de um afrodescendente, sendo que a presença deste símbolo foi explicada oficialmente como uma brincadeira, não se sabendo como e nem porque o mesmo foi parar nas mesas de trabalhadores oriundos destas minorias sociais.⁹⁵

Ora, seria também uma brincadeira, sem qualquer pretensão de realmente ofender ou perpetuar estigmas, dizermos, em uma conversa informal entre colegas, ao visualizarmos um “carro de marca mais cara”, que este deve ser um “carro de judeu”, assim como ao avistarmos dois homens com uma criança colocarmos, aos risos, que aquele foi “sorteado”, sendo filho de dois “gays”, para não empregarmos a linguagem de nível duvidoso e questionável que realmente foi empregada no momento da fala?⁹⁶

Nestas situações, entre tantas outras que aqui poderiam ser lembradas, estaremos apenas realizando um humor de gosto duvidoso ou passamos para a dimensão não protegida do exercício da liberdade de expressão?

Indo além, se um judeu, negro ou homossexual, escutarem tais falas será que os mesmos deveriam entender as mesmas como inofensivas brincadeiras, no máximo

⁹³ Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/eua-estudantes-organizam-venda-de-bolos-racista39-contra-acao-afirmativa.2f8a1a4045cea310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 02/09/2013.

⁹⁴ “African student finds message slipped under her door that reads, “African Nigger do you want some bananas? Go back to the Jungle.”; “A student walks into class and sees this written on the blackboard: “A mind is a terrible thing to waste-especially on a nigger.” (LAWRENCE, 1990: 433)

⁹⁵ “In San Francisco, a swastika was placed near the desks of Asian-American and African-American inspectors in the newly integrated fire department. The official explanation for the presence of the swastika at the fire department was that it was presented several years earlier as a “joke” gift to the battalion chief and that it was unclear why or how it ended up at the work stations of the minority employees.” (MATSUDA, 1989: 2328)

⁹⁶ Passagens narradas, por terceiros, ao autor.

politicamente incorretas, sendo o preço a se pagar por vivermos em uma democracia plural, onde nem todos compartilham as mesmas visões?

Destaque-se que estas passagens que selecionamos nesse conjunto devem ser confrontadas com uma sociedade em rede, na qual as informações são transmitidas em velocidade cada vez maior, quase em tempo real, fazendo com que o impacto das mesmas seja também ampliado enormemente, o que nos permite aferir a força destas *falas*. Isso pode ser visualizado, infelizmente, em casos recentes, noticiados na imprensa, que estão a ocorrer em diversas partes do mundo, de jovens que tiram a própria vida após serem humilhados ou terem sua privacidade exposta nas redes sociais, desvelando, do modo mais duro possível, o peso que certos atos podem ter em relação à maneira como interagimos com o mundo. Ou seja, aqui, o ditado infantil que afirma que as palavras não são capazes de nos ferir está enganado ou, no mínimo, defasado, pois algumas vezes elas não só machucam mais que *pedras*, como matam.

A partir das posições anteriormente explicitadas, verificamos que tais notas dão testemunho da centralidade de não desprezarmos a força vinculante e de convencimento de certas persistências históricas. Assim, retomando argumentos acima expostos de Catherine Mackinnon (1996), perguntamos: em situações concretas como estas e outras similares, podemos realmente visualizar discurso, entendido este enquanto busca por um encontro intersubjetivo, em que a interação vai além da mera repetição de estereótipos que objetivam e desumanizam pessoas pertencentes a certos grupos sociais, não reforçando papéis subordinativos do *outro*, daquele que me é estranho e que ousa invadir o meu espaço vital?

Aqui, revela-se a centralidade de refletirmos, como temos procurado salientar, não apenas sobre o conteúdo de uma dada expressão ou de alguma representação de mundo, mas também sobre o que tais *visões* procuram constituir, o que as mesmas pretendem realizar. Isto é, será que se desprezarmos a historicidade dos contextos onde tais falas são enunciadas, ao invés de estarmos garantindo a mais ampla liberdade de expressão, não estaríamos, em realidade, reforçando o que ousaríamos denominar da dimensão perversa que todos os espaços democráticos podem desvelar?

Assim, o aspecto *não-dito* que condiciona os significados dos discursos não pode ser desconsiderado quando pensamos o exercício da liberdade de expressão em ambientes plurais, ainda mais quando estamos lidando com linguagens altamente excludentes, ou seja, quando refletimos sobre o que a doutrina norte-americana denomina de *hate speech*, se é que podemos chamar a exteriorização radical de ódio de

discurso. Precisamos então buscar identificar o que estes discursos pretendem edificar, que pretensões estão subjacentes aos mesmos, quais estruturas simbólicas guiam estas falas excludentes.

Em palavras diversas, para retomarmos argumentos elaborados a partir de Pierre Bourdieu (1989), as questões que envolvem o ato de domínio social que não é explicitado tornam-se essenciais, o que, como acima exposto, Bourdieu chamou de *violência simbólica*. Essa, em muitas situações, acaba interditando o caminho das interações entre os diversos atores envolvidos através da persistência naturalizada de padrões hegemônicos, os quais vedam ou ao menos dificultam que novas identidades sociais possam, efetivamente, influenciar o sentido e o âmbito normativo dos direitos fundamentais e os esquemas tradicionais de representar o mundo.⁹⁷

Deste modo, ainda que esta violência simbólica possa ter, em sociedades democráticas, via mecanismos de controle e acesso ao espaço público, além de políticas públicas de inclusão, sua força normativa restringida, a mesma jamais é integralmente suprimida, haja vista que esta demonstra ser, simultaneamente, um “instrumento de comunicação e dominação”⁹⁸, visando reproduzir e manter a ordem social estabelecida, o que nos leva, novamente, ao fato de que esta dimensão simbolicamente repressiva do exercício do poder acaba reproduzindo padrões excludentes de cidadania, em que alguns cidadãos, não obstante formalmente terem direito a voz e ao ato de nomear o mundo que vivem, não conseguem constituir o mesmo, já que suas pretensões discursivas são abafadas, tornando-se sussurros inaudíveis em razão das ações daqueles que dominam, por terem maior domínio econômico, político e jurídico, o acesso à arena pública de debates.

Denota-se, assim, que a violência simbólica está presente nas estruturas “linguístico/mentais”, basta lembrarmos de tudo o que está implícito – *nas margens*

⁹⁷ “El poder simbólico no emplea la violencia física sino la violencia simbólica, [...], un «poder que construye mundo» (worldmaking power)» en cuanto supone la capacidad de imponer la «visión legítima del mundo social y de sus divisiones» (Bourdieu, 1987b: 13) y la capacidad de imponer los medios para comprender y adaptarse al mundo social mediante un sentido común que representa de modo disfrazado el poder económico y político, contribuyendo así a la reproducción intergeneracional de acuerdos sociales desiguales.” (FERNÁNDEZ, J. Manuel. 2005: 12)

⁹⁸ Destacando algo que será de extrema relevância no decorrer do nosso trabalho, anotamos que *comunicação*, aqui, não tem o sentido do *diálogo* que pressupõe o *outro*, mas ao contrário, constrói-se como *mera expressão*, forma perversa de silenciar aparentando, **inautenticamente**, reconhecer o direito deste *outro* a fala e a ser escutado, estratégia esta que, como lembra Eduardo Galeano, já era visível “*no século XVI em que alguns teólogos da Igreja Católica legitimavam a conquista da América em nome do direito da comunicação. Jus Communicationis: os conquistadores falavam, os índios escutavam.*” Sendo que “*a guerra era inevitável justamente quando os índios se faziam de surdos. Seu direito de comunicação consistia no direito de obedecer.*” (GALEANO, 2011: 279-280)

– em argumentos do *sensu comum*, como o revela discursos que afirmam a inferioridade natural de mulheres, negros, nordestinos e outros tantos segmentos da sociedade. Estas estruturas simbolicamente condicionadas e que, ao mesmo tempo, condicionam o entorno, surgem como se fossem um “dado normal da natureza”, evidentes por si próprios, sendo, por esta razão, “pré-reflexivamente” acolhidas.

Todavia, este domínio do simbólico, ainda mais quando estamos nos movendo em democracias constitucionais, pode ser criticado e questionado pelos participantes das interações sociais, os quais, quando buscam afirmar suas identidades e suas visões de mundo, não aceitando passivamente sua posição dentro da sociedade, tornam este mesmo poder simbólico menos vinculante, abrindo brechas em seu predomínio, o que pode acabar por destampar formas de violência mais explícitas, como as que podem ser verificadas em certos discursos de ódio.

Para exemplificar, podemos colecionar a dura repressão aos inúmeros movimentos por mais liberdade no oriente médio, assim como propostas de criminalização de várias das reivindicações presentes nas pautas dos movimentos sociais, além do aumento da violência contra a população em situação de rua, no Brasil, quando estes passaram a se organizar e reivindicar reconhecimento igualitário de seus direitos e de sua identidade pessoal, entre tantos outros casos possíveis de serem aqui recordados.

Reforçando tal concepção, ainda pensando especificamente no contexto brasileiro, percebemos que a violência simbólica torna-se visível, *desmascarando-se*, na reação de parte da sociedade brasileira diante do reconhecimento, pelo Poder Judiciário, dos direitos dos cidadãos homossexuais a se constituírem como entidade familiar, cidadãos estes que teriam descumprido seu papel esperado, já que os mesmos, com a sua afirmação identitária, “implodiram” os obstáculos que lhe fechavam o caminho, obstáculos estes postos por estruturas naturalizadamente condicionantes. (PRATES, 2011)

Tais argumentos desvelam a importância de contextualizarmos as nossas indagações, em que o sentido de liberdade de expressão deve ser confrontado com esta dimensão simbólica da violência, a qual, ela própria, precisa ser sempre trabalhada em espaços cotidianamente mais complexos e fluídos, onde o significado de qualquer enunciado tem que ser pensado. Além disso, as chamadas novas mídias, as quais possuem o potencial de transformar qualquer mensagem emitida em um fenômeno global, transcendendo os marcos espaço-temporais tradicionais, permitem tanto a

construção de discursos e consciências que buscam emancipar, como também abrem espaço ao surgimento de falas que pretendem, ao contrário, desmobilizar e neutralizar esta mesma dimensão da autonomia, para nos utilizarmos de uma ideia do citado Pierre Bordieu. (BORDIEU, 1989: 15)

São tais pressupostos que nos fazem indagar representações de supremacia, de ordens hierárquicas que se pretendem imutáveis, em que os limites entre humor e discurso ofensivo podem ser sempre problematizados, pois o ato de ridicularizar a situação das mulheres diante da violência que sofrem historicamente, dos negros, judeus, homossexuais ou ciganos, entre tantos grupos postos à margem da narrativa oficial sobre cidadania, pode não ser apenas uma faceta de humor, revelando-se como reflexo de persistências que subordinam, que *silenciam*.

Neste ponto é que nos perguntamos o que os *hate speeches* pretendem? O que eles são? Sua definição seria unívoca, ou os mesmos também se mostram multifacetados, tão plurais como os contextos em que ocorrem? Seriam os mesmos cobertos pela liberdade de expressão enquanto permanecessem apenas como *falas*?

De saída, podemos verificar que há uma multiplicidade de linguagens tidas como ofensivas, mas nem todas podem ser classificadas como *discursos de ódio*. Basta tomarmos como referência, por exemplo, o destinatário da mensagem enunciada. Assim, quando durante as manifestações do primeiro semestre de 2013, ocorridas na Turquia e no Brasil, foram registradas cenas em que alguns manifestantes rasgaram a bandeira dos Estados Unidos da América, o que, por óbvio, pode ser qualificado como uma ofensa, tais condutas, ainda que deploráveis, explicitaram posições políticas contrárias aos que os sucessivos governos norte-americanos estão a realizar em várias frentes do mundo, implicando, ainda que em um pano de fundo simbolicamente estruturado, um chamado, forte e áspero, sem dúvida, mas ainda assim um chamado ao debate sobre temas de interesse coletivo.

Realçando ainda mais tais distinções, entre discursos extremamente ofensivos, mas políticos, e aqueles que apenas exteriorizam o ódio, encontramos nos Estados Unidos algumas decisões, ainda que com vários votos dissidentes, da Suprema Corte, em que a “queima da bandeira” nacional foi tida como um ato coberto pela liberdade de expressão, constitucionalmente protegido, decisões nas quais uma série de legislações que criminalizavam tal ato foram derrubadas por serem tidas como contrárias ao *free*

speech, haja vista que tais “*burn flags*” foram entendidas como sinal, simbolicamente implementado, de descontentamento público diante de políticas governamentais.⁹⁹

Agora, quando nos deparamos com mensagens que possuem como alvo principal, não o Estado e/ou as suas políticas públicas, mas sim setores ou grupos existentes na sociedade, apenas em razão de suas crenças religiosas, origem, sexo ou qualquer outro elemento ou critério que defina sua identidade, a dimensão dialógica é deixada inteiramente de lado e o desejo de silenciar este outro é amplificado, marcando uma diferença entre dois discursos ofensivos, um dos quais pode ser visto como parte das disputas políticas, enquanto o outro pode ser entendido como a expressão, não a comunicação, de uma dada verdade sobre o mundo.

Procurando responder aos mesmos questionamentos acima elencados, também vemos que Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, escreve, ao refletir sobre o sentido do *discurso de ódio*, que o mesmo

[...] *consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso do ódio não é voltado apenas para a discriminação racial.* (MEYER-PFLUG, 2009: 97)

Michel Rosenfeld, por sua vez, também ressalta estes mesmos aspectos dos discursos de ódio, além de colocar que estes discursos trazem enormes, “controvertidos e complexos problemas para as contemporâneas questões sobre o direito fundamental da liberdade de expressão”, ou seja, para o citado professor norte-americano, “o discurso de ódio é aquele que visa promover o ódio com base em critérios raciais, de religião, étnicos ou de origem nacional”. (ROSENFELD, 2001: 02, tradução nossa)¹⁰⁰

Já Wienfried Brugger afirma que o mesmo discurso seria constituído por

[...] *palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.* (BRUGGER *apud* MEYER-PFLUG, 2009: 97)

⁹⁹ Neste sentido conferir, principalmente, os seguintes precedentes: *Texas v. Johnson* (1989) e *United States v. Eichman* (1990). Lembremos aqui, que no ordenamento brasileiro, a revogada Lei no. 5.443/68 considerava crime a ofensa a qualquer dos símbolos nacionais e, na atualidade, tal conduta é tida como contravenção penal, conforme dispõe o artigo 35 da Lei no. 5.700/71 e suas respectivas alterações.

¹⁰⁰ “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: 02).

Pablo Salvador Cordech, também citado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, enfatiza um sentido que já se revela importante para o desenvolvimento de nosso trabalho, qual seja, que o discurso de ódio

[...] *trata de perpetrar a marginalização ou subordinação das pessoas pertencentes ao grupo explorado, mediante o desprezo, ou inclusive o insulto [...]; sobretudo quando, na maior parte dos casos, se trata de traços pessoais que a pessoa afetada não pode trocar por sua própria vontade – a cor de sua pele ou seu sexo [...].* (CODERCH apud MEYER-PFLUG, 2009: 97)

Na concepção de uma organização como a *Human Rights Watch*, discursos de ódio seriam vistos como “[...] *qualquer forma de expressão considerada como ofensiva a grupos raciais, étnicos, religiosos e outras destacadas minorias, além das mulheres.*” (tradução nossa)¹⁰¹

Ora, todas estas conceituações, não obstante algumas especificidades, conduzem-nos a reconhecer os *discursos de ódio* como práticas argumentativas ancoradas em uma profunda busca de segregar o “estranho” e a sua “insuportável e indesejável diferença”, como se este “*outro estrangeiro*” portasse alguma “doença contagiosa” da qual a sociedade precise ser “curada”. Isto é, um discurso ofensivamente posto “*para atacar o outro por causa de sua raça, etnia, religião ou identidade sexual*” (SMOLLA, 1992: 151, tradução nossa)¹⁰², buscando persuadir os ouvintes que as mensagens enunciadas ou emitidas são resultado de *dados inquestionáveis sobre alguma pressuposta essência da natureza humana*.

Podemos verificar que os discursos de ódio envolvem uma série de falas e dimensões excludentes, reflexos de preconceitos que vão se sobrepondo no decorrer da história, como, por exemplo, a xenofobia, e a atualmente mais explícita, homofobia. Muitas destas aversões odiosas resultam das tensões de uma modernidade que arduamente tem reconhecido direitos às camadas antes silenciadas, mas que também é configurada socialmente por excessos e excedentes, imperando relações fundamentadas não na solidariedade ou na abertura ao *outro*, mas sim em um medo difusamente presente, em que a busca pelo *mesmo* de uma homogeneidade perdida soa como um alívio para muitos.

¹⁰¹ “[...] any form of expression regarded as offensive to racial, ethnic and religious groups and other discrete minorities, and to women.” Disponível em: <<http://www.hrw.org/>>. Acesso em: 18/10/2013.

¹⁰² “*To attack another because of his or her racial, ethnic, religious, or sexual identity [...]*”. (SMOLLA, 1992: 151)

Tais discursos são ainda mais audíveis em ambientes como os que as democracias constitucionais requerem, que fomentam a diversidade, aliados também a toda uma gama de interações virtuais e tecnológicas que ampliam e intensificam, fantasticamente, este mar revolto de vozes de todos os timbres e tons, revelando-nos que a complexidade social só tende a crescer, tornando possível, sem dúvida, novos encontros entre parceiros diversos, mas também a construção de saídas ou respostas fundamentalistas, que pretendem não a convivência em espaços comuns, mas sim segregar e edificar guetos.

Em termos outros, os Estados Democráticos de Direito, ao se abrirem ao plural, paradoxalmente, fazem com que este mesmo pluralismo venha a ser o maior desafio ao próprio projeto, sempre inconcluso, das democracias constitucionais. O que coloca a questão de que alguns dos pluralismos existentes não visam, em suas pretensões normativas levantadas, incluir e abrigar o *outro*, mas, ao contrário, buscam, com seus discursos radicais, construir exclusões, onde aqueles que não se enquadram ou se amoldam em sua visão de normalidade e/ou moralidade devem ser postos ou mantidos *fora*, concretizando, ainda que através dos procedimentos formais da democracia, *espaços públicos silenciados*.

Nesta linha, os discursos de ódio constroem-se como uma espécie de resposta a certos pluralismos, produto daquilo que Bauman denominou de *mixofobia* (BAUMAN, 2007:92), o radical medo da diferença que o estranho carrega consigo, como um germe inesperado e imprevisível, ainda mais quando este estranho aparenta estar próximo de *nós*, saindo da sua invisibilidade que tanto conforta aos estabelecidos, intrometendo-se, sem ser convidado, em nosso *território*. As mensagens subjacentes aos discursos de ódio pretendem concretizar impulsos excludentes, exteriorizando o desejo do *mesmo*, ainda que ao custo do deslocamento do *outro* para *espaços* cada vez mais distantes, onde sua incômoda presença volte a ser invisível.

Percebe-se que os *hate speeches* estão vinculados, como uma radical contraposição, à exigência e afirmação de novos direitos por parte de atores sociais antes vistos como observadores passivos do processo histórico de construção da sociedade, funcionando como perversas válvulas de escape que setores desta mesma sociedade empregam para tentar manter “tudo como sempre foi”, sendo os cidadãos “pessoas como nós”, ou seja, “*a mixofobia se manifesta na tendência em direção a ilhas de similaridade e semelhança em meio a um oceano de variedade e diferença.*” (BAUMAN, 2007: 92-93)

Talvez, este seja o motivo de, em inúmeros momentos, não sentirmos ou visualizarmos as exclusões, os racismos e as discriminações que ocorrem em nossa volta, pois nos movemos num mundo dominado por outras pessoas como *nós*. Parafraçando *Charles Lawrence*, não conseguimos sentir muito do preconceito existente porque fazemos parte da sociedade que não sofre este mesmo preconceito, já que inseridos no “mundo”, além do fato de que muitas das discriminações ocorrem como mecanismos de manter o “*status quo*” deste mesmo “mundo” em que habitamos na maior parte de nossas vidas. (LAWRENCE, 1990: 443)¹⁰³

Com efeito, os discursos de ódio revelam-se através de falas que buscam ferir, humilhar e, por fim, silenciar, negando qualquer interação dialógica, qualquer intersubjetividade, sendo unidimensional, dominado por imagens de mundo construídas a partir de “nós mesmos” ou de pessoas “idênticas a nós”, edificando uma só verdade, em uma autorrepresentação egoísta, monológica e objetivante da vida, sem espaço para compartilharmos experiências, em que as narrativas historicamente construídas dos homossexuais, índios, judeus, mulheres ou qualquer outro grupo excluído não necessitam serem traduzidas no presente, como ocorre, por exemplo, com toda a experiência de violência que a população afrodescendente convive diariamente, a qual apenas fica evidenciada em raros momentos, quando o racismo é explicitado, tornando-se tema da imprensa, mas que, ao passar, recai novamente na dimensão do invisível e do silêncio.

Como anota *Teun van Dijk* em sua obra *Discurso e Poder*, estes grupos sociais “[...] e sua história e cultura tendem a ser ignorados enquanto algumas poucas diferenças culturais estereotipadas são enfatizadas e, com frequência, contrastadas negativamente com as características de nosso “próprio” grupo, nação ou cultura.” (DIJK, 2008: 82)

Há, pois, nos discursos de ódio, toda uma linguagem que procura apenas reforçar estereótipos e estigmas, em um perverso círculo vicioso de exclusão e silêncio, em que identidades emergentes são tidas como um desassossego ao assentado e esperado socialmente, como se houvessem sentidos de mundo permanentes e imutáveis, já que “naturais”, mas que, em realidade, ao negarem a própria historicidade das sociedades, pretendem sustentar pesadas heranças de injustiça, mesmo que sob novas roupagens,

¹⁰³ “We simply do not see most racist conduct because we experience a world in which whites are supreme as simply “the world”. Much racist conduct is considered unrelated to race or regarded as neutral because racist conduct maintains the status quo, the status quo of the world as we have known it.” (LAWRENCE, 1990: 443)

mais tecnológicas e/ou científicas, buscando fazer prevalecer persistências que ocultam vínculos de servidão e subordinação social.

As linguagens carregadas de exclusão, de sexismos, racismos e outras formas de discriminação, revelam-se como estratégias discursivas, enraizadas em narrativas que são transmitidas, sem maior problematização, de geração a geração. Todavia, quando há um abalo nesta linha de transmissão, como ocorre, por exemplo, em sociedades plurais que passam por uma crise econômica que restringe os empregos disponíveis, os discursos de ódio tendem a aflorar de modo mais forte, operando quase como uma espécie de resposta estabilizadora das expectativas sociais dominantes, explicitando ódios que se encontram apenas adormecidos, procurando colocá-los “*para funcionar*”.

Esta situação é, infelizmente, visível na Grécia de 2013, a qual se encontrava sob pesada crise financeira, com baixo crescimento e com elevado desemprego, onde, segundo relatório da *Anistia Internacional*, havia uma verdadeira onda de xenofobia, com inúmeros atos de violência praticados contra imigrantes e todos aqueles que não sejam “identificados” como gregos, sendo que diversos destes crimes de ódio não estavam recebendo, por parte das autoridades gregas, a devida atenção.

A mesma *Anistia* informa que o partido da extrema direita grega, denominado *Aurora Dourada*, que realiza uma agressiva campanha contra os supostos estrangeiros, vem crescendo nas eleições, o que pode explicar o aumento, na cidade de Atenas, da violência homofóbica, além do crescimento de relatos de casos de exclusão e segregação contra os ciganos, os quais vêm sofrendo ameaças de serem despejados, sem qualquer procedimento legal, de seus assentamentos tradicionais.¹⁰⁴

Nesta direção caminha também um relatório da *Human Rights Watch* (2012), o qual afirma que esta tendência percebida na Grécia é perceptível em vários outros países europeus, como, por exemplo, a França, na qual o extremista e xenófobo partido da *Frente Nacional* tem angariado um significativo apoio por parte de setores da sociedade francesa, o mesmo ocorrendo na Holanda com o chamado *Partido da Liberdade*.¹⁰⁵

Ora, como bem lembra Boaventura de Sousa Santos, “*na base da exclusão está uma pertença que se afirma pela não-pertença, um modo específico de dominar a dissidência. Assenta num discurso de fronteiras e limites que justificam grandes fraturas, grandes rejeições e segregações.*” (SANTOS, 2010: 281)

¹⁰⁴ Informe da Anistia Internacional (2013). Disponível em: <<http://www.amnesty.org/pt-br/region/greece/report-2013>>. Acesso em: 17/10/2013.

¹⁰⁵Informe da Human Rights Watch (2012). Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2012/04/25/beyond-breivik-hate-europe-rise>>. Acesso em 18/10/2013.

Diga-se mais, estas agremiações políticas valem-se das próprias liberdades democráticas para difundirem suas plataformas *não democráticas*. Tais agremiações possuem uma forte retórica de intolerância com os tidos como não nativos, principalmente, mas não exclusivamente, contra os muçulmanos e aqueles oriundos da África negra, os quais têm sido vítimas de uma série crescente de violências e hostilidades.

Aqui, não há como nos furtamos a fazer outro rápido parêntesis, retomando a questão de até aonde pode ir um Estado Democrático de Direito com aqueles que pretendem impor sua visão de mundo a todos os outros, em um desejo melancólico de recuperar uma unidade substancial, ou seja, os paradoxos da tolerância democrática.

Saliente-se, assim, que as democracias constitucionais procuram configurar espaços abertos, não “tribais”, em que o plural é constitutivo, entretanto, há discursos, que não obstante serem parte deste pluralismo, pregam, como dogmas de fé, a total exclusão do diferente, procurando fechar a própria identidade constitucional.

Como explicitado por Karl Popper (1959) – *Sociedade Democrática ou Aberta e Seus Inimigos* – uma tolerância sem fronteiras, que não leve em conta os próprios riscos presentes nos contextos, pode acabar por fazer predominar a intolerância radical de alguns¹⁰⁶, ou seja, os discursos de ódio impõem, queiramos ou não, o tema sobre como manter e potencializar a abertura ao espontâneo e ao diferente e, ao mesmo tempo, estabelecer fronteiras que não signifiquem, direta ou indiretamente, ilegítimas censuras.

Também Marcuse (1965), mesmo que trilhando caminhos bem diversos dos de Popper, coloca que uma tolerância sem limites é uma perigosa ilusão em sociedades que se reconhecem livres, haja vista que tal tolerância ou uma suposta “*benevolente neutralidade*” (1965:88) diante de todos os discursos que a mesma liberdade possibilita, pode se revelar, paradoxalmente, destrutiva, ou seja, a tolerância descontextualizada, sem história, pode ser um efetivo “*instrumento para a continuidade da servidão.*” (MARCUSE, 1965: 88, tradução nossa)¹⁰⁷

Podemos, ainda na companhia de Marcuse, colocar alguns argumentos, que são muito mais do que meras indagações, pois dizem respeito ao trajeto por nós escolhido

¹⁰⁶ Todavia, Popper faz questão de advertir que o fato de reconhecermos que certos discursos podem ter que ser restringidos, não implica que devamos sempre suprimir quaisquer expressões intolerantes, principalmente quando a esfera pública é capaz de lidar com estas de modo argumentativo, onde os conflitos permanecem, predominantemente, no plano das ideias, ou seja, um direito de supressão sem controles pode ser tão nefasto quanto uma liberdade de expressão ilimitada. (POPPER, 1959: 579-580)

¹⁰⁷ “[...] *tolerance an instrument for the continuation of servitude.*” (MARCUSE, 1965: 88)

para buscarmos compreender o exercício da liberdade de expressão em ambientes democráticos e plurais, mas não angelicais. Isto é, não há dúvida que a

[...] *intolerância retardou o progresso e prolongou durante séculos a matança e tortura de inocentes. Encerra isto a discussão a favor da “pura” tolerância? [...] Pode a indiscriminada garantia de direitos e liberdades políticas ser repressiva? Pode tal tolerância ser útil para conter uma mudança social qualitativa?* (MARCUSE, 1965: 91, tradução nossa)¹⁰⁸

Ora, com este parêntesis, aliado ao que até este momento foi exposto, verificamos que os discursos de ódio demonstram que o exercício da liberdade de expressão, seu sentido e âmbito normativo, não pode ser desvinculado do contexto histórico em que está inserido, contexto este carregado de experiências e vivências, de heranças, algumas das quais levam a democracia ao seu limite funcional. Ou seja, a liberdade de expressão encontra-se em permanente tensão com os modos “[...] *como a dominação se expressa ou se representa no texto e na fala.*” (DIJK, 1997: 19, tradução nossa)¹⁰⁹

Trata-se, assim, de assumirmos que a liberdade de expressão deve ser confrontada com uma sociedade em que há uma forte presença dos descartáveis, dos *sem valor*, daqueles colocados do lado de fora do *establishment*, em uma infeliz e crescente indiferença, da desumanização do *outro* objetivado, onde a força dos estereótipos ainda é por demais vinculante das expectativas sociais, ou seja, contextos nos quais “*o elemento estranho*” é visto, naturalizadamente, como “*o inimigo em nosso meio*”, sendo uma “[...] *ameaça a unidade e a identidade do grupo nativo*”, desafiando a “[...] *diferença entre o modo de vida familiar (certo) e o modo de vida estranho (errado).*” (BAUMAN, 1998: 87)

Entretanto, mesmo diante de todos estes argumentos, alguns ainda podem dizer, como por nós já destacado em passagens anteriores, que estes discursos de ódio, não obstante serem extremamente dolorosos aos seus destinatários, fazem parte dos custos da democracia constitucional¹¹⁰, insistindo que tais discursos estão abarcados pela

¹⁰⁸ “However, the lesson is clear: intolerance has delayed progress and has prolonged the slaughter and torture of innocents for hundreds of years. Does this clinch the case for indiscriminate, “pure” tolerance? [...] Can the indiscriminate guaranty of political rights and liberties be repressive? Can such tolerance serve to contain qualitative social change?” (MARCUSE, 1965: 91)

¹⁰⁹ “[...] *como a “dominación se expressa o se representa en texto y habla.*” (DIJK, 1997: 19)

¹¹⁰ Como antes salientado, Ronald Dworkin, ainda que reconhecendo os árduos e graves desafios colocados pelos *hate speeches* aos sistemas democráticos, é um dos que professa a necessidade da mais ampla liberdade de expressão possível, receoso que restrições possam vir a tornar-se censura, afirmando, ao refletir sobre esta liberdade e a exigência de igualdade que: “*Há quem afirme que a expressão de*

liberdade de expressão, já que não seriam ações violentas, constituindo apenas a exteriorização de ideias ou conteúdos presentes nestes tipos de falas.¹¹¹

Como temos buscado, reiteradamente, explicitar, entendemos que só entrando na história, nas disputas pelo sentido de liberdade e igualdade, é que poderemos visualizar aqueles grupos sociais que mais têm *pago a conta* do viver democrático, haja vista que, como escreve Bruce Ackerman, no seu *We The People*, ninguém tem dúvida de que os Estados Unidos da América são, na atualidade, a maior potência econômica, militar e cultural do planeta. Todavia, tal “*sucesso*” não deve ser transferido, automaticamente, para qualificarmos também sua história constitucional como extremamente bem sucedida, pois, para negros, mulheres, judeus, hispânicos, índios e tantos outros grupos de “*não brancos*”, a mesma pode ser representada como um enorme “*legado de injustiça*” (legacy of injustice). (ACKERMAN, 1993: 317)

Esse brilhante texto de Ackerman nos mostra que, ao serem impedidos de compartilhar suas narrativas de vida, de terem, historicamente, recebido a conta de seu próprio silêncio, muitos grupos dos “*não estabelecidos*”, talvez não afirmem que viveram o “*american dream*”, mas sim um pesadelo de opressão, humilhação e subordinação social, isto é, a circunstância, por exemplo, de mulheres e negros terem, via árduas lutas, conseguido maior inserção na sociedade norte-americana, com mais igualdade e justiça social, não apaga o fato de estes grupos “*ainda sofrerem pelos séculos de exclusão que foram vítimas em sua vida cotidiana.*” (ACKERMAN, 1993: 317, tradução nossa)¹¹²

Tais colocações sobre o compartilhamento dos *lucros e prejuízos* em uma democracia constitucional nos fazem indagar qual o tamanho do “*custo*” que uma família negra deve pagar pelo *free speech*, por suportar que plantem, em seu quintal, uma cruz em chamas (*cross burning*), gesto de exclusão e ameaça de grupos racistas,

opiniões pejorativas com relação a grupos raciais, étnicos ou sexuais prejudica a igualdade dos cidadãos porque, além de ofender os cidadãos que são seus alvos, também prejudica sua própria capacidade de participar da política como iguais. Diz-se que o discurso racista, por exemplo, ‘cala’ as minorias raciais que são seus alvos. A força empírica dessa ampla generalização é incerta: não está clara a extensão do impacto que tal discurso tem e sobre quem. Mas, de qualquer forma, seria um grave mal-entendido da igualdade dos cidadãos, e da concepção geral de democracia co-participativa, supor que permitir a livre circulação até de opiniões políticas psicologicamente danosas ofenda a igualdade em questão. [...] Precisamos atacar coletivamente o preconceito e a predisposição, mas não assim.” (DWORKIN, 2005: 514-515)

¹¹¹ Como veremos no decorrer do nosso trabalho, tal distinção, entre discurso e ação/conduta, é extremamente relevante na jurisprudência sobre a liberdade de expressão da Suprema Corte dos Estados Unidos. Lados divergentes sobre tal questão temos, entre muitos: (GELLMAN, 1991) e (LANGTON, 1993).

¹¹² “It is that they are *still suffering* from their centuries of powerlessness in everyday life right now.” (ACKERMAN, 1993: 317)

como ocorrido, por exemplo, com um grupo familiar afrodescendente que habitava uma área tida como tradicionalmente branca, na cidade de St.Paul/Minnesota?¹¹³

Quem seria capaz de calcular a “fortuna cobrada” de sobreviventes de campos de extermínios nazistas como Auschwitz, Treblinka ou Sobibor que, após a Segunda Grande Guerra, veem sua pequena cidade ser escolhida, pelo mero fato deles lá habitarem em número considerável em meio a uma também significativa comunidade judaica, como palco para uma marcha de extremistas, com todos os símbolos que remetem àquele período totalitário alemão, sendo que estes mesmos grupos radicais justificam sua opção com base na liberdade de expressão constitucionalmente garantida a todos?¹¹⁴

Nesta mesma linha argumentativa, que indaga a respeito do custo a se pagar pela liberdade de expressão, precisamos não esquecer que outros grupos sociais têm sido eleitos para cobrir *déficits* de democracia, tendo que padecer privações e opressões, ouvir discursos de ódio que, conforme pesquisa divulgada em 2013, realizada pela União Europeia, foram um dos fatores que levaram ao alarmante dado de que um quarto dos gays na Europa disseram já terem sido vítimas, nos últimos 5 anos, de discriminação e violência em razão de sua sexualidade.¹¹⁵

Em tempos de globalização, este parece ser um custo global, haja vista que, também segundo outro relatório, desta vez da Secretária de Direitos Humanos (SDH) do governo federal brasileiro, em 2011 foram registrados uma média de três denúncias diárias de ações de ódio e/ou intolerância contra homossexuais no Brasil.¹¹⁶

Também aparenta ser internacional o custo que os sistemas democráticos têm cobrado das mulheres negras que conseguem prestígio político na Europa. Se não bastasse o caso aqui já narrado, da ministra de governo italiana que tem sido constantemente alvo de “meras brincadeiras de mau gosto”, a também ministra *Christiane Taubira*, nascida na Guiana e descendente de escravos, responsável, na França, por lutar por legislações protetivas aos direitos humanos, tem tido de arcar com o racismo de certos discursos proferidos a seu respeito em razão de ser afrodescendente e de suas posições. Ela foi, inclusive, comparada a um macaco por uma revista

¹¹³ Precedente *R.A.V. v. St.Paul* (1992) da Suprema Corte, o qual será mais trabalhado em ponto posterior.

¹¹⁴ Assim como o caso imediatamente anterior, também este, envolvendo o *National Socialist Party of America* contra a *Village of Skokie*, no final dos anos 70, voltará a ser analisado de modo mais profundo no decorrer do trabalho.

¹¹⁵ Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130517_pesquisa_lgbt_ue_rw.shtml
Acesso em: 19/11/2013.

¹¹⁶ Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120517_homofobia_lk.shtml.
Acesso em 19/11/2013.

(“*Minute*”) que representa setores fundamentalistas do cenário político francês, a qual, por óbvio, não obstante todas as críticas e reações contrárias, afirma-se inserida no âmbito da liberdade de expressão.¹¹⁷

Todos estes dados e situações, ainda que rápidos, quiçá singelos, poderiam ser ampliados caso tomássemos em consideração o preço que judeus, muçulmanos, ciganos, quilombolas, índios e outras minorias étnicas, religiosas ou de gênero, participantes da vida social, ainda que em contextos diversos, vêm pagando para que a liberdade de expressão seja exercida do modo mais amplo e irrestrito possível. Por isso discordamos, nesta seara, de pensadores como Ronald Dworkin, já que entendemos que os discursos de ódio, além de não deverem ser analisados a partir de critérios como *custo/benefício*, como se, para direitos fundamentais, houvesse algum resultado do tipo “*soma zero*”, precisam ser confrontados com as heranças presentes nos contextos em que os mesmos são proferidos, pois assim talvez sejamos capazes de observar, empiricamente, o impacto silenciador que estes discursos podem revelar.

Saber quem são aqueles que têm, no decorrer do processo histórico, “recebido a conta” do exercício da liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito, não implica que, para nos apropriarmos de Owen Fiss (1997), ao dialogar com a jurisprudência divergente da Suprema Corte, não reconheçamos que esta liberdade de expressão não requeira sacrifícios, pois a mesma “*não é um luxo*”. Mas tais sacrifícios, eles próprios, devem ter limites, haja vista que o projeto constitucional deste mesmo Estado Democrático de Direito também “*não é um pacto suicida*” (FISS, 1997: 35) que deva ser compartilhado “custe o que custar”.

Agora, confrontando tais discursos de ódio com a liberdade de expressão em democracias constitucionais, com suas possíveis fronteiras e sua historicidade, como temos tentado fazer, tomando criticamente a questão da memória das experiências vivenciadas pelos diversos grupos sociais, em que a complexidade dos contextos

¹¹⁷ Disponível em: <http://br.noticias.yahoo.com/ministra-negra-esquerda-%C3%A9-novo-alvo-dos-racistas-193306429.html>>. Acesso em: 18/11/2013. Nessa linha, discursos discriminatórios, que naturalizam, via propagandas ou peças de humor, o ato e as consequências do odiar, quase sempre afirmando-se como crítica política, tem-se mostrado, de modo crescente, uma ferramenta poderosa de difusão de estereótipos e estigmas que não tem poupado nem mesmo o presidente da nação mais influente do mundo, os Estados Unidos, haja vista que o casal *Barack e Michelle Obama* foram retratados, através de uma montagem fotográfica presente na seção de humor do jornal belga “*De Morgen*” como macacos, o qual, em razão da enorme e negativa repercussão ocorrida nas redes sociais, viu-se obrigado a emitir uma *nota de desculpas e retratação* pela matéria publicada. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/ap%C3%B3s-publicar-foto-de-obama-como-macaco--jornal-se-retrata-144008577.html>>. Acesso em: 25/03/2014.

concretos de aplicação tem a possibilidade de ser explorada, pois assumida como constitutiva, indagamo-nos se realmente é discursivamente válido distinguirmos *falas e condutas*, em que uma fala de ódio não seria um tipo de ação violenta.

De saída, podemos aferir que as experiências ditatoriais nos mostram, com toda dureza possível, quanto às palavras são poderosas, haja vista que a grande e primeira preocupação dos regimes de exceção é constituir meios e procedimentos de censura, de silenciamento daquelas falas divergentes. Ou seja, se um discurso não possuísse a capacidade de influenciar e transformar as audiências, para que então construir métodos de dificultá-lo, de o “*calar*”?

Este poder da palavra, como nas primeiras linhas deste trabalho já destacávamos, ecoa ainda mais forte quando caminha junto com a tarefa de traduzirmos e compartilharmos testemunhos das narrativas vividas, ainda mais quando estas não são ditas “oficialmente”. Esta é outra dimensão que qualquer fala revela, isto é, se um discurso é capaz de fazer sofrer, também pode, quando não perversamente realizado, torna-se a “*fresta estreita*”, para nos apropriarmos de uma imagem benjaminiana, por onde a autonomia e a emancipação podem adentrar, permitindo que *outras escritas* sejam lidas.

Se as perspectivas acima já demonstram o poder presente nos atos de nomear o mundo, torna-se ainda mais difícil validarmos a pretensão de que os discursos de ódio seriam representação de meras expressões, pois se assumíssemos este argumento, teríamos que também admitir que os participantes da esfera pública de debates, em uma democracia constitucional, seriam apenas observadores inertes do processo histórico a que se encontram submetidos, o que, na posição por nós explicitamente adotada, é incompatível com a conformação que o Estado Democrático de Direito exige, sendo mais adequada aos regimes totalitários, onde este mesmo poder é estetizado, tornado espetáculo, no qual os líderes não precisam dialogar com as enormes audiências, tidas, neste paradigma, como entidades passivas, doutrinadas para receberem “a verdade” que há de ser enunciada, bastando que sejam entretidas, de modo carismático, por “aquele Um” que tudo sabe.¹¹⁸

¹¹⁸ Os regimes totalitários, de modo geral, sempre empregaram métodos “puramente expressivos”, carregados de estereótipos reiteradamente postos, como uma ladainha religiosa, baseado em heranças de exclusão e/ou supremacia de uns em relação aos *outros*, admitidas naturalizadamente após o emprego massivo de uma propaganda que substituíra qualquer concepção de diálogo. Tal viés é perceptível, a título exemplificativo, nos filmes da cineasta alemã do período nazista, *Leni Riefenstahl*, principalmente na produção *O Triunfo da Vontade*. Neste ponto, conferir o documentário *Arquitetura da Destruição*, de Peter Cohen, que aborda esta temática de modo extremamente instigante.

Como bem escreve Daniel Sarmiento, a

[...] *repetição, por exemplo, de afirmações como a de que os judeus são traiçoeiros, os índios são preguiçosos ou de que os homossexuais masculinos são fúteis e devassos, acaba afetando a percepção que a maioria das pessoas têm dos integrantes destes grupos, reforçando estigmas e estereótipos negativos e estimulando discriminações.* (SARMENTO, 2006a: 90)

Este poder de realizar que a palavra desvela pode ser notado tanto em sua dimensão de integração e emancipação, quanto naquela que exclui, demonstrando-nos que não devemos desprezar estas dimensões ou forças perlocucionárias e ilocucionárias dos atos de fala, para nos apropriarmos de noções desenvolvidas por *John Austin* em sua obra *How To Do Things With Words*.¹¹⁹

Com efeito, *grosso modo*, podemos dizer que um ato de fala pode ser tido como perlocucionário quando visa produzir efeitos sobre a audiência, sobre os sentimentos ou pensamentos desta, como enunciados que pretendem “[...] *convencer, persuadir, impedir e até mesmo, por exemplo, surpreender ou induzir em erro.*” (MAGALHÃES, 1997: 122). Já a dimensão ilocucionária estaria vinculada ao poder de “realizar” que o enunciado possui, pois ao dizermos alguma coisa já concretizamos uma ação, como ocorre quando, por exemplo, prometemos algo em uma dada situação, isto é, um ato que se realiza pela fala.

Correndo o risco presente em qualquer recorte realizado de modo rápido, deslumbramos que em situações linguísticas, não apenas há uma descrição da ação, mas sim que a ação já se realiza. Isto é, os atos de fala são ação, emergindo a dimensão performativa [não só enunciar, mas realizar] destes mesmos atos de fala, sendo que as dimensões perlocucionárias e ilocucionárias são dinâmicas, não estanques.

Ora, e porque é relevante para o nosso estudo sobre liberdade de expressão e os discursos de ódio tais noções, ainda que expostas resumidamente? Ou, em que nos auxilia a reflexão sobre a distinção entre falar e agir?

A resposta passa, por exemplo, pelas colocações levantadas por Catharine Mackinnon (1984), as quais nos remetem a formulações que questionam se quando damos uma ordem de atacar a um cachorro altamente treinado, do tipo pastor alemão, estamos apenas proferindo uma palavra ou esta já é uma ação.¹²⁰

¹¹⁹ Como não faz parte de nosso objeto uma leitura pormenorizada da teoria dos atos de fala, remetemos aos estudos realizados entre outros, por Theresa Calvet de Magalhães (1997) e Paulo Ottoni (2002).

¹²⁰ “*Like Austin, Mackinnon wants to undermine the dichotomy between word and action.*” (LANGTON, 1993: 296).

E, principalmente, quando pensamos nos tristes dizeres, acima lembrados, tão presentes em placas espalhadas na África do Sul antes de Nelson Mandela chegar ao poder, quanto nos Estados Unidos antes do movimento dos direitos civis, qual seja, “*Somente Brancos*”. Tal colocação é a apenas a expressão de uma visão de mundo ou já configura a realização de uma conduta racista, excludente? (MACKINNON, 1984: 337)

A “solução” a tais indagações passa por admitirmos que a placa em que está escrito “*Whites Only*” possui uma enorme força performativa, pois, como diz Rae Langton em um profundo ensaio:

Ele possui um importante efeito perlocutionário: mantém os negros longe dos brancos, assegura que somente os brancos entrem lá, e perpetua o racismo. Ele é [...] um ato perlocutionário de subordinação. Todavia, ele também é um ato ilocucinário: ele ordena que os negros fiquem longe, dá boas vindas aos brancos, permite que estes ajam de um modo discriminatório em relação aos negros. Ele subordina os negros. (LANGTON, 1993: 302-303, tradução nossa)¹²¹

A mesma professora de filosofia da Universidade de Cambridge afirma que discursos de ódio, como o expresso nestas infelizes “placas”, podem acabar por convencer a alguns que o seu comportamento preconceituoso é “legítimo”, além de impedir que os afrodescendentes exerçam com plenitude seus direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito de ir e vir, de se locomover livremente. (LANGTON, 1993: 303)

Em outros termos, entendemos ser necessário desconstruirmos a noção de que falar e agir são desvinculados, pois todo ato de fala sempre atua sobre o mundo. Pensemos no *hate speech*, se levarmos em consideração sua dimensão performativa, o mesmo jamais será apenas mais uma fala, já que expressar uma ofensa contra alguém já é realizar tal ofensa, ou quando um discurso é proferido com intuito de persuadir o auditório de que certos grupos são inferiores a outros, pretendendo legitimar hierarquias sociais. O ato de enunciação constitui o mundo.

Denota-se que quando afirmamos algo sobre o mundo, como, por exemplo, nossa posição sobre o que seja moral ou imoral, não estamos apenas construindo uma descrição deste mesmo mundo, ainda que afirmemos que é isto que estamos realizando, pois, em tal situação, há sempre um aspecto normativo, ainda que subliminar, ou seja,

¹²¹ “It has some important perlocutionary effects: it keeps blacks away from white area, ensures that only whites go there, and perpetuates racism. It is [...] a perlocutionary act of subordination. But it is also an illocutionary act: it orders blacks away, welcome whites, permits whites to act in a discriminatory way towards blacks. It subordinates blacks” (LANGTON, 1993: 302-303). Nesta linha, também conferir o belo e instigante trabalho sobre a relação entre este caráter performativo e uma “*linguistic vulnerability*”: (BUTLER, 1997).

uma observação sobre o mundo e a vida sempre levanta pretensões de validade linguísticas, uma pretensão normativa de verdade. Como lembra *Rae Langton*, ao dialogar com *John Austin*, “[...] *todos os atos de fala são ações*” [*all speech acts are actions*]. (LANGTON, 1993: 296)¹²²

Por conseguinte, não devemos esquecer o fato de que a “*escravidão foi uma ideia assim como uma prática*” (LAWRENCE, 1990: 443, tradução nossa)¹²³, ou que, quando nos deparamos com elevadores reservados apenas para as domésticas, tal reserva vai muito além de uma pequena placa indicando por onde os trabalhadores devem entrar, constituindo as relações sociais, sendo uma fala/ação, ou seja, há todo um vínculo com a historicidade subjacente ao sentido dos dizeres “só para brancos”, ou “só para empregadas”, vínculo este que pode acabar por fazer emergir o fato de que “*racismo é tanto discurso como conduta.*” (LAWRENCE, 1990: 444, tradução nossa)¹²⁴

Disso tudo resulta que, realmente, *paus e pedras* podem nos machucar profundamente, até mesmo nos matar, assim como devemos ser resistentes diante de palavras que buscam inferiorizar. Entretanto, também devemos reconhecer que estas mesmas palavras podem muito mais que humilhar, podem persuadir que a violência contra o “estranho estrangeiro” é válida em decorrência do mesmo ser diferente de nós mesmos, chegando, talvez, até mesmo a ordenar matar ou morrer.¹²⁵

Como a já citada Professora *Rae Langton* (1993: 302) ensina, ao analisar o mesmo ditado infantil que abre este ponto – *Sticks and Stones may break my bones but names (or words) will never hurt me!* –, as crianças podem até recitar cotidianamente este provérbio como forma de amadurecimento, “entretanto, as palavras ferem”, sendo este um dos motivos do citado provérbio ter sido criado como forma de preparar para tais feridas.

Em realidade, discursos de ódio podem “*quebrar alguns ossos*”, assim como, para nos apropriarmos de uma elaboração de *Langton*, “*determinar a posição ou o status social de alguém ou algum grupo da sociedade*” (LANGTON, 1993: 302), isto é, podem ser muito mais que meras falas, já que têm a força de perpetuar exclusões,

¹²² Como *Catharine Mackinnon* observa: “*Segregation cannot happen without someone saying “get out” or “you don’t belong here” at some point.*” (MACKINNON, 1996: 13)

¹²³ “*Slavery was an idea as well as a practice [...]*” (LAWRENCE, 1990: 443)

¹²⁴ “*Racism is both 100% speech and 100% conduct.*” (LAWRENCE, 1990: 444)

¹²⁵ Pensemos, por exemplo, em um pelotão de fuzilamento, onde as palavras ordenadas, *preparar, apontar e fogo* realizam-se ao serem pronunciadas. Também como forma de revelar tal força performativa das palavras, de constituir o mundo, devemos trazer a mente os chamados “*Crimes contra a honra*” ou o ato de “induzir ou instigar” ao suicídio, todos tipificados em nosso Código Penal.

hierarquias e estigmas opressivos, pois refletem uma estrutura simbólica na qual estão envolvidos “*quem enuncia*”, “*sobre quem o enunciado é expresso*”, “*qual o efeito pretendido*” e “*de onde*” estes mesmos ditos são realizados.

Todos estes argumentos e indagações revelam as enormes controvérsias que gravitam ao redor da relação entre discursos extremistas, liberdade de expressão e democracias constitucionais, quando o tema é como estabelecer fronteiras sem negar a abertura fomentada e garantida pelos Estados Democráticos de Direito. Em tempos de crescimento ou redescobrimto de anacrônicos preconceitos, os quais se revelam mais difusos, ampliados que são pelas *redes sociais*, as quais possibilitam, ainda que de modo assimétrico, que tanto grupos comprometidos com o projeto democrático, quanto setores radicalmente contrários a este mesmo projeto, possam fazer-se ouvir e influenciar suas audiências, a linha divisória entre a defesa de direitos e ideias e o exercício abusivo destes é problemática, pois frágil, encontrando-se no centro dos debates sobre o assunto.

Dáí entendermos, como acima verificado, que não há liberdades fundamentais absolutas ou ilimitadas, pois tal posição choca-se com a própria dimensão plural da identidade constitucional, ou seja, o estabelecimento de fronteiras não se mostra incompatível com o constitucionalismo, todavia, o *como* e o *quando* estas fronteiras devem ser fechadas é um enorme desafio.

Com efeito, estas assertivas podem ser vistas em inúmeros documentos internacionais, como, por exemplo, a já citada *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, pois se a mesma garante um franco exercício da liberdade de expressão, também proíbe, em seu artigo 14, todas as formas “negativas” de discriminação.

Esta “fronteira” é perceptível em julgados como o caso *Erbakan v. Turkey* (2006) [“*caso concernente a um político que, supostamente, teria incitado, com fundamento em distinções raciais, religiosas ou regionais, a população a ter comportamento hostil diante de certos grupos sociais*”], no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos recuperou e destacou sua posição que a

[...] *tolerância e respeito pela igual dignidade de todos os seres humanos constitui as fundações de uma sociedade pluralista e democrática. Sendo assim, como uma questão de princípio, pode ser tido como necessário em certas sociedades democráticas sancionar ou mesmo prevenir todas as formas de expressão que difundam,*

incitam, promovam ou justifiquem ódios baseados na intolerância [...]. (Erbakan v. Turkey, 2006, § 56, tradução nossa)¹²⁶

O próprio Supremo Tribunal Federal tem posição jurisprudencial consolidada nesta mesma linha, conforme pode ser notado em passagem do voto do Ministro Celso de Melo, na ADI 4.274, em que este destaca que

[E]vidente, desse modo, que a liberdade de expressão não assume caráter absoluto em nosso sistema jurídico, consideradas, sob tal perspectiva, as cláusulas inscritas tanto em nossa própria Constituição quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos. (BRASIL, 2011)¹²⁷

Pois bem, em lado diametralmente oposto, temos o contexto norte-americano, onde predomina uma *liberdade de expressão* extremamente ampla, guiada por uma visão por demais individualista, em que a lógica do exercício desta liberdade fundamental parte da ideia de que o aparato estatal deve abster-se de interferir nos discursos públicos, mesmo quando estes externam as mais abjetas posições. Assim, na perspectiva dominante no cenário dos Estados Unidos, como veremos mais detalhadamente à frente, a *freedom of speech* é voltada quase que exclusivamente contra os poderes governamentais, pois ao contrário da tendência presente em inúmeras democracias constitucionais, como destacado acima, nos Estados Unidos a aplicação horizontal dos direitos fundamentais não é bem aceita.

¹²⁶ “[...] *tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance [...].*” (Erbakan v. Turkey, 2006, § 56) Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 22/11/2013. Observe-se, porém, que a Corte Europeia, não obstante ressaltar que o repúdio a todas as formas pejorativas de preconceito e discriminação é parte central da proteção dos direitos humanos, **entendeu**, em razão da também centralidade da liberdade de expressão para os debates políticos, que a existência de um lapso temporal significativo (quase 5 anos), entre um discurso político ocorrido durante campanha eleitoral, supostamente odioso, e a tomada de providências criminais buscando estabelecer se o conteúdo do mesmo teria podido conduzir ou incitar a concretização direta de ações violentas (“*present risk – imminent danger*”), aliado a circunstância de que a “punição interna” ter fundamentado-se apenas em gravação cuja autenticidade tinha sido questionada e contestada pela defesa, **que os procedimentos penais efetivados contra o político que realizou o referido discurso não tinham sido razoáveis e proporcionais, deslegitimando a sanção aplicada e justificada no interesse de assegurar o funcionamento democrático da sociedade, levando o tribunal a se pronunciar no sentido de que o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que normatiza a liberdade de expressão, teria sido violado.** Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1728198-1812055>>. Acesso em: 26/04/2014.

¹²⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274/DF, 2011. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 23/11/2013. Diga-se que esta ADI discutiu se a promoção de debates sobre uma possível descriminalização das drogas estava ou não inserida em certos dispositivos da chamada *lei de drogas* (Lei no. 11.343/2006), sendo que o Supremo Tribunal decidiu, após dar uma “interpretação conforme” a tal legislação, excluir qualquer sentido que vedasse a liberdade de pensamento e reunião sobre o tema.

Neste sentido, Michel Rosenfeld esclarece que

[E]xiste um grande hiato entre os Estados Unidos e outras democracias ocidentais. Nos Estados Unidos, ao hate speech é dado uma vasta proteção constitucional enquanto sob as convenções internacionais sobre os direitos humanos e em outras democracias ocidentais, tais como Canadá, Alemanha e o Reino Unido, ele [discurso de ódio] é largamente proibido e sujeito a sanções criminais. (ROSENFELD, 2001: 02-03, tradução nossa)¹²⁸

Este hiato é explicitado por estudiosos da liberdade de expressão como, por exemplo, Rodney Smolla (1992), o qual, não obstante afirmar a violência e agressividade de certos discursos, assume uma posição contrária à encontrada nos documentos internacionais, pois, em sua visão, a “[...] educação em valores sobre tolerância, civilidade e respeito pela dignidade humana é preferível do que medidas punitivas e coercitivas.” (SMOLLA, 1992: 162, tradução nossa.)¹²⁹

Corroborando esta concepção da liberdade de expressão, temos um trecho do voto proferido pelo *Justice Brennan*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde a enorme amplitude do direito fundamental ao exercício da *freedom of expression*, mesmo quando confrontado com os discursos de ódio, pode ser constatada. Ao analisar se o ato de queimar a bandeira dos Estados Unidos era ou não constitucionalmente protegido, Brennan, escrevendo para a Corte, afirmou que a Primeira Emenda, que dispõe sobre a liberdade de expressão, “[...] não garante que outros conceitos virtualmente sagrados para a nossa Nação como um todo – tal como o princípio de que a discriminação com base na raça é odioso e destrutivo – não serão questionados no mercado livre de ideias.” (*Texas v. Johnson*, 1989, tradução nossa)¹³⁰

Em suma, como lidar com os discursos de ódio, sem abriremos espaço para saídas autoritárias, que em nome da liberdade de expressão descambem para intervenções ilegítimas e, até mesmo, para censuras?

Como Michel Rosenfeld bem observou na passagem transcrita acima, há duas “respostas” que dominam nas análises realizadas sobre os limites da liberdade de expressão diante dos discursos de ódio, as quais, de modo diverso, constroem âmbitos

¹²⁸ “There is, however, a big divide between the United States and other Western democracies. In the United States, hate speech is given wide constitutional protection while under international human rights covenants and in other Western democracies, such as Canada Germany, and the United Kingdom it is largely prohibited and subjected to criminal sanctions.” (ROSENFELD, 2001: 02-03)

¹²⁹ “[...] education on the values of tolerance, civility, and respect for human dignity, rather than punitive and coercive measures.” (SMOLLA, 1992: 169)

¹³⁰ “The First Amendment does not guarantee that other concepts virtually sacred to our Nation as a whole – such as the principle that discrimination on the basis of race is odious and destructive – will go unquestioned in the marketplace of ideas.” (*Texas v. Johnson*, 1989)

normativos de aplicação com maior ou menor abrangência, mas que confluem na importância e essencialidade que conferem a esta liberdade fundamental para as democracias.

Assim, encontramos a “saída” norte-americana, a qual, não obstante algumas vozes divergentes, os chamados pensadores *outsiders* ou radicais, aposta que a melhor abordagem diante dos discursos de ódio é “mais discurso” e “menos interferência” estatal.

Já o outro caminho escolhido, presente, ainda que com nuances, na maioria das grandes democracias ocidentais, entre elas o Brasil, guia-se pelas noções oriundas do denominado *direito internacional dos direitos humanos* (PIOVESAN, 2008, 2012), o qual, *grosso modo*, no que aqui interessa, não só procura contextualizar os discursos de ódio, confrontando os mesmos com as experiências históricas de sofrimento e humilhação que alguns grupos sociais trilharam, como também, ao afirmar a liberdade de expressão, não desconecta a mesma da desigualdade de acesso ao espaço público em que esta liberdade é exercida.

Por conseguinte, quais destes dinâmicos e arriscados trajetos, ainda mais em contextos multifacetados, de extrema complexidade social, coadunam-se com o projeto de democracias constitucionais como a aqui explicitada?

Em síntese, como

[...] defender o máximo de pluralismo possível sem que se prescindia do que é constitutivo da democracia moderna, e que é a expressão daqueles princípios sem os quais ela não pode subsistir? Esse é o problema com o qual nos defrontamos hoje em razão do crescente caráter multiétnico e multicultural de nossas sociedades. (MOUFFE, 1994: 106)

Ora, analisar estes questionamentos é o nosso próximo passo, o qual carregará consigo todo o pano de fundo conceitual construído nesta primeira passagem. Para isto, optamos por realizar um recorte, buscando traduzir as narrativas constitucionais referentes aos Estados Unidos e as existentes no Brasil, já que estas últimas se alinham e se aproximam das dominantes na esfera internacional, inserindo, quando necessário, outras experiências estrangeiras no trato com o *hate speech*.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DISCURSOS DE ÓDIO NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: ENTRE PERSISTÊNCIAS E RUPTURAS

2.1 A liberdade de expressão em seu máximo ou a negação dos contextos? A experiência norte-americana diante do *hate speech*

“Nenhuma cruz arderá em chamas nas paradas de ônibus de Montgomery. Nenhum branco será arrancado de sua casa, levado ao longo de uma estrada distante e linchado por não cooperar. Nenhum de nós se erguerá para desafiar a Constituição de nossa nação. Somente nos reunimos aqui movidos pelo desejo de que o direito prevaleça”
Martin Luther King

Uma família tem um ente próximo e querido falecido em uma guerra travada em um país distante. Ainda que discorde das justificativas governamentais para tal envolvimento armado, busca, imediatamente, trazê-lo de “volta para casa”, como um modo de superar o trauma da pesada perda. Não quer deixá-lo *desaparecido*, pois quando assim ocorre, quando não conseguimos edificar um “lugar final de descanso”, a dor da falta parece persistir, sendo ainda maior.

Todavia, os pais e amigos deste jovem soldado morto em combate, ao invés de conseguirem velar em paz sua memória, têm estas mesmas cerimônias invadidas por pessoas que, com dizeres extremamente ofensivos, até mesmo repugnantes, ultrajantes, afirmam que a culpa desta perda é do país, que se estaria tornando homossexual e depravado, sendo as mortes de seus soldados uma forma de julgamento divino diante de tais “escolhas.”

Será que irmos até um cemitério ou algum outro lugar de orações fúnebres, em momento de profundo pesar, com intuito claro e definido de ofender aos que ali estão sendo lembrados e aos seus familiares, apenas para expressar nossa indignação com as sexualidades presentes na sociedade, *“agradecendo a Deus pela morte daqueles soldados”* (Thank God For Dead Soldiers) e dizendo que estes estão destinados ao *“inferno”* (You’re going to hell), levanta uma pretensão válida de exercício da liberdade de expressão?

Pois esta situação ocorreu em vários lugares dos Estados Unidos onde soldados mortos em ação eram enterrados, já que na visão da *Westboro Baptist Church*, todas

estas perdas estariam vinculadas, direta ou indiretamente, ao fato de que a sociedade norte-americana teria “abraçado” a causa homossexual.¹³¹

Um destes piquetes, como tais manifestações foram chamadas, foi organizado pela citada denominação religiosa, a qual é composta quase que inteiramente por membros de uma mesma família, durante as cerimônias fúnebres do fuzileiro Matthew Snyder, que faleceu, no ano de 2006, durante a ocupação do Iraque pelos Estados Unidos.

O pai do soldado morto, Albert Snyder, sentindo-se ofendido em seu direito à privacidade, além de entender que ele e a sua família teriam sido difamados em situação de pesada tristeza, ingressou com uma ação contra o líder religioso da igreja, Fred Phelps, além de outros membros e da própria *Westboro Church*.

Na primeira instância federal, Snyder conseguiu sucesso, tendo os religiosos sido condenados a pagar uma vultosa soma pelo que poderíamos chamar de *danos morais*. Entretanto, posteriormente, uma Corte de Apelação reviu a decisão com base em argumentos que afirmavam que os réus teriam direito a expressar seus pontos de vista, entendendo que os mesmos diziam respeito a questões de interesse público, o que inseria o fato dentro do âmbito normativo da liberdade de expressão constitucionalmente garantido. Ou seja, os *Phelps*, quando de suas ações durante o funeral do soldado *Snyder*, encontrar-se-iam cobertos pela dimensão protetiva da Primeira Emenda.¹³²

Discordando de tal decisão, a família Snyder apelou à Suprema Corte, visando reverter o posicionamento do tribunal inferior. Todavia, não teve sucesso o referido apelo, pois a esmagadora maioria dos juízes da instância maior do judiciário estadunidense manteve a posição anteriormente tomada, afirmando que a Primeira Emenda cobria os piquetes realizados.

Redigindo a decisão para a Suprema Corte (*Snyder v. Phelps*, 2011), o Justice Roberts salientou que a *Westboro* tem realizado piquetes pelos últimos vinte anos, sempre procurando expressar a ideia de que, segundo sua crença, os Estados Unidos são por demais tolerantes com a homossexualidade, principalmente suas forças armadas, o que teria atraído a “ira divina” contra seus soldados.

¹³¹ Segundo dados coletados por Nara Pereira Carvalho, a *Westboro* teria realizado, entre 2001 e 2011, milhares de piquetes, a grande maioria nos Estados Unidos, em mais de 800 cidades. (CARVALHO, 2011: 80)

¹³²“The Fourth Circuit reversed, concluding that Westboro’s statements were entitled to First Amendment protection because those statements were on matters of public concern, were not provably false, and were expressed solely through hyperbolic rhetoric.” (*Snyder v. Phelps*, 2011)

Além disso, em várias passagens, salientou que o conteúdo exposto pelos membros da igreja seria mais próximo de questões de interesse público do que privado, já que questionava a conduta política e moral dos Estados Unidos e de seus cidadãos, o que garantiria, aos participantes destes piquetes, buscarem alcançar a maior audiência que conseguissem.

Lembrou também que os Estados Unidos tinham escolhido proteger e aplicar a mais ampla liberdade de expressão, o que incluía garantir até mesmo aquelas mais dolorosas falas sobre temas tidos como de interesse público, visando assegurar que o debate não fosse abafado, o que tornava os discursos proferidos por *Phelps* alcançados pela *freedom of expression*.

A Suprema Corte também justificou sua decisão salientando que nenhum daqueles que realizaram os piquetes haviam adentrado na igreja de *Snyder* ou na propriedade do cemitério onde o velório fora realizado, aliado ao fato de que “nenhuma violência” havia sido utilizada durante as ações empreendidas pelos membros da igreja de *Phelps*.

Respondendo ao apelo realizado por *Snyder*, de que o conteúdo das pregações da Westboro tinha de ser confrontado com o contexto – funeral de seu filho – em que foi realizado, o que, na visão da parte de *Snyder*, retiraria qualquer interesse público dos atos perpetrados pelos membros da Westboro, a Suprema Corte entendeu que o fato de ser realizado em conexão com um funeral, não era suficiente para alterar a natureza pública do discurso dos *Phelps*.

Por fim, a maioria decidiu e reconheceu, nas palavras do *Chief Justice Roberts*, que o “discurso é poderoso, podendo conduzir as pessoas à ação, levando as mesmas às lágrimas, tanto de alegria quanto de tristeza – como tinha sido o fato – infligindo grande dor. Entretanto, diante dos fatos presentes no caso, não poderiam reagir a tal dor punindo o falante (*speaker*)”. (*Snyder v. Phelps*, 2011, tradução nossa)¹³³

Em seu voto dissidente, o juiz *Alito* destacou que o sempre lembrado compromisso histórico da sociedade dos Estados Unidos com um amplo exercício da liberdade de expressão não poderia ser lido como uma espécie de licença para

¹³³ “Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow, and—as it did here—inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker.” (*Snyder v. Phelps*, 2011)

“*violentos assaltos verbais*” (*license for the vicious verbal assault*), o que, em sua leitura do caso, teria ocorrido.¹³⁴

O mesmo Alito escreveu que

*o apelante, Albert Snyder, não era uma “figura pública” (public figure), sendo apenas o pai de um jovem fuzileiro morto em combate no Iraque, desejando somente exercer o direito, que todos que vivenciam a sua dolorosa experiência possuem: enterrar o seu filho em paz. Todavia, os membros da Westboro [na sua perspectiva] privaram o mesmo deste direito elementar.*¹³⁵ (*Snyder v. Phelps*, 2011, tradução nossa)

Percebe-se, desde já, o *hiato*, por Michel Rosenfeld (2001) antes colecionado, entre as práticas norte-americanas e de outras democracias constitucionais no que tange aos discursos radicalmente ofensivos, situação esta que será por nós recorrentemente explicitada e analisada, pois os *Phelps*, no ano de 2009, “[...] foram proibidos de ingressarem no Reino Unido [...]. Ambos apareceram na lista de pessoas banidas do território por terem demonstrado “comportamento inaceitável ao promover ódio que poderia levar à violência intercomunitária no Reino Unido”.” (CARVALHO, 2011: 86)

Ora, este caso, de modo singular, revela até aonde a Suprema Corte entende ir as fronteiras da liberdade de expressão, mesmo diante de situações extremamente aflitivas em razão dos discursos ofensivos empregados, isto é, mesmo em casos que colocam em confronto princípios constitucionais, como o aqui brevemente relatado, em que o direito à liberdade de expressão é posto diante do também constitucional direito à privacidade, a Suprema Corte mostra poucas dúvidas em sua decisão, haja vista que o “*falante da esquina*”, para empregarmos uma imagem recorrente na doutrina estadunidense, terá quase sempre preferência, com poucas exceções.

Denota-se também que o conteúdo do discurso, por mais asqueroso que possa soar, é protegido, mesmo que signifique descontextualizarmos o mesmo, pois, salvo a divergência aberta pelo Justice Alito, a maioria desconsiderou o pedido do pai do soldado morto, ou seja, que se levasse em consideração que o local de velar e enterrar uma pessoa querida, ainda mais quando esta morreu de modo trágico, não seria ambiente apropriado para manifestações políticas, principalmente quando tais discursos

¹³⁴ “Our profound national commitment to free and open debate is not a license for the vicious verbal assault that occurred in this case.” (*Snyder v. Phelps*, 2011)

¹³⁵ “Petitioner Albert Snyder is not a public figure. He is simply a parent whose son, Marine Lance Corporal Matthew Snyder, was killed in Iraq. Mr. Snyder wanted what is surely the right of any parent who experiences such an incalculable loss: to bury his son in peace. But respondents, members of the Westboro Baptist Church, deprived him of that elementary right.” (*Snyder v. Phelps*, 2011)

empregam falas como “*Deus odeia você*” (*God Hates You*), as quais, intencionalmente, procuram causar sofrimento naqueles que já se encontram em grande pesar.

Em outras palavras, o precedente *Snyder* talvez nos auxilie a verificar como os custos da democracia constitucional podem ser assimetricamente distribuídos, pois o preço pago pelo pai do *marine* morto, para que a *freedom of expression* seja mantida ampla, foi extremamente alto e doloroso. Isto é, à dor da perda do filho foi acrescentado, como custo adicional, o dever de ouvir pesadas ofensas, já que estas, na visão da Suprema Corte, podem fomentar o debate público.

Este caso e os argumentos empregados para justificar sua decisão já nos fazem elencar uma série de questionamentos, como, por exemplo,

[...] por que os direitos dos falantes são mais importantes do que os direitos dos ouvintes, ou da comunidade dos ouvintes. Devemos perguntar por que a resposta apropriada a um insulto é mais expressão, ao invés de menos. E precisamos entender por que a Primeira Emenda tem sido interpretada como a articulação de um sistema para proteger a liberdade de expressão que tem tão pouco a dizer sobre a igualdade dos falantes, especialmente quando se trata do uso de recursos. (...) E, mais importante, precisamos perguntar que tipo de sociedade estamos a tentar criar, e que papel a liberdade de expressão pode desempenhar nesse processo. (ALLEN apud SILVA, 2009: 138)¹³⁶

Procurando responder a estas formulações, devemos de início escrever que a decisão em *Snyder*, por óbvio, não surge do nada, havendo toda uma série de decisões anteriores que pavimentaram o caminho até ela. Neste sentido, arriscamos a dizer que, ao contrário da Suprema Corte neste precedente, entendemos ser necessário contextualizarmos, ainda que sucintamente, a trajetória percorrida que conforma o pano de fundo de disputas sobre o alcance da liberdade de expressão nos Estados Unidos.

Todavia, ressaltamos que o debate travado em torno da liberdade de expressão no contexto norte-americano é vasto e complexo, onde os precedentes sobre o *free speech* construídos pela Suprema Corte no decorrer de sua história são incontáveis, atingindo diversos setores da vida da sociedade estadunidense, indo muito além do que nos propomos realizar, ou seja, analisar as fronteiras dos discursos de ódio em democracias constitucionais.

Sendo assim, sempre avocando o pressuposto de que nossa razão é limitada e datada, não conseguindo, mesmo se desejar, edificar descrições completas, já que um

¹³⁶ Na mesma linha, outro estudioso escreve que: “*Indeed, it is not self-evident that as a matter of “constitutional” interests, free speech should always be favored over individual privacy. The Supreme Court of the United States has in effect adopted a strong (almost irrebuttable) presumption that freedom of speech always trumps claims of privacy.*” (MCLLISTER, 2010: 412)

nível de opacidade sempre permanece, reconhecendo o caráter falível e criticável de qualquer empreendimento cognitivo, é que nos indagamos: para onde apontar os holofotes? Quais áreas deverão ser deixadas nas sombras? Como escolher as “portas a serem abertas”?

Nas palavras de uma estudiosa do período weimariano, angustiada pelas mesmas dúvidas quanto ao caminho a escolher:

Como apresentar tantos representantes das sombras e das luzes? Como fazer falar o que se oculta nas entrelinhas das decisões e das hesitações, nas respostas silenciosas à sedução e conquista, ou que se oculta nos discursos mudos das massas invisíveis dos que morreram? [...] Como articular os múltiplos discursos? Como costurá-los?” (DYMETMAN, 2002: XVI)

Tais assertivas, que valem para todo o nosso trajeto, são aqui destacadas em virtude da enorme quantidade de literatura existente sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos, onde os debates são mais antigos e profundos, fazendo com que o risco que todo recorte implica seja ainda maior. Deste modo, decidimos eleger, como base principal de análise, os precedentes mais relevantes apontados pelo pensamento constitucional norte-americano no que tange, direta ou indiretamente, aos discursos de ódio.

Em síntese, não é nosso intuito recuperarmos integralmente o amplo espectro jurisprudencial norte-americano sobre a liberdade de expressão e o *hate speech*, já que, mesmo em relação a estes, são inúmeros os casos que aqui poderiam ser abordados, pois, na incalculável complexidade que nos movemos, todo estudo requer que aceitemos realizar escolhas, sabedores que sempre persistirão sombras, já que ao *jogarmos luzes sobre alguns casos, simultaneamente, deixaremos outros na penumbra*.

Dito isto, nosso recorte nos remete aos idos de 1644, pois é nele que aparece, em uma Inglaterra convulsionada por disputas religiosas e políticas, o escrito *Areopagitica: a Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*¹³⁷, de *John Milton*, um verdadeiro apelo em defesa da liberdade de expressão, do pensamento livre e da publicação dos mesmos sem necessidade de autorização ou censura prévia por parte do Estado.

¹³⁷ O título faz referência a uma legendaria localidade grega (*Areopagus*), na qual um conselho de nobres se reunia para debater e decidir questões da cidade e que, paulatinamente, privaram o rei de todo o poder, alterando a conformação tradicional do exercício do poder em Atenas, isto é, de *um para mais de um*. Disponível em: <<http://ancienthistory.about.com/od/athens/g/092310-Areopagus.htm>>. Acesso em: 28/10/2013.

Neste panfleto, Milton, remetendo-se ao parlamento, desafia um ato deste último que exigia autorização ou licença prévia para publicação de qualquer escrito, concretizando uma verdadeira censura, isto é, Milton, em nome de um pensamento livre, defende a necessidade de um embate sem amarras e não coercitivo de ideias, pois, em sua visão, somente assim os indivíduos poderiam atingir a verdade.

Este tipo de visão de mundo exposto por John Milton reflete, em muito, os conflitos travados sobre o direito à livre expressão e sem interferências externas do período inglês do século XVII, pois como destaca *Christopher Hill*, em suas análises sobre as “*ideias radicais durante a Revolução Inglesa de 1640*”, em algumas denominações protestantes já havia sido institucionalizado o direito ao debate e ao questionamento após a realização dos cultos, em que cada um podia dizer o que desejava dizer (HILL, 1987: 115-116), sendo que os *Quacres* “[...] *sempre alegaram ter um direito legal a falar depois que o sermão terminasse.*” (HILL, 1987: 116)¹³⁸

Por isso que o pensamento de Milton pode ser explicitado quando o mesmo escreve que, “*dai-me a liberdade de saber, de exprimir e discutir livremente de acordo com a consciência, acima de todas as liberdades*” (MILTON, 2008: 54, tradução nossa)¹³⁹, já que tal “exigência” é que possibilitaria, como dito acima, alcançarmos a verdade, pois “[...] *quem alguma vez soube que a Verdade perdesse em um encontro livre e aberto?*” (MILTON, 2008: 55, tradução nossa)¹⁴⁰

Com Milton e sua defesa da livre expressão, da crítica a qualquer controle prévio, constrói-se a visão de que a verdade não pode ser monopolizada, haja vista que só pode ser atingida através de um debate franco e aberto¹⁴¹. E é interessante notar que em sua obra *Areopagitica*, como observa o lembrado historiador inglês *Christopher Hill*, Milton recorre a “*analogias econômicas*” para enfatizar o “*livre comércio da verdade.*” (HILL, 1987: 112)

Observe-se, porém, que já em Milton, o exercício da liberdade de expressão não aparece como algo absoluto, pois também entendia que “tanto a Igreja quanto a *Commonwealth*” deveriam manter um “olhar vigilante sobre os livros e os homens”,

¹³⁸ Para se ter uma noção dos conflitos existentes no período, tomemos emprestado certa passagem de um panfleto anônimo, publicado na Inglaterra de 1647, no qual podia ser ler que “*os termos “herege” e “cismático” [...] não passam de nomes pejorativos aplicados a qualquer um que se oponha aos tiranos e opressores.*” (HILL, 1987: 112)

¹³⁹ “*Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties.*” (MILTON, 2008: 54)

¹⁴⁰ “[...] *who ever knew Truth put to the worse, in a free and open encounter?*” (MILTON, 2008: 55)

¹⁴¹ “*Truth and understanding are not such wares as to be monopolized and traded in by tickets and statutes and standards.*” (MILTON, 2008: 38)

surgindo, daí a possibilidade de controle, responsabilização e sanção após a publicação, não antes, haja vista que entendia e reconhecia o potencial subjacente aos livros, isto é, que “os livros não eram coisas absolutamente mortas”. (MILTON, 2008: 11, tradução nossa)¹⁴²

Estas ideias de Milton influenciarão demasiadamente o exercício da liberdade de expressão, pois além de serem inseridas na Carta Inglesa de Direitos de 1689, também poderão ser encontradas no contexto norte-americano da *Primeira Emenda*, onde, mesmo hoje, podem ser reconhecidas, ainda que para serem tidas como superadas, nas entrelinhas de inúmeros artigos, debates e decisões a respeito ou concernentes ao *free speech*.¹⁴³

Seguindo esta trilha, encontramos *John Stuart Mill*, já no século XIX, o qual, em sua clássica obra *On Liberty*, defende a ampla liberdade dos indivíduos controlarem o seu próprio destino, suas próprias escolhas, em que a fronteira deste agir é não causar “mal” ou “prejudicar” aos outros indivíduos, surgindo com grande força a questão dos “limites” da sociedade sobre a dimensão individual, haja vista que Mill defende uma atuação extremamente regrada e mínima do Estado, o que impactará profundamente o contexto estadunidense no que se refere ao alcance que a liberdade de expressão possui diante dos discursos de ódio.

Ora, em Mill, podemos verificar que uma discussão pública sem censura teria o potencial de ampliar a própria liberdade, em linha próxima da que Milton também defendia, em que esta censura é vista como contraproducente, a longo prazo, para a “maximização da felicidade”, em uma visão em que predomina o olhar utilitarista de sua abordagem. Em Mill podemos encontrar a defesa do direito do indivíduo divergir, de se expressar livremente, de não se submeter ao que a maioria pensa, sendo uma dose elevada de discussão pública o melhor remédio contra os males dos dogmas, dos preconceitos e da apatia social. (SANDEL, 2001: 64-65)

Como o próprio Mill salienta,

[N]ão basta, portanto, a proteção contra a tirania do magistrado; é necessária também a proteção contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes, contra a tendência da sociedade a impor, por meios outros que não os das penalidades civis, as próprias ideias e

¹⁴² “I deny not, but that it is of greatest concernment in the Church and Commonwealth, to have a vigilant eye how books demean themselves as well as men; and thereafter to confine, imprison, and do sharpest justice on them as malefactors. For books are not absolutely dead things [...]” (MILTON, 2008: 11)

¹⁴³ Conferir, entre outros: BLASI, Vincent. *Milton's Areopagitica and The Modern First Amendment*. Occasional Papers/Yale Law School Legal Scholarship Repository. 1995. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/6>. Acesso em: 10/10/2013.

práticas, como regras de conduta aos que delas dissentem; a aguilhoar o desenvolvimento e, se possível, a impedir a formação de qualquer individualidade em desacordo com os seus métodos, compelindo todos os tipos humanos a conformar-se ao seu modelo. (MILL, 2000: 10-11)

Denota-se, assim, que a ideia da liberdade de expressão surge em Mill justificada pela busca da verdade, de uma “verdade não dogmatizada”, pois de acordo com a perspectiva de Mill, “a descoberta da verdade é um processo empírico crescente que depende de tentativa e erro, requerendo uma desinibida discussão” (ROSENFELD, 2001:17, tradução nossa)¹⁴⁴. Tal abertura discursiva, sempre pensada no plano individual, só deveria ser restringida quando de um apelo direto à violência, pois mesmos os discursos mais desagradáveis deveriam ser permitidos, dentro desta postura de que um discurso franco levaria a uma realidade mais progressista em termos sociais.

Esta exigência de um debate franco, aberto e com raras restrições externas é ainda muito forte na jurisprudência da Suprema Corte, principalmente quando a mesma discorre, por exemplo, sobre discursos extremistas/fundamentalistas, o que pôde ser visto no caso *Snyder*, tanto da parte da posição majoritária, que defendia esta abertura, quanto no voto dissidente, que questionava até onde este compromisso poderia ir.

Novamente, nas palavras de Mill,

o mal a temer não é o conflito violento entre partes da verdade, mas a supressão silenciosa de parte dela. Sempre há esperança quando as pessoas são obrigadas a ouvir os dois lados; é quando atentam apenas para um deles que os erros consolidam-se em preconceitos, e a própria verdade deixa de ter o efeito da verdade, ao se exacerbar em falsidade. (MILL, 2000: 80)

Em Mill, assim, há uma defesa clara da liberdade de expressão, já que, em princípio, todas as opiniões podem ser explicitadas, não importando o conteúdo que as mesmas possuem, sendo injustificável silenciar as que nos desagradam, pois, a partir de sua posição, o melhor caminho para contrapor-mos as opiniões falsas é garantir ainda mais liberdade de expressão, pois o “homem que conhece apenas o seu lado da questão não sabe muita coisa.” (MILL, 2000: 57)

Neste passo, entre tentativas, acertos e erros, apostando na discussão das experiências vividas, da falibilidade de tal processo, Mill procura ressaltar que são os conflitos de opiniões, não de “crenças” (MILL, 2000: 70), os debates sem censura, que possibilitariam a “correção” dos rumos adotados, em que a imposição de uma opinião e

¹⁴⁴ “The discovery of truth is an incremental empirical process that relies on trial and error and that requires uninhibited discussion.” (ROSENFELD, 2001: 17)

o não confronto desta com as que estão ao seu redor, ao contrário de ser algo positivo, que geraria certeza e estabilidade, acaba por produzir uma perigosa inércia da sociedade diante daqueles que detém o exercício do poder.

Deste modo, para John Stuart Mill soa “[...] *estranho que os homens admitam a validade dos argumentos favoráveis à livre discussão, mas objetem a que sejam “levados ao extremo”, não enxergando que se as razões não são boas para um caso extremo, não serão boas para nenhum outro caso.* (MILL, 2000: 35-36)

Todavia, assim como em John Milton, devemos dizer que *Mill* não propunha uma liberdade de expressão absoluta e sem limites, pois ele mesmo reconhecia que jamais houve uma liberdade assim, mas que em realidade o que havia era uma luta contínua entre a liberdade e seus limites externos, limites esses, que deveriam ser os mais amplos possíveis, já que, na visão de *Mill*, assim a falsidade de certos discursos seria colocada a prova e desmascarada pela verdade.

Como ele mesmo escreveu, “ninguém pretende que as ações devam ser tão livres quanto as opiniões. Pelo contrário, mesmo as opiniões perdem a imunidade quando as circunstâncias em que se expressam resultam em instigação positiva a algum ato danoso.” (MILL, 2000: 85)

Este é ponto que o debate norte-americano enfatiza, qual seja, que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, ainda mais quando em um ambiente que se afirme democrático. Não há dúvida, todavia, que com a chegada, na Suprema Corte, a partir da década de 1940, de inúmeros casos envolvendo discursos de ódio, esta dimensão da *freedom of speech* voltada quase que apenas contra as “restrições prévias”, abrindo espaço para responsabilizações posteriores, recebeu uma dose de imunização, ampliando radicalmente as fronteiras do exercício desta liberdade fundamental.

Este também é o momento para lembrarmos da enorme relevância dos pensamentos de *William Blackstone* na conformação original da liberdade de expressão nos Estados Unidos, o qual ressaltava a distinção, no que tange ao exercício da liberdade de expressão, entre “*previous restraint*” e responsabilização “*a posteriori*”, reconhecendo a possibilidade de abusos ocorrerem. (SMOLLA, 1992: 27-39)

Nesta linha, lembra Dworkin:

[O] jurista inglês *William Blackstone*, do século XVIII, que os advogados norte-americanos tinham na conta de oráculo do direito consuetudinário, declarou que, nesta tradição, o direito de liberdade de expressão só tinha força contra o que se chamava de “restrição prévia”. [...] *Blackstone* dizia que o Estado não podia impedir que os cidadãos de publicar o que bem entendessem, mas era livre para

puni-los depois da publicação caso a matéria publicada fosse afrontosa ou perigosa. (DWORKIN, 2006a: 314)

Dito isto, o ponto central parece ser como ideias e concepções extremamente influentes, elaboradas por pensadores ingleses como, por exemplo, Milton e Mill, foram recebidas e traduzidas no contexto de disputas políticas dos Estados Unidos, pois, se alguns escreveram que a *Primeira Emenda* “[...] foi pensada para oferecer proteção apenas contra restrições prévias pelo governo nacional; ela não oferecia imunidade absoluta para qualquer coisa que falantes e impressores quisessem dizer ou publicar” (O’BRIEN *apud* SILVA, 2009: 44), outros, como *James Madison*, indo além da vedação de censura prévia da “*liberdade de expressão inglesa*”, enfatizaram que

[...] essa ideia de Liberdade de Expressão não pode jamais ser admitida na concepção americana dela. Seria uma piada dizer que nenhuma lei deve passar impedindo publicações [como diz o texto da Primeira Emenda], mas que leis podem ser feitas punindo publicações que fossem feitas. (MADISON *apud* SILVA, 2009: 52)

Como escreve Júlio César Casarin Barroso Silva (2009), em seu elaborado trabalho de doutorado, Madison, que estava envolvido nos debates acerca do potencial restritivo do *free speech* da denominada *Lei Contra a Sedição*¹⁴⁵, ressaltava a ruptura com o passado inglês, procurando, deste modo, justificar seu repúdio a possibilidade, presente no ordenamento inglês, de uma “repressão *a posteriori*” (SILVA, 2009: 49)

Em termos outros, para Madison e seu “argumento democrático”, a “[...] liberdade de expressão só podia ser entendida de forma muito mais ampla do que aquela consagrada no sistema britânico pelo fato de que **a nova ordem, diferentemente do sistema britânico, repousava sua legitimidade sobre um governo popular.**” (SILVA, 2009: 49)

Assertivas como estas, que afirmam a “soberania do povo”¹⁴⁶ no que tange aos assuntos públicos terão, como anota o mesmo Júlio César Casarin (SILVA, 2009: 49-

¹⁴⁵ Tal norma, assinada pelo Presidente John Adams em 1798, além de outras medidas, visava restringir, duramente, os discursos críticos contra o governo, dispondo, por exemplo, que escrever, imprimir, declarar publicamente ou publicar – ou auxiliar em tais atividades – escritos falsos ou escandalosos contra o Congresso, o Presidente, com intuito de difamar ou incitar o “bom povo” dos Estados Unidos a se levantar contra o governo ou o Congresso, poderia ser punido com pena de prisão não excedente de dois anos. “An Act for the Punishment of Certain Crimes against the United States” (Sedition Act). Disponível em: <<http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=719>>. Acesso em: 23/11/2013.

¹⁴⁶ A questão envolvendo a soberania do povo nos remete a perguntarmos sobre qual a identidade deste povo, ainda mais no período em que Madison escreve, isto é, uma sociedade machista, escravocrata e dominada por aristocratas brancos e suas hierarquias naturais. Conferir: (MÜLLER, 2000) e (ACKERMAN, 1993).

50), um enorme e persistente impacto sobre o sentido e o âmbito do discurso livre, da liberdade de expressão como configurada na *Primeira Emenda*, ainda conformando a posição dominante na Suprema Corte, em que o Estado, em todas as suas feições, é visto com desconfiança, o que leva a liberdade de expressão a ser lida, primeiramente, como garantia de discursos críticos, mesmo que estes discursos sejam por demais ofensivos.

A recepção de tais pensamentos em disputa no decorrer do processo constitucional norte-americano se transforma, no que tange especificamente à aplicação dos direitos fundamentais aos discursos racistas e outras falas odiosas, não em uma *autonomia* do cidadão, mas sim em uma espécie de *soberania* do indivíduo. Isto é, a todo este processo histórico, no qual, paulatinamente, uma visão que entende o Estado como o grande *leviatã* torna-se dominante, podemos também agregar a força crescente do *laissez-faire* liberal a exigir que o aparato estatal fique neutro, mínimo, abstando-se de intervir no campo das relações sociais privadas.

Assim, como salienta Owen Fiss, “*tradicionalmente, o liberalismo tem sido identificado com as ideias dos direitos individuais e de um Estado limitado; a proteção da liberdade de expressão responde a esta tradição.*” (FISS, 1997: 09, tradução nossa)¹⁴⁷

É aqui que encontraremos, por exemplo, a denominada *State Action*, a qual, *grosso modo*, não admite a eficácia, como por nós já acima explicado, dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, em sua dimensão positiva. Na perspectiva desta posição, os direitos e liberdades fundamentais seriam válidos apenas frente ao Estado, em sua dimensão negativa e subjetiva, como meio de proteção dos indivíduos contra essas intervenções, que seriam sempre perigosas.¹⁴⁸

Sob o prisma de tal doutrina, o racismo, o preconceito e a intolerância do Estado e das autoridades públicas violam a Constituição, mas os mesmos comportamentos, quando praticados

¹⁴⁷ “*Tradicionalmente, el liberalismo ha sido identificado con las ideas de los derechos individuales y de un Estado limitado; la protección constitucional de la libertad de expresión responde a esta tradición.*” (FISS, 1997: 09)

¹⁴⁸ “*The ‘state action’ doctrine has long established that, because of their language or history, most provisions of the Constitution that protect individual liberty [...] impose restrictions or obligations **only on government***” (LOCKHART; KAMISAR; CHOPER; SHIFFRIN, 1991: 1145, destaques nossos). Com uma postura crítica diante de tal doutrina, Frank Michelman entende que a *state action* joga um papel central, mesmo que não explícito, na configuração de posturas interpretativas que são contrárias à qualquer restrição estatal no campo do *free speech*, ainda que diante de falas altamente ofensivas, pois em sua perspectiva, em regra, os liberais não considerariam seriamente o impacto da denegação privada da liberdade e da igualdade de certos discursos, já que enfatizariam a possibilidade da censura governamental. (MICHELMAN *apud* LAWRENCE, 1990: 446)

por agentes privados, tornam-se “indiferentes” constitucionais.
(SARMENTO, 2006a: 64)

Com base nesta *State Action*, por exemplo, a Suprema Corte e os “Circuitos Federais” entenderam, por muito tempo, que o Congresso dos Estados Unidos não poderia, por ausência de poderes constitucionais, tornar crime a discriminação ou exclusão realizadas em lugares como hotéis, restaurantes, creches e hospitais, pois era vedado qualquer forma de aplicação horizontal dos direitos fundamentais [que é a tendência dominante em outras democracias ocidentais], o que pode ser comprovado pelos inúmeros precedentes citados por Erwin Chemerinsky (1985), em seu artigo intitulado *Rethinking State Action*.

A título ilustrativo, indo ao citado artigo, podemos verificar que esta doutrina surge no final do século XIX, em alguns julgados como *Virginia v. Rives* (1880), no qual a Suprema Corte então afirmou que as proibições e disposições contra atos discriminatórios, contidas na 14^a Emenda (*Citizenship Rights/Cláusula Geral de Igualdade, ratificada em 1868*), eram oponíveis apenas contra o Estado, não sendo aplicáveis nas relações privadas¹⁴⁹ e, principalmente, nos famosos *Civil Rights Cases* (1883). Nestes últimos, em síntese apertada, a Suprema Corte, ao decidir um conjunto de casos semelhantes que envolviam a aplicação da mesma 14^a Emenda a situações de discriminação racial, afirmou que “*a Décima Quarta Emenda restringe apenas a ação estatal (state action). [...] Atos privados de discriminação racial eram simplesmente incorreções privadas (private wrongs) que o governo nacional não tinha poderes para corrigir.*” (tradução nossa)¹⁵⁰

Entretanto, longe de ser uma questão meramente histórica, podemos verificar a persistência desta perspectiva cem anos depois, em julgados como *Minnick v. California Dept. of Corrections* (1981), no qual, em voto dissidente, o Justice Stewart afirmou que

até onde a Constituição alcança, uma pessoa privada pode engajar-se em qualquer discriminação racial que queira, [...], pois, sob a Cláusula da Décima Quarta Emenda, só a soberania do Estado que nunca poderia agir assim. [...] O padrão de igual proteção da Constituição tem um claro e central significado – ele absolutamente

¹⁴⁹ “The provisions of the Fourteenth Amendment of the Constitution we have quoted all have reference to State action exclusively, and not to any action of private individuals.” (*Virginia v. Rives*, 1880)

¹⁵⁰ “The Fourteenth Amendment restrains only state action. [...] Private acts of racial discrimination were simply private wrongs that the national government was powerless to correct” (*Civil Rights Cases*, 1883). Disponível em: < http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1882/1882_2 >. Acesso em: 02/12/2013.

*proíbe a discriminação individual pelo governo.*¹⁵¹ (*Minnick v. California Dept. of Corrections*, 1981, tradução nossa)

Registre-se que o acima lembrado Erwin Chemerinsky, não obstante ser mais próximo de posturas liberais no que tange a possíveis restrições do *free speech*, uma vez salientou, criticamente, que a doutrina *State Action*

[...] protege a liberdade dos violadores privados das sanções constitucionais. Ela sacrifica completamente os direitos das vítimas, mesmo naqueles casos quando não existe absolutamente justificativa alguma para assim proceder-se. (CHEMERINSKY, 1985: 540, tradução nossa)¹⁵²

Podemos já perceber, como destaca *Daniel Sarmiento*, que

o pano de fundo destas ideias é uma cultura profundamente individualista, que cultiva o ideal do self-made man, forte, corajoso e independente do Estado, que quer falar e ser ouvido na sociedade, e que deve, em contrapartida, formar uma couraça dura o suficiente para suportar e superar todas as agressões que possa sofrer no “mercado de ideias”, por mais odiosas que elas sejam. (SARMENTO, 2006a: 64)

Assim, posturas interpretativas como a *State Action*, na qual encontraremos poucas e excepcionais situações em que os particulares podem ser abarcados pela aplicação dos direitos fundamentais em suas relações com outros indivíduos [por exemplo, quando atuam em “função pública”¹⁵³], refletem um receio diante do Estado, em um compromisso com o ideário liberal clássico. Justifica-se na necessidade de preservar uma zona de autonomia individual diante do aparato governamental, fazendo com que o privado e o público, ao invés de se complementarem, excluam-se reciprocamente, o que acaba abrindo espaço para a exteriorização, legalmente protegida, dos tipos mais extremistas de linguagens de ódio, já que a defesa de interesses privados é interpretada como afirmação de direitos individuais.

Em suma, como escreve o antes referido Erwin Chemerinsky, a “*doutrina state action permanece dividindo a linha entre o setor público, o qual é controlado pela*

¹⁵¹ Justice Stewart, dissenting: *So far as the Constitution goes, a private person may engage in any racial discrimination he wants, [...] but, under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment, a sovereign State may never do so. [...] The equal protection standard of the Constitution has one clear and central meaning - it absolutely prohibits invidious discrimination by government.*” (*Minnick v. California Dept. of Corrections*, 1981)

¹⁵² “*The state action doctrine protects the freedom of private violators from constitutional sanctions. It completely sacrifices the rights of the victims, even in cases when there is absolutely no justification for doing so.*” (CHEMERINSKY, 1985: 540)

¹⁵³ Neste sentido, entre outros: (*Marsh v. Alabama*, 1946) e (*Evans v. Newton*, 1966). Ver também: (LOCKHART; KAMISAR; CHOPER; SHIFFRIN, 1991: 1145-1186).

Constituição, e o setor privado, que não é.” (CHEMERINSKY, 1985: 504, tradução nossa)¹⁵⁴

Agora, carregando conosco todos estes argumentos, procurando explicitar ainda mais o contexto norte-americano, colecionemos outro precedente, que nos traz à memória o fato de que a *First Amendment* conviveu “pacificamente” com a escravidão, e que nos mostra que também nos Estados Unidos os pensamentos são “pós-escravidão”. É o caso *Dred Scott v. Sandford* (1856), no qual a Suprema Corte, através do *Chief Justice Roger Taney*, escreveu que um “*negro livre da raça africana, cujos ancestrais vieram para os Estados Unidos e vendidos como escravo, não é um “cidadão” dentro do sentido da Constituição dos Estados Unidos*” (tradução nossa)¹⁵⁵.

Neste caso, em que a Suprema Corte afirmou o direito dos proprietários de escravos sobre suas “propriedades”, mesmo que estes estivessem em territórios tidos como livres da escravidão em razão de um outro acordo, o denominado *Missouri Compromise*, o Justice Taney, reiteradamente, salientou que nenhum dos que pertenciam a esta “raça” [os escravos negros], tinha ido aos Estados Unidos de modo voluntário, mais foram trazidos para serem vendidos como mercadoria [*all of them had been brought here as articles of merchandise*]. Disse ainda que era óbvio que os escravos não estavam, mesmo apenas em pensamento, no quadro que os *Pais Fundadores* da Constituição tinham traçado quando eles construíram e conferiram direitos para os cidadãos.

Em termos outros, tal decisão colocava que nenhum negro, mesmo que livre, não poderia jamais tornar-se cidadão dos Estados Unidos da América, declarando que o “Acordo do Missouri”, que determinava abolida a escravidão em áreas mais ao norte, era inconstitucional, o que, em termos práticos, voltava a garantir a escravidão em todos os estados do país, posicionamento este, que só veio a ser alterado após a Guerra Civil, com a promulgação da 13ª e, principalmente, a 14ª Emenda e sua cláusula geral de igualdade.

Dentro deste arcabouço histórico-constitucional, indagamos qual seria a mensagem transmitida por um precedente como *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), no qual a Suprema Corte decidiu contra a pretensão levantada por um agente da polícia

¹⁵⁴ “*State action doctrines remain the dividing line between the public sector, which is controlled by the Constitution, and the private sector, which is not.*” (CHEMERINSKY, 1985: 504)

¹⁵⁵ “*A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a “citizen” within the meaning of the Constitution of the United States.*” (*Dred Scott v. Sandford*, 1856)

da cidade de Montgomery, Alabama, que se sentiu difamado por um anúncio publicado pelo movimento de luta pelos direitos civis, no jornal que dá nome ao caso, com algumas incorreções. No seu voto, o Justice Brennan construiu uma passagem que se transformou em verdadeira máxima interpretativa da liberdade de expressão, qual seja, que o caso tinha sido confrontado com **“o pano de fundo de um profundo compromisso nacional com o princípio do debate público do modo mais desinibido, robusto e aberto possível.”** (destaque e tradução nossa)¹⁵⁶

Comprometer-se com um espaço público de debates como o exposto por Brennan é basilar em uma democracia constitucional, agora será que este compromisso pode significar desconsiderarmos a história subjacente a estes mesmos espaços de debates, implicando que em todos os casos em que a liberdade de expressão é posta em xeque esta deve prevalecer, ainda que diante de situações extremadas? Para retomarmos algumas ideias antes expostas, será que não devemos nos perguntar também como o **acesso** a este espaço “robusto” tem ocorrido ou sido conformado historicamente ou, quem mais tem arcado com o peso desta liberdade preferencial?

Aqui, talvez, seja o local adequado para entendermos a crítica que a já lembrada *outsider jurisprudence* (MATSUDA, 1989: 2323) sempre procura enfatizar, qual seja, interpretações constitucionais que desconsideram a historicidade dos contextos podem converter o compromisso com a liberdade de expressão em um efetivo mecanismo de manutenção de servidões, hierarquias e sofrimento social. Ao trazermos a história para dentro das análises podemos descortinar o fato de que a Constituição, muito mais que um texto com uma data, é um projeto, arriscado, imperfeito e inconcluso, mas que por isso mesmo, capaz de ser sempre outro, transcendendo qualquer literalidade do texto ou das noções que buscam reduzi-lo a uma espécie de mercadológica competição de visões de mundo.

Deste modo, entendemos que os embates norte-americanos mostram a relevância de sempre relacionarmos os compromissos constitucionais, historicamente assumidos, com o sentimento de pertencimento, com as heranças e os legados, ou seja, com a

¹⁵⁶ “[W]e consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that **debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open** [...]” Destaquemos, também, trecho do voto do *Justice Black*, o qual sempre foi reconhecido por sua interpretação “direta” da Primeira Emenda, o que pode ser aferido quando este escreve que: *“I doubt that a country can live in freedom where its people can be made to suffer physically or financially for criticizing their government, its actions, or its officials [...]. An unconditional right to say what one pleases about public affairs is what I consider to be the minimum guarantee of the First Amendment.”* (*New York Times Co. v. Sullivan*, 1964) (destaques nossos)

dimensão da memória presente em todas as narrativas constitucionais, ainda mais quando estas são conformadas pelas exigências modernas do constitucionalismo.

Quem sabe, uma figura histórica gigantesca, do porte de um Martin Luther King, permita-nos ver mais adequadamente algumas destas questões que giram em torno da liberdade de expressão e dos discursos de ódio nos Estados Unidos, haja vista que o mesmo se valeu da Primeira Emenda para poder discursar e expor publicamente suas demandas por igualdade, todavia, foi também vítima do potencial destrutivo que os discursos de ódio podem desvelar, ainda mais quando se ocultam atrás da mesma liberdade de expressão.¹⁵⁷

Todavia, a Suprema Corte parece atuar mais como uma instituição mantenedora do estabelecido¹⁵⁸, ainda quando assume posições tidas, por ela mesma, como contramajoritárias, pois, como algumas decisões que ainda veremos revelam, este “manter o estabelecido” aparenta ser a tarefa maior do órgão superior do judiciário norte-americano, sendo transformação dos padrões interpretativos em relação à liberdade de expressão e os discursos de ódio algo “controlado”. Ou seja, alguns precedentes sobre a relação entre o alcance do *free speech* e o impacto do *hate speech* em seus destinatários demonstram uma enorme insensibilidade constitucional, desconsiderando o fato, lembrado pelo mesmo Dr. Martin Luther King ao proferir um discurso em uma Igreja Batista em Alabama, de que “[...] *chega a hora em que as pessoas se cansam de ser pisoteadas pelo pé de ferro da opressão. Chega a hora, meus amigos, em que as pessoas se cansam de ser lançadas no abismo da humilhação, onde vivenciam a desolação de um pungente desespero.*” (KING, 2006: 24)

Também Bruce Ackerman segue este caminho constitucional, anotando uma série de argumentos importantes em nosso trabalho, quais sejam: **primeiro**, que os norte-americanos “*nunca deveriam esquecer que James Madison era um proprietário de escravos assim como um grande pensador político.*” **Segundo**, “*quem imagina que a Constituição dos Estados Unidos coexistiu tranquilamente com a injustiça até que esta terminou com a Emancipação?*” Afirmando, **ao final**, de que os norte-americanos “*não podem sentir-se confortáveis com o status quo, pois o desafio é construir uma ordem*

¹⁵⁷ Neste ponto, entendemos importante destacar a noção, elaborada por *Laurence Tribe*, ao refletir sobre a democracia norte-americana, que identifica a *Primeira Emenda* a dois valores constitucionais, quais sejam: “[T]he first is the intrinsic value of speech, which is the value of individual self-expression. Speech is intrinsically valuable as a manifestation of our humanity and our individuality. The second is the instrumental value of speech. The First Amendment protects dissent to maximize public discourse, and to achieve the great flowering of debate and ideas that we need to make our democracy work.” (TRIBE *apud* LAWRENCE, 1992: 800)

¹⁵⁸ “[...] preservationist institutions like the Supreme Court.” (ACKERMAN, 1991: 300)

constitucional mais justa e livre do que aquela que nós herdamos.” (ACKERMAN, 1993: 05, tradução nossa)¹⁵⁹

Assim, em vários momentos, a Suprema Corte nos lembra que alguns de seus julgados são realmente “pós-*Dred Scott*”, para parafrasearmos Sérgio Costa (2006), pois o fato de árduas heranças revelarem-se, contemporaneamente, menos vinculantes, deve-se, em muito, às inúmeras lutas historicamente travadas pelos grupos sociais colocados à margem da sociedade, mesmo que ainda estejam presentes nas entrelinhas dos não-ditos e nas mensagens simbólicas que alguns precedentes encaminham para a sociedade.

Uma dessas mensagens parece ter sido enviada pelo precedente *Brandenburg v. Ohio* (1969), o qual é um dos casos mais citados quando o tema é *free speech*, pois o mesmo envolve a discussão sobre qual a amplitude da garantia fundamental estabelecida na *Primeira Emenda*, e se a mesma admite ou não uma interpretação restritiva diante de certos casos ou situações limites.

2.1.1 *Brandenburg* e *R.A.V.*: quando o ódio e a cruz em chamas transformam-se em discurso protegido

Em *Brandenburg*, no final da década de 1960, a *Suprema Corte dos Estados Unidos da América* estabeleceu que o conteúdo de discursos, por mais virulentos que fossem, se não conduzissem ou incitassem a uma forte, provável, “imminente e ilícita ação” (*imminent lawless action*) não poderiam ser reprimidos, ou seja, o mero ato de se proferir um discurso em defesa de um pensamento violento e excludente estaria coberto pela liberdade de expressão, conformando o que a doutrina denomina de *Brandenburg Test*.¹⁶⁰

No caso em tela, em breve síntese, um membro da Ku Klux Klan local, *C.Brandenburg*, havia sido preso, com base em uma lei do estado de Ohio (*Criminal Syndicalism Statute*) que punia certos discursos tidos como violentos, após fazer uma série de inflamadas e pejorativas observações sobre as comunidades judaicas e negras do EUA.

¹⁵⁹ “As we discover the distinctive features of the Constitution, we will find much that is imperfect, mistaken, evil in its basic premises and historical development. Never forget that James Madison was a slaveholder as well as a great political thinker. And who can imagine that our Constitution’s peaceful coexistence with injustice came to an end with Emancipation? We cannot remain comfortable with status quo; the challenge is to build a constitutional order that is more just and free than the one we inherited.” (ACKERMAN, 1993: 05)

¹⁶⁰ O discurso, para ser restringido, devia não apenas produzir um perigo presente e claro, mas também ter potencialidade - iminente - de realmente ocorrer.

Apelando sucessivamente, com base no exercício da liberdade de expressão, Brandenburg alcançou a Suprema Corte, a qual teve que responder se a lei de Ohio feria ou não os princípios protegidos pela Primeira Emenda, sendo que sua resposta foi positiva ao pedido formulado pelo apelante, pois a Suprema Corte entendeu que a citada lei de Ohio atingia a garantia fundamental da liberdade de expressão.

A decisão da Suprema Corte fundamentou-se na tese de que o mero ato de apoiar ou defender, de modo *abstrato*, ideias de cunho violento é diverso de uma incitação direta à própria “ação ilícita” e, que *Ohio*, quando legislou, não levou em consideração tal diferença, tornando a mesma inconstitucional.¹⁶¹

Em outras palavras, em *Brandenburg v. Ohio*, o qual ainda é um precedente normativamente relevante na interpretação da Primeira Emenda diante de casos envolvendo “*hate speeches*” ou “*inflammatory speeches*”, a Suprema Corte afirmou a enorme amplitude que o sentido de liberdade de expressão tem na história constitucional dos Estados Unidos. Sua decisão limitou a ação repressiva e responsabilizatória por parte do governo às situações em que o discurso, não obstante o seu conteúdo, incitasse a audiência a concretizar uma ação diretamente contrária ao direito.

Ora, denota-se que ao *claro e presente perigo de violência*, já encontrado na jurisprudência da Suprema Corte¹⁶², foi agregado a necessidade de uma alta dose de probabilidade de que esta mesma violência fosse concretizada, ou seja, o alcance da liberdade de expressão foi ampliado, em que conteúdos, ainda que de cunho *racista ou antisemita*, desde que não sejam tidos como “provocadores diretos” de atos violentos contra seus destinatários, são protegidos pela *Primeira Emenda*, haja vista que em *Brandenburg* a *Supreme Court* afirmou que qualquer restrição ou limitação ao *speaker* só seria constitucional em situações em que a *fala* expressada pudesse conduzir ou incitar diretamente a já citada “*imminent lawless action*”.¹⁶³

¹⁶¹ Como colocou o juiz da Suprema Corte, *William Brennan*, “*the constitutional guarantees of free speech [...] do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.*” (*Brandenburg v. Ohio*, 1969) (destaques nossos)

¹⁶² Conferir: (*Schenck v. United States*, 1919)

¹⁶³ Como escreve um dos maiores estudiosos do free speech, *Thomas Emerson*, em *Brandenburg*, “*the new formulation retains the requirement that the danger be “clear and present”, though it does so through the word “imminent”. It adds to the test the element of “incitement”, which would seem to limit what may be proscribed to “advocacy of action” rather than “advocacy of ideas”.*” (EMERSON, 1980: 436)

Observemos que um pensador liberal, como John Rawls, comemorou tal decisão profundamente, pois, em sua interpretação, a posição vitoriosa tinha reconhecido “[...] a legitimidade da defesa da subversão numa democracia constitucional” (RAWLS *apud* SILVA, 2009: 94)¹⁶⁴. Até mesmo um pensador crítico diante do estabelecido, Owen Fiss, entendeu que a mesma decisão teria sido uma “benção” para a liberdade de expressão nos Estados Unidos. (FISS *apud* SILVA, 2009: 94)

Ronald Dworkin é outro pensador que concorda com tal postura da Suprema Corte, pois, após citar o Juiz Easterbrook quando o mesmo escreveu que pela “*Primeira Emenda, o governo deve deixar a cargo do povo a avaliação das ideias. Quer seja evidente, quer seja sutil, uma ideia só pode ter o poder que o público a deixa ter [...]*” (EASTERBROOK *apud* DWORKIN, 2006a: 355), concluiu anotando que

no que diz respeito ao direito constitucional norte-americano, ele tem toda razão. Permite-se que a Ku Klux Klan e o Partido Nazista Norte-Americano propaguem suas ideias dentro dos Estados Unidos, e a Lei de Relações Raciais do Reino Unido seria inconstitucional em nosso país na medida em que proíbe as expressões abstratas de ódio racial. (DWORKIN, 2006a: 355)¹⁶⁵

Entretanto, questionamo-nos se realmente tal decisão significou a ampliação do potencial transformador e de fomento de debates da liberdade de expressão, pois, se tomamos a sério a história, veremos que a mesma pode ter passado a noção de que os

¹⁶⁴ Apenas como subsídio, lembramos que o mesmo Rawls, buscando responder à crítica, tradicionalmente feita contra o liberalismo, de que o mesmo prefere alguns modos de vida do que outros, ainda que afirmando certa neutralidade diante destes mesmos modos de vida, além do fato de se opor aos valores comunitários e de “fidelidade associativa”, coloca que, “[...] num regime constitucional justo, algumas concepções morrem e outras apenas sobrevivem precariamente, será que isto por si só significa que concepção política de justiça desse regime deixa de ser neutra entre elas? [...] A não ser que outras considerações sejam feitas, tal concepção não parece ser injusta para com essas visões, pois é impossível evitar a existência de influências sociais que favoreçam algumas doutrinas em detrimento de outras sob qualquer concepção de justiça política. Nenhuma sociedade pode incluir em si todos os modos de vida. Isso não impede que lamentemos o espaço limitado, por assim dizer, do mundo social e do nosso em particular; e que deploremos alguns dos inevitáveis efeitos de nossa cultura e estrutura social. [...] Mas essas exclusões inevitáveis não devem ser confundidas com vieses arbitrários ou injustiça” (RAWLS, 2003: 218-219) Mesmo não sendo nosso objeto, indagariamos se muitas dessas “inevitáveis exclusões” de “concepções de justiça” não tão bem sucedidas, não poderiam ser evitadas (ou ao menos atenuadas), dentro de um esquema constitucional em que os poderes públicos atuassem positiva e, até mesmo, quando necessário, contra-majoritariamente. Entretanto, tal questão ficará para posteriores pesquisas e trabalhos.

¹⁶⁵ Segundo um estudioso da obra de Dworkin, José Emílio Medauar Ommati (2012), o referido professor estadunidense entraria em contradição com suas próprias concepções e pressupostos, já que este defenderia, simultaneamente, a ideia de que os indivíduos “[...] só podem se sentir parceiros em um empreendimento coletivo de governo dos cidadãos se lhes são assegurados certos direitos individuais. Dentre eles, os direitos antidiscriminatórios, com certeza. [...] A liberdade de expressão é outro direito indispensável” (OMMATI, 2012: 97). Entretanto, segundo o mesmo pensador brasileiro, ocorreria, neste ponto, “[...] uma contradição patente no pensamento do autor norte-americano, pois, se por um lado, ele afirma a necessidade de direitos antidiscriminatórios, por outro, afirma o direito de um racista proferir seu discurso em nome do direito de igual respeito e consideração para com o racista. Daí a defesa de Dworkin em relação aos membros da Ku Klux Klan, por exemplo, nos Estados Unidos.” (OMMATI, 2012: 97)

sentimentos e a inserção constitucional dos atingidos pelo ódio expressado não foram considerados. Isto é, será que os negros e judeus sentiram-se representados por tal decisão ou descobriram, mais uma vez, que são *aqueles que pagam a maior parte da conta* do exercício da liberdade de expressão?

O que será que cidadãos negros pensam da liberdade de expressão, quando esta é empregada para dizer que eles “são sujos” (*a dirty nigger*)? Nesta mesma linha, será que um cidadão de origem judaica entenderia que é só uma “fala”, não uma “ação”, ser tido como “culpado” de todos os problemas que atingem a América e que, por isso, devesse ser “mandado de volta a Israel” (*Send the Jews back to Israel*)?

Será que a decisão em *Brandenburg*, ao contrário de ser uma “benção”, não pode ser traduzida como uma espécie de perversidade democrática, já que silencia alguns através do exercício constitucionalmente garantido de falar de outros? Não seria constitucional uma aplicação da liberdade de expressão que se pautasse, por exemplo, pela admissão da existência de danos psicológicos nos atingidos pelos discursos de ódio, danos estes que, a longo prazo, podem restringir a participação social nos assuntos públicos?

Agora, se procuramos entender tais indagações e questionamentos, talvez devêssemos retornar no tempo, saindo de 1969, ano de *Brandenburg*, e voltando à década de 1950, mais especificamente, ao ano de *Beauharnais*, 1952, já que muitos dos argumentos esposados neste isolado precedente, direta ou indiretamente, acabaram por levar a sério a história e os sentimentos dos atingidos por “palavras que ferem”.

Beauharnais v. Illinois (1952) é um caso paradigmático, por ser uma exceção, um precedente esquecido, já que não foi mais aplicado, sendo, inclusive, superado pela decisão em *Brandenburg*.

Em linhas gerais, trata-se de um caso envolvendo Joseph Beauharnais, então presidente da denominada *White Circle League*, o qual em 1950 foi acusado e preso, após distribuir panfletos com forte teor racista nas ruas de Chicago, por descumprimento de legislação estadual (Illinois) que vedava a distribuição de qualquer publicação que expusesse os cidadãos, de qualquer cor, raça, credo ou religião, ao desprezo, escárnio ou desonra (*exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy*).

Nos panfletos distribuídos, conclamava-se a uma “união das pessoas brancas” como forma de deter a “invasão dos negros” e evitar, com isto, a ocorrência de “agressões [...] estupros, roubos, facas, armas e maconha do negro” [*the aggressions*

[...] *rapes, robberies, knives, guns and marijuana of the negro*] (*Beauharnais v. Illinois*, 1952). Condenado em primeira instância, Beauharnais viu o seu apelo ser desprovido na Corte Suprema do Estado, a qual entendeu existente um “claro e presente perigo” de algum mal substancial. Desta forma, inconformado, *Beauharnais* apelou à Suprema Corte, alegando que seu direito à liberdade de expressão havia sido violado. Todavia, diga-se, em rara decisão, a Suprema Corte, fundamentando-se nos conflitos raciais historicamente existentes na região, acabou mantendo a decisão condenatória, ainda que por uma diferença mínima (5x4).

Redigindo para a maioria, o juiz Frankfurter salientou a importância da história de extrema tensão racial existente naquela comunidade, chegando a afirmar que Illinois não precisava olhar para além de suas fronteiras ou esperar a ocorrência das trágicas experiências passadas para concluir o risco presente naqueles panfletos, o que justificaria a limitação estadual do exercício da liberdade de expressão como mecanismo de salvaguarda contra o incitamento à violência e perturbação da paz, o que acabaria por privar outros do igual direito de exercerem suas liberdades.¹⁶⁶

O que chama atenção em tal decisão é o fato de que o não esquecimento do passado atuou como forma de não anestesiá-lo o presente, não tendo sido as experiências recalcadas, pois foram consideradas na Suprema Corte, ou seja, não se negou a historicidade do contexto e, em razão disso, o presente não ficou preso às escolhas de gerações passadas, e toda a história racial de Illinois foi levada a sério pela Suprema Corte ao permitir a responsabilização do exercício abusivo da liberdade de expressão.

Em *Beauharnais* pode-se ver a existência de uma distinção entre discursos políticos e aqueles referentes a questões, por exemplo, raciais ou de cor, em que restrições sobre os últimos não confrontariam a Primeira Emenda. Isto é, na visão da maioria, naquele caso, os discursos racistas não poderiam ser taxados como políticos, já que não pretendiam qualquer ampliação do diálogo.

¹⁶⁶“Illinois did not have to look beyond her own borders or await the tragic experience of the last three decades to conclude that wilful purveyors of falsehood concerning racial and religious groups promote strife and tend powerfully to obstruct the manifold adjustments required for free, ordered life in a metropolitan, polyglot community. In the face of this history and its frequent obligato of extreme racial and religious propaganda, we would deny experience to say that the Illinois Legislature was without reason in seeking ways to curb false or malicious defamation of racial and religious groups, made in public places and by means calculated to have a powerful emotional impact on those to whom it was presented.” [...] “There are limits to the exercise of these liberties [of speech and of the press]. The danger in these times from the coercive activities of those who in the delusion of racial or religious conceit would incite violence and breaches of the peace in order to deprive others of their equal right to the exercise of their liberties, is emphasized by events familiar to all. These and other transgressions of those limits the states appropriately may punish.” (*Beauharnais v. Illinois*, 1952)

Entretanto, tal construção foi deixada de lado, sendo superada em *Sullivan* e, principalmente, como já deve ter ficado claro, pelo acima trabalhado *Brandenburg*, haja vista que, pelo fato do primeiro ratificar o compromisso com o mais amplo e vigoroso debate público de temas de interesse da coletividade, e o segundo entender que ação e fala são coisas diversas, no qual a abordagem do *group libel* [quando a difamação é dirigida a um grupo particular em razão da origem, cor, orientação sexual, gênero ou qualquer outra característica] como ofensa individual afrontaria a proteção da liberdade de expressão, dispôs também que os discursos de ódio podem trazer assuntos e ideias que a todos podem interessar, sendo por isso político, ou seja, por tudo isto, *Beauharnais*, ainda que não formalmente, encontra-se superado.¹⁶⁷

Ressaltando tal situação, Daniel Sarmiento escreve que

embora a ideia de group libel adotada no caso Beauharnais nunca tenha sido explicitamente repudiada pela Suprema Corte, a doutrina norte-americana afirma que tal ideia não é compatível com julgados supervenientes do Tribunal, que atribuíram prioridade ao robustecimento do debate em detrimento da honra, em questões de caráter público. (SARMENTO, 2006a: 59)

Caso a perspectiva de *Beauharnais* não tivesse sido abandonada, discursos de ódio poderiam ser mais averiguados e sancionados, todavia, como já deve ter sido percebido, a Suprema Corte não admite restrições que sejam baseadas no conteúdo da mensagem exposta, além do que, como acima lembrado, também não mais se admite, ao contrário de *Beauharnais*, que uma ofensa dirigida apenas a uma pessoa possa vir a ser considerada dirigida a todo um grupo.¹⁶⁸

Rodney Smolla, destacando tal linha da jurisprudência atual da Suprema Corte, afirma que o tratamento desenhado por Frankfurter em *Beauharnais*, em relação ao chamado *group libel*, em que teria sido ampliado o seu alcance, não é mais aceita, ao menos quando o *hate speech* envolve discussão sobre questões públicas. (SMOLLA, 1992: 165, tradução nossa)¹⁶⁹

¹⁶⁷ “*Brandenburg must be understood as overruling Beauharnais and eliminating the possibility of treating group libel under the same First Amendment standards as individual libel.*” (SMOLLA, 1992: 165)

¹⁶⁸ “[...] *if an utterance directed at an individual may be the object of criminal sanctions, we cannot deny to a State power to punish the same utterance directed at a defined group unless we can say that this a willful and purposeless restriction unrelated to the peace and wellbeing of the State.*” (*Beauharnais v. Illinois*, 1952)

¹⁶⁹ “*Frankfurter’s treatment of group libel as an interference with a relational interest is not without appeal, but current First Amendment jurisprudence would not accept this characterization, at least when the hate speech involves discussion of public issues*” (SMOLLA, 1992: 165). Observe-se que: “*The relational interest is easy to see when a racist, sexist, or other hate speech attack takes place in the workplace.*” (SMOLLA, 1992: 164)

Podemos verificar que os argumentos divergentes em *Beauharnais*, que não admitiam a restrição da liberdade de expressão dos acusados, tornaram-se maioria em *Brandenburg*, o que fez com que ofensas, mesmo as mais pesadas, só pudessem ser restringidas e responsabilizadas quando dirigidas a uma pessoa isolada, fazendo com que aquelas falas ofensivas apontadas para toda uma coletividade ou membros de um dado grupo social não fossem colocadas dentro dos mesmos limites, já que estas últimas, após decisões como *Brandenburg*, passaram a ser entendidas como discurso protegido pela Primeira Emenda, discursos políticos.

Catharine Mackinnon, discordando profundamente destes argumentos, escreve que a partir de *Brandenburg*, ofender a uma pessoa pode até levar o agressor a ser responsabilizado, mas que ofender duramente a um grande número de indivíduos não, como se a ofensa e a humilhação a um, em razão deste pertencer a algum grupo social específico, não implicasse denegrir ao grupo como um todo. (MACKINNON, 1996: 51-52)

A mesma professora da Universidade de Michigan pergunta se “quando algum homem negro encontra em seu trabalho, uma nota na qual está escrito “nigger die”, se ele teria dúvida de que estas palavras eram dirigidas para ele? [...] Será que seria necessário ter o nome da pessoa atingida para sabermos a quem se dirige?” Ou ainda, quando “alguém usa uma fotografia de Martin Luther King Jr. como alvo para a prática de tiro, significa que esteja “dirigindo-se somente ao” Dr. King?” (MACKINNON, 1996: 52, tradução nossa)¹⁷⁰

Para Mackinnon, tais posturas interpretativas da Primeira Emenda transformam abusos, desigualdades, humilhações e outros tipos de discursos intolerantes em “declarações de ideologia política” (*statements of political ideology*), em que atos de violenta discriminação transmudam-se em um “diálogo sobre ideias políticas” (*acts of discrimination became a dialogue about ideas*). (MACKINNON, 1996: 52)

Nesta mesma linha, tomemos, por exemplo, a descrição realizada por Lawrence (1990: 455), da situação vivenciada por um estudante universitário, altamente politizado e consciente de seus direitos, mas que, todavia, quando exposto, em razão de sua orientação sexual, a uma “fala” agressiva [para nos apropriarmos da posição da Suprema Corte], entrou em *shock*, não sabendo como reagir, permanecendo em *silêncio*.

¹⁷⁰ “Does any black man doubt, upon encountering “nigger die” at work, that it means him? [...] Or is it “directed at” you only if your individual name is on it? Is using a photograph of Martin Luther King Jr. for target practice at a firing range only “directed at” Dr. King?” (MACKINNON, 1996: 52)

Porém, a marca deste encontro foi tão profunda que, mesmo quando sua voz voltou, tal aluno não conseguia achar uma resposta ou uma representação que lhe parecesse adequada diante de anos de preconceito subjacente ao epíteto *faggot*, isto é, de todo o preconceito e exclusão historicamente construído e que tinha sido, naquela dada situação por ele vivenciada, revelado e carregado com tal injuriosa palavra.

Em realidade, será que tais marcas não deveriam ser tomadas a sério? Será que diante de um discurso tão ofensivo à comunidade negra e judaica, como o presente em *Brandenburg*, a resposta deva ser garantir mais espaço discursivo, colocando aos atingidos que esta é a melhor solução para restringirmos o ódio de tais linguagens? Será que existem apenas dois caminhos, ou apoiamos uma irrestrita liberdade de expressão ou estamos contra ela?

Procurando compreender melhor todas estas circunstâncias, realçamos os entendimentos de uma pensadora *outsider* como Catharine Mackinnon, a qual, ao analisar *Brandenburg*, coloca-se em posição diametralmente oposta, por exemplo, a de Rawls. Em sua visão, a Suprema Corte teria desconsiderado a desigualdade e a subordinação, refletindo a marcada preferência dada à liberdade de expressão um verdadeiro ato de fé. Isto é, a preocupação centrou-se nas ideias da Ku Klux Klan, não em seus possíveis impactos e consequências, nem na história por detrás do referido grupo e, muito menos, em quem seriam os oprimidos, tudo em nome da não intervenção e da neutralidade estatal. (MACKINNON, 1996: 86-87)

A mesma Mackinnon, além de ressaltar a completa falta de debate sobre a exigência constitucional de igualdade, já que a Primeira Emenda é interpretada e aplicada de modo insular, sem qualquer diálogo com a cláusula geral de igualdade presente na 14ª. Emenda, com se esta última não fizesse parte da mesma moldura constitucional (1996: 71), destaca, ao criticar a distinção entre “*discurso e conduta*”, que decidir que as “palavras” racistas não são “ações” violentas, legitima uma histórica indiferença por certos grupos sociais (1996:33), esquecendo que quando dizemos a alguém “*fora!*”, a própria palavra já constitui e conforma o mundo.

Os discursos racistas, na perspectiva de pensadores como Mackinnon, não são “apenas palavras”, já que eles também são uma forma de propaganda, de difusão de ideias e concepções de vida, que visam influenciar e persuadir os *consumidores*, ainda mais em tempo de escassez e crise econômica, a comprarem o seu *produto*, ódio radical e obsessivo, o qual é *vendido* legalmente, já que garantido pela Primeira Emenda, e talvez, até mesmo possa ser assimilado pela audiência, fazendo com aqueles diferentes,

aquelas categorias sociais preferenciais, sigam sendo estigmatizadas, violentadas, e tudo isto em nome da liberdade de expressão.

A prova da força vinculante desta propaganda pôde ser comprovada, infelizmente, no caso envolvendo o jovem americano de origem chinesa, *Vincent Chin*, o qual foi espancado até a morte por indivíduos brancos que pronunciavam, todo tempo, “*palavras*” que diziam que era por causa de pessoas como “*ele*” que estavam sem emprego. (MATSUDA, 1989: 2330)¹⁷¹

Como Matsuda salienta, ao escrever sobre este caso, não foi natural, nem um acidente que este jovem americano tenha sido covardemente atacado por desempregados da indústria automobilística de Detroit, pois neste período, havia uma forte propaganda antiasiática sendo realizada neste ramo da indústria. (MATSUDA, 1989: 2335)¹⁷²

Esta força perlocucionária, este poder de persuadir e de convencer, que certos discursos continuamente difundidos podem apresentar, é um efeito que não pode ser sub-dimensionado se quisermos levar a sério o projeto histórico das democracias constitucionais como espaços comuns conformados pelo pluralismo. Basta que anotemos, a título exemplificativo, que segundo autoridades do próprio governo norte-americano, teriam ocorrido mais de seis mil crimes de ódio no ano de 2011, sendo que quase metade dos mesmos teve conteúdo racial e, ainda segundo os dados, vinte por cento teriam sido vítimas de ataques em virtude da orientação sexual.

Percebe-se que o que se destaca nas estatísticas apresentadas é o aumento da chamada islamofobia, a qual tem atingido até os que se assemelham à imagem ou representação, acrescentaríamos nós, ocidental de um radical islâmico ou árabe, como, por exemplo, os membros da comunidade Sikh, os quais não professam o islamismo nem são originários do oriente médio, mas por causa do turbante que usam em razão de sua fé, têm sido vítimas de ataques reiterados, desde do atentado de setembro de 2001 às torres gêmeas de Nova York, sendo que um deste ataques, realizado por um indivíduo que defendia a supremacia dos povos brancos, resultou em seis mortes.¹⁷³

¹⁷¹ “Vincent Chin was a 27-year-old Chinese American beaten to death by baseball-bat-wielding thugs in Detroit. The assailants yelled, “It’s because of you fucking J-ps that we’re out of work!” The Vincent Chin case is a symbol to Asian Americans of the threat of racist violence.” (MATSUDA, 1989: 2330)

¹⁷² “The racially motivated beating death of Vincent Chin by unemployed white auto workers in Detroit, during a time of widespread anti-Asian propaganda in the auto industry, was no accident.” (MATSUDA, 1989: 2335)

¹⁷³ Dados disponíveis em: < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/06/eua-investigacao-crimes-contra-sikhs-hindus-e-arabes.html> > Acesso em: 28/10/2013.

Ora, se retomarmos o ditado infantil que diz que paus e pedras podem ferir, mas palavras não, podemos perceber que a conjugação de paus e palavras de ódio podem não só ferir, como até matar, não só um indivíduo, como no caso acima citado, mais populações inteiras. Não precisamos ir até o Holocausto judaico para comprovarmos o poder perverso que as palavras podem desvelar, bastando recuperarmos o não tão antigo caso de Ruanda, em que a difusão de ódio foi assimilada a tal nível, que incitou um verdadeiro genocídio.

Destaque-se, em rápido parêntesis, que ao contrário das posições predominantes nos Estados Unidos quanto aos discursos de ódio, a comunidade internacional, como ainda teremos oportunidade de demonstrar mais profundamente, busca revelar a incompatibilidade de tais discursos com as práticas constitucionais, chegando, até mesmo, a criminalizar tais discursos. Em Ruanda, o Tribunal Penal Internacional, no caso *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza e Hassan Ngeze* (2003), também conhecido como “*Media Case*”, processou e condenou os três indivíduos que dão nome ao caso, entre outras acusações, por difundirem e incitarem diretamente, através de jornal, rádio e televisão, “palavras de ódio” contra a etnia Tutsi, conclamando os Hutus a apelarem a sua “consciência” e agirem contra a invasão dos diferentes, dos inimigos, ou seja, os Tutsis.¹⁷⁴

Assim, ao que tudo parece, a persistência de uma visão negativa da Primeira Emenda, como se a mesma fosse somente contra o Estado, ao contrário de potencializar transformações subversivas, como parece acreditar Rawls acima, pode ser muito mais um instrumento normativo eficaz para manter “tudo em seu lugar”, em que certos grupos sociais, como negros, judeus ou homossexuais, encontram-se subordinados e/ou segregados em virtude da difusão de concepções excludentes e intolerantes de mundo, pois a liberdade discursiva é mantida ao custo de um acesso desigual a esta mesma liberdade fundamental.

Em outros termos, decisões como *Brandenburg*, a partir de uma suposta neutralidade, a qual seria a maior garantia de igualdade na liberdade de expressão, ao desconsiderarem a historicidade do contexto de aplicação, silenciam, ainda que permitindo que todos formalmente possam falar. A este direito de fala faltará, no caso dos marginalizados, poder de influenciar, de alterar a normatividade, pois será menos audível em comparação ao que estão integrados, ou seja, “[...] *pessoas com poder*

¹⁷⁴ Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Nahimana/judgement/Summary-Media.pdf>>. Acesso em: 02/12/2013.

podem, geralmente, fazer mais, dizer mais e o seu discurso conta mais do que daqueles que não tem tal poder. Se você tem poder, existem mais coisas que você pode fazer com suas palavras” (LANGTON, 1993: 298-299, tradução nossa)¹⁷⁵

Ainda dialogando com outro *outsider*, Richard Delgado (1982: 135-143), podemos verificar que argumentos como os expostos no muito lembrado *Brandenburg* desconsideram as consequências de discursos de supremacia de alguns em relação a outros, pois tais efeitos não são visíveis, o que torna ainda mais necessário ouvirmos as vítimas, concedermos audiência a estas, já que o impacto de um acúmulo histórico de falas que só humilham e depreciam pode ser gigantesco sobre a autoestima dos indivíduos. Isto é, como algumas pesquisas revelam, *“por causa de constantemente ouvirem mensagens racistas, crianças pertencentes a minorias, não surpreendentemente, passam a questionar sua competência, sua inteligência e seu valor.”* (DELGADO, 1982: 146, tradução nossa)¹⁷⁶

Outro momento que revela a força desta postura hermenêutica da Suprema Corte diante dos desafios postos pelos discursos de ódio pode ser visualizado em um precedente que por nós já foi rapidamente abordado, o chamado *R.A.V v. City of St. Paul* (1992), no qual foi analisado se uma legislação¹⁷⁷ que visava combater estes discursos de ódio era ou não constitucional, ou seja, se a mesma chocava-se ou não com as garantias de liberdade de expressão como previstas na Primeira Emenda.

O caso em si cuidava de um grupo de jovens que haviam *plantado*, no quintal de uma família negra, uma cruz e nela colocado fogo, em uma simbologia característica de grupos racistas, como a Ku Klux Kan. Em razão de tal ato, e com base na legislação que vedava condutas ofensivas com base, entre outros pontos, na cor ou na raça das pessoas envolvidas, os jovens foram acusados, processados e condenados.

A Suprema Corte do Estado de Minnesota considerou a respectiva norma que tornava ilícito o uso racista de inúmeros símbolos, como, por exemplo, a swastika

¹⁷⁵ “[...] *powerful people can generally do more, say more, and have their speech count for more than can the powerless. If you are powerful, there are more things you can do with your words.*” (LANGTON, 1993: 298-299)

¹⁷⁶ *“Because they constantly hear racist messages, minority children, not surprisingly, come to question their competence, intelligence, and worth”* (DELGADO, 1982: 146). Nesta linha, Mackinnon escreve: *“You learn that speech is not what you say but what your abusers do to you.”* (MACKINNON, 1996: 06)

¹⁷⁷ “St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance, St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990), which provides: *“Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor.”* (*R.A.V v. City of St. Paul*, 1992)

nazista, constitucional e em acordo com a Primeira Emenda, não dando provimento à apelação interposta por *R.A.V.* que arguia que seu direito à liberdade de expressão estava sendo violado, pois, na visão da Corte estadual, o caso poderia ser visto como *Fighting Words*¹⁷⁸, uma categoria de discurso tida como não protegida pela liberdade de expressão.

Em suma, a Corte Estadual entendeu que as ações dos adolescentes ao queimarem uma cruz no quintal da família negra durante a madrugada poderiam gerar uma resposta violenta e imediata, criando a possibilidade de uma perturbação da paz social (*breach of the peace*), o que as inseria, como dito, nas “*fighting words*”, categoria esta que pode, *grosso modo*, ser definida como aquelas palavras que, por serem expressadas cara-a-cara (*face-to-face*), podem conduzir a audiência a realizar ou produzir um ato ainda mais violento ou hostil como reação.

Entretanto, o apelo dos réus à Suprema Corte foi bem sucedido, pois a mesma, por unanimidade, reverteu a decisão do tribunal estadual e considerou a legislação aplicada ao caso inconstitucional, mesmo reconhecendo que certos discursos não são protegidos pela Primeira Emenda.

Para a Suprema Corte, a citada legislação teria, de certa forma, tomado partido de um dos lados da contenda social, sendo por demais estreita ou restrita ao banir apenas os discursos de ódio, já que não fez o mesmo, por exemplo, com os discursos antirracistas. Na visão da Suprema Corte, o estado havia realizado uma distinção

¹⁷⁸ O caso paradigmático das *fighting words* é *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), o qual envolvia um membro da denominação religiosa Testemunhas de Jeová que ao distribuir panfletos pelas ruas da cidade de Rochester, New Hampshire, expressava uma série de dizeres contra todas as outras religiões, afirmando que as mesmas seriam “fraudes” (*racket*). Em virtude deste ataque, muitos moradores começaram a sentirem-se incomodados com as palavras proferidas e reclamaram com xerife local, o qual disse que *Chaplinsky* não estava fazendo nada de ilegal, apenas explicitando sua visão de religião. Entretanto, o clamor público aumentou e a polícia local viu-se obrigada a escoltar o *speaker* para a delegacia de polícia com intuito de protegê-lo da ira popular, não para prendê-lo. Chegando lá, *Chaplinsky* teria ofendido com inúmeras palavras de baixo calão ao mesmo xerife. Por tal motivo, o agressor foi acusado e condenado por “perturbar a paz pública”, haja vista que suas palavras poderiam levar a resposta violentas dos que estavam sendo ofendidos. *Chaplinsky* apelou à Suprema Corte, todavia, esta manteve, por unanimidade, a decisão condenatória, entendendo que havia uma classe estreita de discurso que não eram abarcadas pela liberdade de expressão, pois quase nada acrescentavam, em termos de ideias defensáveis, ao debate público, entre as quais, a Suprema Corte disse encontrar-se o que denominou de *fighting words*. (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 1942) Destaque-se, por fim, que tal precedente é praticamente “esquecido”, sendo as *fighting words* pouco lembradas na vigente prática constitucional norte-americana. Conferir: (SMOLLA, 1992: 160-162) e (SULLIVAN; GUNTHER, 2001: 1010-1020). Em uma perspectiva que chamaríamos de sarcástica, Charles Lawrence escreve que a “[...] *fighting words doctrine captures the “macho” quality of male discourse. It is accepted, justifiable, and even praiseworthy when “real men” respond to personal insult with violence.*” (LAWRENCE, 1990: 454)

baseada no conteúdo dos discursos proferidos, contrariando a exigência, jurisprudencialmente consolidada, de neutralidade diante da “competição de ideias”.¹⁷⁹

Sintetizando, podemos aferir que

[...] a Suprema Corte norte-americana invalidou a condenação, por entender inconstitucional a lei em questão, mesmo na exegese restritiva adotada pelo Tribunal de Minnesota. Numa decisão tomada por 5 votos a 4 e redigida pelo Justice Scalia, a Corte afirmou que seria lícito ao Estado proibir e penalizar o uso de fighting words, mas não fazê-lo de forma parcial, como no caso, visando atingir apenas determinadas ideias ou concepções repudiadas pela maioria da sociedade. Segundo o Tribunal, o legislador na hipótese em questão pretendia atingir apenas as manifestações de intolerância racial, religiosa ou de gênero, violando, com isso, o seu dever de neutralidade em relação aos diversos pontos de vista existentes na sociedade. (SARMENTO, 2006a: 61)

Destaque-se que esta posição da Suprema Corte encontra-se inserida dentro de todo um arcabouço constitucional no qual prevalece a tese de que se deve desconfiar da intromissão estatal nos assuntos privados, pois o risco desta interferência é maior do que a ausência de regulações e de busca de responsabilizações pelo conteúdo do discurso. Com poucas exceções, a Suprema Corte assume que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, ainda que diante de falas que a sociedade, majoritariamente, não acolha ou concorde. Deste modo, a Suprema Corte tende a ser por demais cuidadosa quando o aparato estatal procura interferir no livre trânsito de ideias, ou seja, a questão de intervenção governamental quanto ao conteúdo do discurso é um dos temas mais polêmicos no cenário norte-americano, prevalecendo a concepção de que quanto menos regulação e restrição melhor, pois o receio maior é abrir brechas para um controle estatal que possa vir a converter-se em *censura*.¹⁸⁰

Com efeito, em *R.A.V.* a Suprema Corte só fez reafirmar tal posição, a qual já podia ser verificada em *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974), na qual lemos que diante da Primeira Emenda, “[...] não existe tal coisa de falsa ideia. De qualquer modo, por mais que uma opinião possa parecer pernicioso, nós não dependemos da consciência dos

¹⁷⁹ Neste sentido, em *R.A.V.*, o Justice Scalia, sempre preocupado com a atuação regulatória e restritiva do estado, ainda que diante de discursos tidos, pela Suprema Corte, como não amparados pelo campo protetivo da Primeira Emenda, como, por exemplo, a obscenidade, salientou que: “[...] *St. Paul's desire to communicate to minority groups that it does not condone the “group hatred” of bias-motivated speech does not justify selectively silencing speech on the basis of its content.*” (*R.A.V v. City of St. Paul*, 1992)

¹⁸⁰ Esta postura também é aferível, por exemplo, em *Snyder v. Phelps* (2011).

juízes ou dos júris para sua correção, porém da competição de outras ideias.” (tradução nossa)¹⁸¹

Também em *Texas v. Johnson* (1989), deparamo-nos com a força desta necessidade do estado ser neutro na perspectiva dominante na Suprema Corte, deixando que a livre concorrência das ideias e visões de mundo demonstre à sociedade, após um robusto debate público, qual deve prevalecer, isto é, “*se existe um princípio fundamental subjacente à Primeira Emenda é aquele que afirma que o Governo não pode proibir a expressão de ideias simplesmente porque a sociedade entende a mesma como ofensiva ou desagradável.*” (tradução nossa)¹⁸²

É este contexto interpretativo que possibilita que um estudioso da liberdade de expressão nos Estados Unidos, como *Rodney Smolla*, escreva que: “*Todas ideias são criadas iguais aos olhos da Primeira Emenda – mesmo aquelas que são universalmente condenadas e que contrariam aos princípios constitucionais.*” (SMOLLA, 1992: 46, tradução nossa)¹⁸³

Segundo esta posição, o só fato de se considerar um discurso radical e ofensivo não legitima restrições à liberdade de expressão, ou seja, o estado não pode pretender escutar só as ideias que mais lhe agradem, pois o mesmo deve pautar-se por uma postura normativa de neutralidade¹⁸⁴ diante das ideias em disputa.

Em termos mais precisos:

A mera oposição a uma ideia nunca é suficiente, por si só, para justificar a redução do discurso. O governo não pode “escolher e pegar” entre as ideias existentes, mas deve sempre manter-se dentro de um “ponto de vista neutro”. (SMOLLA, 1992: 46, tradução nossa)¹⁸⁵

¹⁸¹ “*Under the First Amendment, there is no such things thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas.*” (*Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 1974)

¹⁸² “*If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the Government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable.*” (*Texas v. Johnson*, 1989)

¹⁸³ “*All ideas are created equal in the eyes of the First Amendment – even those ideas that are universally condemned and run counter to constitutional principles.*” (SMOLLA, 1992: 46)

¹⁸⁴ “**Content-based laws** are generally treated as more suspect than **content-neutral laws** because of judicial concern with discrimination in the regulation of expression” (SULLIVAN; GUNTHER, 2001: 956) (destaques nossos). Diga-se, que estas denominadas “Content-Neutral Laws”, são normas que procuram mais “regular” como o “conteúdo” vai ser expresso do que avaliar a “legitimidade” do discurso em si, por isso, a doutrina constitucional estadunidense afirma que: “*Time, place and manner regulations of speech in the public forum represent the largest single example of this type of content-neutral law*” (SULLIVAN; GUNTHER, 2001: 1161).

¹⁸⁵ “*Mere opposition to an idea is never enough, standing alone, to justify the abridgment of speech. Government may not “pick and choose” among ideas, but must always be “viewpoint-neutral”*” (SMOLLA, 1992: 46). Nesta linha, *Erwin Chemerinsky* destaca que: “*The viewpoint-neutral requirement*

Além disso, a Suprema Corte também entendeu que a referida legislação em *R.A.V.* poderia restringir mais até do que seria aceitável, o que a doutrina norte-americana denomina de “*overbreadth*”, que ocorre quando uma legislação estadual ao buscar proscrever um discurso *não protegido* pela liberdade de expressão acaba, reflexamente, banindo discursos ofensivos, porém protegidos, isto é, alguns discursos que se encontram amparados pela Primeira Emenda são atingidos impropriamente pelas restrições.¹⁸⁶

Em síntese, é neste quadro de desconfiança em relação ao papel do Estado, no qual se refuta a aplicação horizontal dos direitos fundamentais e, por conseguinte, as ações positivas por parte dos poderes públicos, que se localiza a questão da relação entre o princípio da neutralidade e as restrições de conteúdo.¹⁸⁷

Em breve parêntesis, devemos observar que esta postura interpretativa é bem caracterizada no emblemático *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley* (1972)¹⁸⁸.

means that the government cannot regulate speech based on the ideology of the message.” (CHEMERINSKY, 2000: 51)

¹⁸⁶ Conferir: (DECKER, 2004).

¹⁸⁷ Daniel Sarmiento, no artigo intitulado *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*, observa que “[A] rigor, a restrição baseada no conteúdo é gênero, de que é espécie a relacionada ao ponto de vista. Não obstante, quando se alude à limitação baseada no conteúdo, trata-se, em regra, de restrição que não discrimina entre pontos de vista diferentes. Seria o caso, por exemplo, de uma lei que proibisse manifestações políticas de funcionários públicos. Qualquer manifestação, ligada a qualquer corrente ou ideologia, estaria vedada. Já a restrição baseada em ponto de vista implica, pelo contrário, em discriminação relativa à posição adotada pelo agente. Retomando o exemplo anterior, seria o caso de uma norma que vedasse manifestações políticas dos funcionários em favor do socialismo, mas que permitisse a defesa de outras ideologias” (SARMENTO, 2006a: 58). Outro exemplo singelo de uma legislação restritiva deste tipo seria uma “[...] law that prohibited anti-war demonstrations in a park, but allowed pro-war demonstrations [...].” (CHEMERINSKY, 2000: 52)

¹⁸⁸ Em poucas palavras, o caso envolvia a condenação, com base em uma legislação restritiva de Chicago, de *Earl Mosley*, com fundamento de que o mesmo havia ofendido a ordem pública ao realizar um *piquete* na porta de uma escola em funcionamento, não obedecendo a distância mínima prevista em lei. Ressalte-se que a mesma norma de Chicago que vedava tal comportamento, permitia tais manifestações quando, além de pacíficas, envolvessem questões trabalhistas referentes à instituição de ensino. A pergunta colocada era se haveria real justificação, por parte do poder público, em distinguir um piquete de outro. Observe-se, que Mosley sempre agiu de modo ordeiro. A decisão considerou inconstitucional tal distinção, já que a mesma teria se guiado pelo ponto de vista expressado, nada tendo a ver com as permitidas regulações sobre *time, place or circumstance*. A relevância de tal caso deve-se à entrada em cena da *Equal Protection Clause* como meio de análise da situação envolvendo o âmbito da liberdade de expressão. Neste precedente, pode-se ler que o governo, ainda mais quando confrontado com o princípio da igualdade, não pode restringir certas visões apenas porque essas são mais controversas do que outras, ou escolher quais discursos são mais proveitosos e produtivos para os debates públicos. Isto é, há uma “*igualdade de status no campo das ideias*” (“equality of status in the field of ideas”), o que impõe, ao estado, que se abstenha de restringir ou responsabilizar o que será dito apenas com base em algum perigo abstrato dos impactos do que se tenciona expor. Em linhas gerais, nas palavras da Corte, “[...] government must afford all points of view an equal opportunity to be heard. Once a forum is opened up to assembly or speaking by some groups, government may not prohibit others from assembling or speaking on the basis of what they intend to say. Selective exclusions from a public forum may not be based on content alone, and may not be justified by reference to content alone.” (*Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, 1972)

Neste caso, o Juiz *Marshall*, escrevendo para a Corte, assentou, com base em inúmeros precedentes, que:

[...] *acima de tudo, a Primeira Emenda significa que o governo não tem o poder de restringir a liberdade de expressão por causa de sua mensagem, ideia, assunto ou conteúdo. [...] Para permitir a contínua construção de nossa política e cultura, assegurando a autorrealização de cada indivíduo, é garantido ao povo o direito de expressar qualquer pensamento, livre da censura governamental. A essência desta proibição da censura é o controle do conteúdo. (Police Dept. of City of Chicago v. Mosley, 1972, tradução nossa)*¹⁸⁹

Ora, não há como negar o fato de que qualquer condicionamento estatal ao exercício da liberdade expressão é uma redução, ainda que indireta, do âmbito do que pode ser dito, pois regular e responsabilizar o falante por suas falas é estabelecer limites que funcionam na aferição da legitimidade do conteúdo exposto.¹⁹⁰ Todavia, se nenhum direito é absoluto, e a liberdade de expressão, em uma democracia constitucional, encontra-se vinculada à noção de reconhecimento dialógico do *outro*, podemos dizer que a legitimidade de legislações que restringem os discursos de ódio revela-se na complexa busca de se garantir não só o mais amplo direito à voz, porém também o direito de não ser humilhado, intimidado e aterrorizado, o que impõe que a historicidade subjacente a qualquer discurso seja tematizada, não reduzindo a igualdade argumentativa ao seu aspecto meramente formal.

Em termos outros, ao vedarmos a análise dos conteúdos dos discursos, em defesa de um *mercado livre de ideias*, o qual exige neutralidade e abstenção estatal na seara das relações privadas, em realidade estamos realizando uma escolha que de neutra não tem nada, pois desconsidera-se que todo conteúdo discursivo é uma construção histórica e social, carregada de simbolismos e de não ditos, o que pode, ao contrário de potencializar a esfera pública de debates, reduzi-la à participação daqueles que possuem maior poder de influência, distorcendo a *livre concorrência argumentativa*.¹⁹¹

¹⁸⁹ “[...] *above all else, the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content. [...] To permit the continued building of our politics and culture, and to assure self-fulfillment for each individual, our people are guaranteed the right to express any thought, free from government censorship. The essence of this forbidden censorship is content control.*” (*Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, 1972)

¹⁹⁰ Cabe lembrar, com o professor da *University of California* (Irvine School of Law), Erwin Chemerinsky, estudioso da Primeira Emenda, que a “*Supreme Court never has defined what constitutes viewpoint discrimination.*” (CHEMERINSKY, 2000: 59)

¹⁹¹ Não devemos nos esquecer que *mercado* e *livre concorrência* sem controle já levaram, em vários momentos da história, a graves e perturbadoras *depressões*. O que nos permite ver que esta defesa do denominado “free marketplace of ideas” é “[...] *more of a superstition than analogy. Economists understand why economic markets are capable of producing some good things and not others; they may produce efficiency, but they may not produce distributive justice or they may undermine distributive*

Nesta linha, retornando a decisão da Suprema Corte em *R.A.V.*, a qual foi “redigida e entregue” pelo juiz *Scalia*, o professor Charles Lawrence ilumina um ponto que nos será extremamente importante, qual seja:

Há muito de preocupante na opinião da maioria exposta pelo Juiz Scalia em R.A.V. Mas é a completa desconsideração com a voz silenciada das vítimas que mais assusta. Em nenhum lugar da opinião majoritária existe qualquer menção à família Jones ou aos seus direitos constitucionais. Em nenhum lugar nos é contada a história da Ku Klux Klan ou o seu uso de cruzes em chamas como ferramenta de supressão do discurso. O Juiz Scalia vira a Primeira Emenda de cabeça para baixo, transformando um ato que pretende silenciar através do terror e intimidação em um convite a juntar-se a uma discussão pública. (LAWRENCE, 1992: 790, tradução nossa)¹⁹²

Pode-se mesmo dizer, ainda na companhia de *Charles Lawrence* (1992: 788-789), que a Suprema Corte não teria analisado o impacto, nem das ações concretizadas pelos apelantes em *R.A.V.*, nem da sua própria mensagem ao decidir o caso, como se os direitos constitucionais dos atingidos pelo discurso do ódio não precisassem ser reconhecidos, contextualizados e traduzidos. A Suprema Corte pareceu mais preocupada com o direito à liberdade de expressão dos perpetradores do ato da “queima da cruz” (*crossburners*), supostamente atingido pela legislação restritiva do estado da Minnesota, do que com os efeitos de sua decisão na família afroamericana (e em toda comunidade) vítima deste tipo de conduta, historicamente discriminatória.¹⁹³

Como bem observa *Daniel Sarmiento*, “[...] o que assombra nestas decisões norte-americanas sobre hate speech não é o que se disse, mas o que se calou” (SARMENTO, 2006a: 62), acrescentando, logo em seguida, ao também refletir sobre o mesmo *R.A.V v. St. Paul*, que:

justice. In the case of the marketplace of ideas, is truth the analogue of efficiency or is it the analogue of justice?” (WALDRON, 2010: 1639) (destaques nossos)

¹⁹² “There is much that is deeply troubling about Justice Scalia’s majority opinion in *R.A.V.* But it is the utter disregard for the silenced voice of the victims that is most frightening. Nowhere in the opinion is any mention made of the Jones family or of their constitutional rights. Nowhere are we told of the history of the Ku Klux Klan or of its use of the burning cross as a tool for the suppression of speech. Justice Scalia turns the First Amendment on its head, transforming an act intended to silence through terror and intimidation into an invitation to join a public discussion.” (LAWRENCE, 1992:790)

¹⁹³ “The Court was not concerned with how this attack might impede the exercise of the Joneses’ constitutional right to be full and valued participants in the political community [...]. Instead, the Court was concerned primarily with the alleged constitutional injury to those who assaulted the Joneses, that is, the First Amendment rights of the crossburners.” (LAWRENCE, 1992: 788-789). Nesta linha, um pouco mais a frente, o mesmo estudioso acrescenta: “The primary intent of the cross burner in *R.A.V.* was not to enter into a dialogue with the Joneses, or even with the larger community, as it arguably was in *Brandenburg v. Ohio*. His purpose was to intimidate-to cast fear in the hearts of his victims, to drive them out of the community, to enforce the practice of residential segregation, and to encourage others to join him in the enforcement of that practice. The discriminatory impact of this speech is of even more importance than the speaker’s intent.” (LAWRENCE, 1992: 796-797)

o máximo que o Tribunal [Suprema Corte] “concedeu” naquele julgamento, pela voz do Justice Scalia, foi a afirmação de que “queimar uma cruz no jardim de alguém é repreensível”. Nem uma única palavra dedicada à igualdade racial ou à necessidade de combate ao preconceito. Um silêncio eloquente... (SARMENTO, 2006a: 62-63)

De tudo exposto, denota-se que a Suprema Corte, em *R.A.V.* (1992), não teria levado a sério todo peso simbólico que uma cruz em chamas representa para a população negra, destinada historicamente a advertir aos negros que eles não são bem-vindos naquele espaço. Mesmo após todo um período de cruel escravidão e de uma injusta e violenta segregação, seriam ainda os afrodescendentes que teriam que arcar com maior parte da conta a ser paga pela liberdade de expressão naquela situação.¹⁹⁴

Se anteriormente, ao buscarmos entender o *presente* em *Brandenburg*, fomos ao *passado* encontrar *Beauharnais*, aqui, temos que sair de 1992, em que *R.A.V.* foi decidido e alcançamos o ano de 2003, no qual encontraremos *Virginia v. Black*, pois, em um caso similar, e ainda que afirmando que a decisão não significava que o precedente firmado em *R.A.V.* estivesse superado, a Suprema Corte, por maioria, alterou, parcialmente, seu posicionamento quanto à “*queima de cruze*”.

Em *Virginia*, como em *R.A.V.*, há condenações por queima de cruz com fundamento, também, em uma legislação local que proibia e sancionava tal comportamento, a qual foi tida, pelos apelantes, *Barry Black, Richard Elliott e Jonathan O’Mara*, como ofensiva a sua liberdade de expressão. Esta legislação foi também derrubada por ser tida como inconstitucional pelos mesmos motivos do paradigmático *R.A.V.*. Isto é, por ser ampla demais, podendo abarcar discursos protegidos, além de não ser neutra, pois teria assumido um dos lados em tensão ou em contenda.

Entretanto, em uma decisão que diríamos “dualista”, já que em *Virginia*, apesar de se considerar a lei estadual inconstitucional por pretender banir *todas* as queimas de cruze (“*to ban all cross burnings*”), as sentenças condenatórias foram mantidas pela Suprema Corte, pois a *queima de cruz* foi interpretada como uma tentativa clara de

¹⁹⁴ Somente uma radical descontextualização torna possível uma interpretação que não reconhece todo o sentido intimidatório e silenciador que uma “cruz em chamas” desvela no cenário estadunidense, pois como salienta *Charles Lawrence* (1992: 787), “*the history and meaning behind the symbol of the burning cross is well known. For more than 125 years racist groups have used this symbol in their terroristic campaigns against the black population*”, concluindo escrevendo que um “*black American would be particularly susceptible to the threat of cross burning because of the historical connotations of violence associated with the act [...]*”, historicidade esta, que será, em parte, recuperada criticamente no precedente *Virginia v. Black*, em 2003, como buscaremos demonstrar adiante.

intimidação à população negra¹⁹⁵, o que permitiria limitar tal expressão simbólica, admitindo-se que, na situação específica, a referida *queima* revelava uma indelével marca histórica de pesadas e sérias ameaças de atos de violência contra os afrodescendentes, o que fazia com que a este ato a Primeira Emenda não fosse aplicada.

A diferença em relação a *R.A.V.* encontra-se, em princípio, na presença literal de membros vinculados a Ku Klux Klan no ato de queimar a cruz, o qual foi realizado em uma fazenda como parte de uma cerimônia organizada pela referida organização, o que, ao que tudo indica, trouxe para dentro do julgamento dimensões da história constitucional norte-americana que em muitos momentos são, oficialmente, tornadas invisíveis, como, por exemplo, as narrativas e experiências de segregação vivenciadas pela comunidade negra.

Redigindo a opinião da maioria, a juíza Sandra O'Connor salientou, em inúmeras passagens, algo que temos procurado realçar, direta ou indiretamente, desde as primeiras páginas do nosso trabalho: a centralidade de não desprezarmos a história, a memória, o poder simbólico, isto é, a possibilidade de construirmos espaços realmente comuns, nos quais as narrativas, tanto as assumidas quanto as emudecidas, possam ter a chance de serem consideradas nos processos decisórios.

Como a referida Justice O'Connor anotou,

[Q]ueimar uma cruz nos Estados Unidos está intrinsecamente entrelaçada com a história da Ku Klux Klan, a qual, desde sua formação em 1866, impôs um reino do terror através do Sul, açoitando, ameaçando e assassinando negros [...]. A Klan tem frequentemente empregado a queima de cruzes como uma ferramenta de intimidação e uma ameaça de violência iminente [...]. Atualmente, entretanto, desconsiderando se é uma mensagem política ou meio de intimidação, a queima de cruz é um “símbolo de ódio”. (tradução nossa)¹⁹⁶

Ainda no mesmo voto, O'Connor, além de destacar que o âmbito protetivo conferido pela Primeira Emenda não é absoluto, pois a própria Suprema Corte, há muito tempo, reconhecia a possibilidade do governo controlar certas categorias de discurso de modo consistente com a Constituição, ressaltou também que, no contexto estadunidense, a queima de uma cruz tinha o sentido de uma “ameaça real” (*true*

¹⁹⁵ Cabe perguntarmos: em *R.A.V.*, não teria havido também uma tentativa de intimidar?

¹⁹⁶ “Burning a cross in the United States is inextricably intertwined with the history of the Ku Klux Klan, which, following its formation in 1866, imposed a reign of terror throughout the South, whipping, threatening, and murdering blacks [...]. The Klan has often used cross burnings as a tool of intimidation and a threat of impending violence [...]. To this day, however, regardless of whether the message is a political one or is also meant to intimidate, the burning of a cross is a “symbol of hate.” (*Virginia v. Black*, 2003)

threat), podendo ser “banida”, pois, como a história nos Estados Unidos mostra, tal ato tem o intuito de intimidar e criar um medo profundo nas vítimas que são o alvo de sua violência.¹⁹⁷

Deste modo, em *Virginia*, a maioria admitiu a tese de que em algumas situações e contextos a queima de madeira pode ser muito mais que simplesmente colocarmos fogo em algum material, abrindo espaço para que a história entrasse no processo decisório. Ou seja, a Suprema Corte, de certo modo, reconheceu, para mais uma vez parafrasearmos Mackinnon, que após a *Kristallnacht*¹⁹⁸, janelas quebradas em casas ou negócios de cidadãos judeus podem ser entendidas ou sentidas como algo muito maior do que somente um vidro quebrado (MACKINNON, 1996: 105)¹⁹⁹, pois as experiências de abuso se fazem sentir, comprovando que, no terreno do humano, nada é tão simples ou trivial.²⁰⁰

Se *Virginia* significa a presença de uma tendência ou apenas uma dissonância no sistema tradicional de aplicação da Primeira Emenda em razão, talvez, da alteração do perfil de alguns dos membros da Suprema Corte ou do maior diálogo com certas premissas constitutivas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é de difícil aferição. Todavia, em virtude dos argumentos abraçados pela maioria, não há como negarmos que a mesma, assim como *Beauharnais*, conforma uma exceção hermenêutica, já que continua sendo uma decisão rara no que tange ao confronto entre as pretensões dos discursos de ódio e a liberdade de expressão.

Como temos buscado demonstrar, a corrente hoje dominante nos Estados Unidos é a que prefere garantir o direito de expressão do falante do que considerar a recepção do conteúdo emitido pela audiência, o impacto das mensagens, em que a historicidade dos contextos é deixada de lado em nome da não intervenção e do princípio liberal da neutralidade do Estado, o que se pode perceber, claramente, por exemplo, em *Brandenburg* e *R.A.V.* acima vistos.

¹⁹⁷ “The protections the First Amendment [...] are not absolute. This Court has long recognized that the government may regulate certain categories of expression consistent with the Constitution [...]. As the history of cross burning in this country shows, that act is often intimidating, intended to create a pervasive fear in victims that they are a target of violence.” (*Virginia v. Black*, 2003)

¹⁹⁸ Reflete uma série de atos de violência praticados por falanges nazistas, em uma noite de novembro de 1938, contra os judeus e suas propriedades na Alemanha, muitas das quais, por terem suas “janelas e vitrines” destruídas, deram o nome ao acontecido, ou seja, *Noite dos Cristais*.

¹⁹⁹ “[...] as if breaking the window of a jewish-owned business in the world after Kristallnacht were just so much breaking glass.” (MACKINNON, 1996: 105)

²⁰⁰ É necessário reconhecer, como faz *Charles Lawrence*, que “in the context of social inequality, these verbal and symbolic acts form integral links in historically ingrained systems of social discrimination. (LAWRENCE, 1992:795)

Este domínio poderia ser verificado em inúmeros precedentes, desde um como *Terminiello v. Chicago* (1949), no qual a Suprema Corte reverteu a condenação do religioso *Arthur Terminiello*, conhecido por discursos pesadamente antisemitas e racistas, o qual, após ver sua condenação por perturbação da paz social ser mantida nas esferas estaduais, apelou à Suprema Corte, tendo seu argumento de que teria sido violado seu direito à liberdade de expressão aceito pela maioria dos juízes²⁰¹, até uma paradigmática situação, como, por exemplo, o denominado caso *Skokie*.²⁰²

Skokie, em termos sintéticos, foi uma situação que envolveu o desejo de alguns membros do Partido Nazista dos Estados Unidos de realizar uma marcha “pacífica” vestindo e portando todos os símbolos tradicionais do nazismo através do vilarejo que dá nome ao caso, o qual era massivamente habitado por judeus, muitos dos quais sobreviventes dos campos de extermínio (SMOLLA, 1992: 154). Visando impedir ou dificultar que a referida marcha passasse por *Skokie*, as autoridades locais aprovaram normativas que inclusive vedavam a distribuição de materiais que incitassem o ódio. (SARMENTO, 2006a: 60).

O NSPA (*National Socialist Party of America*) reagiu arguindo que todos estes atos normativos feriam a Primeira Emenda e seu direito de livre expressão, defendendo o direito a um “*Free Speech for the White Man*”. Na batalha judicial que se seguiu, as referidas legislações que visavam impedir a “marcha” acabaram por serem “*todas declaradas inconstitucionais pela 7ª Circuit Court, por violação à liberdade de expressão*”, em decisão cujo mérito a Suprema Corte recusou-se a examinar.” (SARMENTO, 2006a:60)²⁰³.

²⁰¹ Registre-se que ao contrário de *Terminiello*, em *Feiner v. New York* (1951), caso muito similar, a Suprema Corte manteve a condenação de um estudante universitário (*I. Feiner*), de tendência socialista, em razão do mesmo ter *desafiado* o pedido das autoridades locais para que suspendesse o seu *inflamado discurso* (*inflammatory speech*), pois a audiência que lhe escutava estaria se tornando hostil a suas palavras. Isto é, neste caso, para a maioria da Suprema Corte, a intervenção da polícia para preservar a ordem pública não teria afrontado a *Primeira Emenda*. Esta posição, altamente controversa, em que o risco de uma reação violenta de uma *hostile audience* justificaria “caçar a palavra” do orador é denominada de *Heckler’s Veto*. Tal “veto” é muito criticado, daí toda a sua controvérsia, a qual, por exemplo, conduziu o Juiz *Easterbrook* a escrever uma passagem muito citada, qual seja: “[...] *the police are supposed to preserve order, which unpopular speech may endanger. Does it follow that the police may silence the rabble-rousing speaker? Not at all. The police must permit the speech and control the crowd; there is no heckler’s veto.*” (*Hedges v. Wauconda Community School District*, 1993 - United States Court of Appeals – destaques nossos). Conferir, quanto ao tema, entre outros: (FISS, 1986: 1416-1419) e (Leanza, 2007).

²⁰² Conferir, para a análise do caso: (ROSENFELD, 2001: 22-27) e (SMOLLA, 1992: 154-156).

²⁰³ Ver *Collin v. Smith*, 1978 (7th. Cir.), em que se lê: “*Members of National Socialist party brought action seeking declaration of unconstitutionality of three village ordinances. The United States District Court for the Northern District of Illinois, 447 F.Supp. 676, Bernard M. Decker, J., declared ordinances to be unconstitutional, and village appealed. The Court of Appeals, Pell, Circuit Judge, held that: (1) ordinance prohibiting dissemination of materials which would promote hatred toward persons on basis of*

Registre-se que a Suprema Corte estadunidense, quando foi chamada a debruçar-se sobre o caso, decidiu sobre “questões processuais”. O NSPA alegou, *grosso modo*, que em razão da demora “normal” na análise de seu apelo sobre a inconstitucionalidade das “ordens proibitivas” oriundas da localidade de Skokie pela Suprema Corte do Estado de Illinois, ainda mais sendo denegado o pedido do que chamaríamos de uma “liminar com efeito suspensivo” (*a petition for a stay*), estaria sendo violado seu direito ao *free speech*. A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos foi no sentido de que deveria ser garantido aos apelantes/peticionários, no caso de restrições como as existentes nas legislações em foco, mecanismos de rápida solução das demandas apresentadas, com o intuito de não se denegar direitos por vias “indiretas”.²⁰⁴

Diga-se que o Partido Nazista não conseguiu o reconhecimento de um suposto direito ao “desfile” em *Skokie*, mas entendeu-se, como regra, que este tipo de marcha não poderia ser restringida ou proibida de modo prévio (*prior restraints*), salvo se presentes poderosas garantias processuais (*special procedural safeguards*) (SMOLLA, 1992: 155)²⁰⁵, como que anotando que, do contrário, a neutralidade²⁰⁶ seria comprometida, haja vista que a dita proibição ocorreria com base no conteúdo da mensagem a ser transmitida.²⁰⁷

their heritage was unconstitutional; (2) permit for proposed march could not be denied on basis of anticipated violations of ordinance prohibiting the dissemination of materials which promote hatred toward persons on basis of their heritage; (3) ordinance prohibiting members of political party from assembling while wearing military-style uniform was unconstitutional, and (4) ordinance requiring certain persons seeking to parade or assemble in village to obtain liability insurance in the amount of at least \$300,000 and property damage insurance in the amount of at least \$50,000 could not be constitutionally applied to prohibit proposed demonstration. [...] The judgment of the district court is Affirmed.” Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/collinvsmit.htm>>. Acesso em: 27/10/2015.

²⁰⁴ Como escreve Smolla: “*The United Supreme Court, in a 5-4 decision, held that the First Amendment was violated by failure of the Illinois Supreme Court to provide for either immediate appellate review or a stay of the injunction pending review*” (SMOLLA, 1992: 155). Em resumo, nas palavras da Suprema Corte (*National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 1977): “*It finally determined the merits of petitioners’ claim that the outstanding injunction will deprive them of rights protected by the First Amendment during the period of appellate review which, in the normal course, may take a year or more to complete. If a State seeks to impose a restraint of this kind, it must provide strict procedural safeguards, [...] including immediate appellate review [...]. Absent such review, the State must instead allow a stay. The order of the Illinois Supreme Court constituted a denial of that right.*”

²⁰⁵ “*The Supreme Court did not say that the Nazis had a constitutional right to march in Skokie, but only that they had a constitutional right to be free of “prior restraints” against such a march, unless the prior restraints were accompanied by special procedural safeguards, including swift appellate review.*” (SMOLLA, 1992: 155)

²⁰⁶ Conferir: (MEYER-PFLUG, 2009: 143).

²⁰⁷ Acrescente-se que após a sua vitória jurídica, o NSPA anunciou que tinha desistido de marchar em Skokie, realizando, algum tempo depois, uma manifestação em Chicago, a qual reuniu não mais que trinta nazistas, onde, talvez, a neutralidade do Estado tenha sido posta à prova, pois foi necessário um forte aparato policial para garantir que estes “poucos marchassem” (SMOLLA, 1992: 156). Em realidade, o Partido Nazista tinha conseguido seu intuito, qual seja, provar que possuía o direito, constitucionalmente

Estes dois casos, aliados ao decidido também em *Brandenburg* e *R.A.V.*, nos permitem afirmar que *Virginia* soa como uma mudança importante, mas pontual, pois na maioria esmagadora dos precedentes envolvendo explicitamente discursos de ódio (*hate speech*), a Suprema Corte tem feito prevalecer a voz do falante (*speaker*), desconsiderando, quase que por completo, o que as vítimas teriam a dizer.

Deste modo, indagaríamos se estes casos aqui agrupados, entre outros tantos que poderiam ser lembrados, que sintetizam a posição dominante da Suprema Corte diante dos discursos de ódio, realizam, para todos os envolvidos, os valores e princípios que grande parte da doutrina norte-americana entende e repete, exaustivamente, ser o objetivo da Primeira Emenda, os quais podem ser, sinteticamente, enumerados: realizar autonomia; possibilitar a autorrealização; fazer avançar o conhecimento e a descoberta da verdade através de uma troca vigorosa de ideias de todos os matizes; possibilitar a participação política [que requer acesso ao conhecimento e ao direito de expressão] e, por fim, construir uma comunidade estável, a qual fomente a flexibilidade e que resolva seus conflitos em uma arena aberta ao compartilhamento de ideias, em que cada um possa acreditar neste processo, evitando a necessidade de movimentos violentos para que as transformações ocorram. (EMERSON *apud* MATSUDA, 1989: 2353)²⁰⁸

Nesse horizonte, ainda que os contextos alterem ou diminuam o poder conformador de certas linguagens excessivamente excludentes, a Suprema Corte parece ainda vê-las, ousaríamos escrever, de um modo a-histórico, em que os contextos passam a ser reféns de alguns discursos. Por tal ausência de historicidade, a interpretação da liberdade de expressão pode acabar por transmitir a mensagem de que o sistema constitucional não se preocupa em compreender e situar a dor do *outro*, já que, na maior parte dos casos, qualquer restrição ou responsabilização do exercício deste direito fundamental passa a ser tido como sinônimo de censura e intervenção indevida do Estado.

garantido, de realizar os seus atos publicamente, independentemente dos conteúdos dos discursos que seriam proferidos. Ver também: (ROSENFELD, 2001: 24) e (SARMENTO, 2006a:60).

²⁰⁸ “Thomas Emerson, in his statement of the American position, identifies these values: (1) Self-fulfillment, or the idea that each individual has the right to “his character and potentialities as a human being.” (2) Advancement of knowledge and discovery of truth, through free and vigorous exchange of a wide spectrum of ideas. (3) Participation in political decision making, which requires both access to knowledge and the right to express an opinion. (4) Obtaining a stable community - by resolving conflict in the arena of open exchange of ideas. This promotes flexibility, gives everyone a stake in the process, and avoids the violent movement for change that would result from repression.” (EMERSON *apud* MATSUDA, 1989: 2353)

Como já dissemos, entendemos que trazer o contexto, a historicidade, para dentro do debate sobre o âmbito e o sentido de liberdade de expressão diante de discursos altamente ofensivos impõe uma interpretação que possibilite a responsabilização pelo conteúdo emitido, o que é diverso de censurar, realizando uma horizontalidade dos direitos fundamentais, indo além das posições que se voltam tão somente contra o Estado, haja vista que os discursos de ódio, em sua esmagadora maioria, em cenários como o dos Estados Unidos, são “*patrocinados por pessoas privadas, não pelo Estado.*” (WALDRON, 2010: 1625, tradução nossa)²⁰⁹

Afirmamos, assim, que não há neutralidade possível com relação a tais questões, pois, como antes dito, a própria defesa da neutralidade não é neutra, revelando ser uma opção política que reflete uma concepção liberal de Estado mínimo, de desregulação, de liberdade negativa, tratando a liberdade de expressão como se esta fosse um *bem*, mais do que um *direito fundamental*.²¹⁰

Deste modo, a historicidade dos conteúdos deve ser confrontada, tanto no momento de justificação das leis, quanto em sua aplicação²¹¹, com a dimensão da igualdade, como dispõe o precedente acima citado, *Police Department v. Mosley* (1972). Porém, uma igualdade não reduzida à categoria formal, a-histórica e descontextualizada, pois, assim procedendo, talvez evitemos o risco de ocultarmos, em termos de relações sociais, anacrônicas persistências que se norteiam pela subordinação, opressão e silenciamento de certos setores da sociedade que têm arcado, historicamente, com grande parte do *preço* cobrado pela defesa do mais amplo *free speech* e da aposta de que, a longo prazo, mais e incondicionado discurso é a melhor solução na luta contra os odiosos preconceitos.

Como Charles Lawrence (1990) sinaliza, a Suprema Corte deveria perguntar aos atingidos pelos discursos de ódio o preço que têm pago por garantir o direito amplo de fala, já que as “*liberdades civis destes indivíduos são as que mais diretamente estão em*

²⁰⁹ “[...] *sponsored by private persons, not the State*” (WALDRON, 2010: 1625). O mesmo Waldron adverte, um pouco depois, que: “*We must not be misled into treating hate speech and group defamation as essentially private acts with which governments are perversely trying to interfere in the spirit of mind-control. Hate speech and group defamation are actions performed in public, with a public orientation, aimed at undermining public goods. We may or may not be opposed to their regulation, but we need at least to recognize them for what they are.*” (WALDRON, 2010: 1633)

²¹⁰ Como lembra Waldron: “*A person’s dignity is not just a decorative fact about him or her. It is a matter of status, and as such, it is in large part normative: it is something about a person that commands respect from others and from the state.*” (WALDRON, 2010: 1628)

²¹¹ Conferir, em relação à distinção entre discursos de justificação e aplicação: (GÜNTHER, 1993, 2000).

jogo nos debates travados em torno da liberdade de expressão” (LAWRENCE, 1990: 436, tradução nossa), isto é,

acima de tudo, o que mais incomoda é que não temos escutado estas vítimas reais, tendo mostrado tão pouca empatia ou compreensão com suas feridas, abandonando estes indivíduos cuja raça, gênero ou orientação sexual levam outros a considerá-los cidadãos de segunda classe. (LAWRENCE, 1990: 436, tradução nossa)²¹²

Não obstante tais argumentos e assertivas, pensadores do mais alto nível, como, por exemplo, o já citado Ronald Dworkin, acreditam e defendem a noção, próxima à exposta pela Suprema Corte em *Brandenburg*, de que os discursos de ódio, as ofensas mais extremadas, estão dentro do âmbito protetivo da Primeira Emenda como qualquer outra expressão de temas concernentes à sociedade, pois, do contrário, negaríamos a própria liberdade de expressão, estabelecendo restrições quanto ao conteúdo emitido, o que, na visão destes, seria contraditório com a crença, historicamente assumida nos Estados Unidos, de que o debate público desinibido é a maior garantia que a sociedade possui de que os poderes não serão usurpados.

Nesta linha, Dworkin chega a escrever que a defesa do *free speech* implica que

seria inconstitucional a proibição de formas de expressão que defendessem explicitamente a ideia de que as mulheres devem desempenhar papéis inferiores ou mesmo papel nenhum no comércio e nas profissões liberais, ainda que essas formas de expressão se dirigissem a homens receptivos e atingissem seus objetivos. (DWORKIN, 2006a: 353)

Contudo, explicitando que a perspectiva por nós adotada é confluyente com o que a doutrina americana qualifica como *outsider*, revela ser questionável afirmar que uma interpretação constitucional, como a estabelecida, por exemplo, em *Brandenburg* e *R.A.V.*, e outras que se pautam pela mesma lógica de “tolerar o mais intolerável dos discursos”, pode, efetivamente, possibilitar a autonomia e autorrealização dos atingidos. Ou seja, como compartilhar um sentimento de pertença constitucional com base em argumentos que asseveram que o melhor remédio para se *curar* os piores preconceitos é deixar difundi-los livremente?

Como compartilhar um projeto constitucional aberto e que se propõe inclusivo, com narrativas, disseminadas por cadeias de televisão, como as existentes no caso *Brandenburg v. Ohio*, no qual aos negros e judeus foram dirigidas as maiores ameaças e

²¹² “Above all, I am troubled that we have not listened to the real victims, that we have shown so little empathy or understanding for their injury, and that we have abandoned those individuals whose race, gender, or sexual orientation provokes others to regard them as second class citizens. These individuals’ civil liberties are most directly at stake in the debate.” (LAWRENCE, 1990: 436)

ofensas, sendo, inclusive, apresentada a ideia de uma petição endereçada ao governo para que o mesmo implementasse o retorno destes grupos sociais aos “seus territórios”?

Neste mesmo diapasão, entendemos que, ao desconsiderar a história das vítimas destes discursos, a Suprema Corte, por unanimidade, pode ter enviado uma mensagem de indiferença diante do sofrimento e humilhação que tais grupos passaram ao serem atingidos pelas falas dos atores principais em *Brandenburg*. Além disso, ao reverterem as condenações dos envolvidos, decidindo que eles não tinham incitado a violência, mas que exerceram o direito de defender tal ideia, realizando um discurso político, os juízes da Suprema Corte acabaram por equiparar entidades que exclusivamente pregam um ódio visceral a tudo que lhes pareça estranho, a outras, como, por exemplo, os sindicatos e agremiações políticas socialistas, que não obstante poderem praticar atos violentos, não têm estes, a princípio, como sua característica maior.

Para clarificar tal ponto, devemos realizar outro rápido desvio. No precedente *Yates v. United States* (1957), ele próprio um ponto de virada na jurisprudência do *free speech* aplicável ao pensamento de esquerda, como ainda verificaremos, ocorreu a condenação, na Califórnia, de vários membros do Partido Comunista com base em uma interpretação ampla das disposições do chamado *Smith Act*, o qual considerava conspiração e tornava ilegal defender e ensinar posições como as expressadas pelos membros do citado partido. Segundo a interpretação até então dominante, estas ideias não seriam políticas, pois buscavam subverter a ordem instituída.

Neste caso, a Suprema Corte, surpreendentemente, já que os Estados Unidos começavam a sair do período de caça às bruxas ou da cruzada ao perigo vermelho encabeçado pelo Senador McCarthy²¹³, ampliando a liberdade de expressão, reverteu as condenações impostas aos membros do Partido Comunista, construindo uma outra interpretação do *Smith Act*. A partir daquele momento, a defesa de ideias, mesmo as tidas como “odiosas ou detestáveis” (“*obnoxious*”), salvo se houvesse um incitamento direto a ações ilegais, era protegida pela Primeira Emenda, ou seja, nesta decisão, ainda que não tenha declarado que o *Smith Act* era inconstitucional, a Suprema Corte reduziu-lhe o alcance punitivo.

²¹³ “*Macarthismo*” é o nome dado ao período em que as liberdades públicas nos Estados Unidos foram mais ameaçadas, o qual leva este nome em razão do Senado McCarthy, que conduziu a comissão que investigava a influência comunista na sociedade estadunidense, questionando o patriotismo de todos aqueles que aparentavam serem estrangeiros ou que exerciam atividades estranhas, o que levou inúmeros músicos, escritores, atores, cientistas, professores e tantos mais, a serem *sabatinados*, *delatados* e *caçados* (tempo das triste *listas negras*), até que tivessem conseguido demonstrar sua lealdade com os Estados Unidos. Conferir: (APTHERKER, 1962)

Com efeito, o juiz Harlan escreveu que “*a distinção entre a defesa de doutrinas abstratas e a defesa direta de ações ilegais é uma daquelas que têm sido consistentemente reconhecidas nas decisões desta Corte*”. Por sua vez, o juiz Black, conhecido por sua leitura literal da Primeira Emenda²¹⁴, não obstante não ter nenhum apego pelas ideias socialistas, anotou que a “*Primeira Emenda proíbe o Congresso de punir pessoas por conversarem sobre negócios públicos, se ou não tais discussões incitem a ação, legal ou ilegal.*” (*Yates v. United States*, 1957, traduções nossas)²¹⁵

Interessante salientarmos que alguns anos antes, em caso similar, *Dennis v. United States* (1951), membros pertencentes ao Partido Comunista foram acusados e condenados sob o mesmo *Smith Act*, também por organizarem, defenderem e ensinarem suas ideias marxistas de subversão e derrubada do governo, recorrendo à Suprema Corte por entenderem que suas condenações afrontavam a *First Amendment* e a *Freedom of Expression*. Todavia, os tempos eram outros, dominando um macarthismo pesado, que via um subversivo em cada esquina, em que o “*compromisso com um debate vigoroso e franco*” ainda não era sentido, o que fez com que a decisão da Corte Suprema refletisse inteiramente tal quadro, pois manteve as condenações, aplicando ao caso o teste do “*perigo claro e presente*” (*clear and present danger test*), resultando na interpretação segundo a qual o governo não poderia esperar que o ato revolucionário ocorresse para só então agir. Desta maneira, a Suprema Corte, em *Dennis*, decidiu que a mera defesa organizada de uma ideia, no caso, concepções socialistas de mundo, já constituía crime, sendo ilegal.

Realçamos a coerência do Justice Black e sua interpretação “absolutista” da Primeira Emenda, o qual, em voto dissidente em *Dennis*, acompanhado do Justice Douglas, entendeu que os réus agiram cobertos pela liberdade de expressão. De modo sintético, reunindo certos argumentos destes dois juízes, verificamos que estes registraram, entre outros pontos,

que os petionários [petitioners] do apelo à Suprema Corte não foram acusados de “tentar” derrubar o governo, ou de “agir” com tal intuito. A acusação foi de que eles teriam decidido debater e publicar as suas ideias, ou seja, de ensinar e defender [...]. Além do mais, ainda que se tratasse de uma “literatura ofensiva” [livros de

²¹⁴ Esta postura do Juiz Black fica clara quando este, ao refletir sobre as disposições presentes na Primeira Emenda, escreve que: “*Eu simplesmente acredito que o ‘Congresso não pode editar lei’ significa que o Congresso não pode editar nenhuma lei.*” (BLACK *apud* SARMENTO, 2006a: 57-58)

²¹⁵ “*The distinction between advocacy of abstract doctrine and advocacy directed at promoting unlawful action is one that has been consistently recognized in the opinions of this Court [...]*”. (Justice Harlan); “*The First Amendment forbids Congress to punish people for talking about public affairs, whether or not such discussion incites to action, legal or illegal.*” (Justice Black) (*Yates v. United States*, 1957)

pensadores marxistas], os livros mesmos não eram banidos, podendo ser encontrados na estante da biblioteca, então, por qual razão, o uso deles em sala de aula tornar-se-ia um crime? (*Dennis v. United States*, 1951)²¹⁶

Voltando ao nosso trajeto principal, não há como não concordarmos com argumentos como os expostos pela Suprema Corte de que, em democracias plurais, não devemos temer a explicitação e a defesa de ideias ou visões de mundo. Todavia, tal exigência constitucional seria sinônimo de não responsabilização, de descontextualização, significando uma verdadeira imunização do conteúdo exposto?

Em suma, a Suprema Corte colocou a questão da igual proteção dos discursos com fundamento na neutralidade e abstenção do Estado em intervir na arena pública de debates, ou seja, para permitir, por exemplo, o ensino e a difusão de concepções socialistas e marxistas de mundo, há necessidade também de garantirmos espaços para os discursos racistas mais extremistas que existam, o que não deixa de ser, à primeira vista, um argumento sedutor.

Pensemos, por exemplo, no enorme impacto de *Yates* se comparado com os precedentes oriundos dos primeiros julgamentos realizados pela Suprema Corte que versavam sobre as fronteiras do exercício da liberdade de expressão, nos quais esta foi afastada em nome da *estabilidade da ordem instituída*, sendo o campo protetivo da Primeira Emenda reduzido diante da maior aplicação do chamado *Espionage Act*.

Casos como *Schenck v. United States*, *Debs v. United States*, *Abrams v United States*, também conhecidos como “*Red Cases*”, todos do ano de 1919, além de *Gitlow v. New York* (1925) e *Whitney v. California* (1927)²¹⁷, têm em comum o fato de referirem-se à exposição e defesa de ideias que fugiam do estabelecido: ideias socialistas contra o envolvimento norte-americano nos movimentos sociais que ocorriam na Europa do início do século; contra a presença estadunidense na Primeira

²¹⁶ “*These petitioners were not charged with an attempt to overthrow the Government. They were not charged with overt acts of any kind designed to overthrow the Government. They were not even charged with saying anything or writing anything designed to overthrow the Government. The charge was that they agreed to assemble and to talk and publish certain ideas [...] to teach and advocate the forcible overthrow of the Government. No matter how it is worded, this is a virulent form of prior censorship of speech and press, which I believe the First Amendment forbids*” (Justice Black). “*So far as the present record is concerned, what petitioners did was to organize people to teach and themselves teach the Marxist-Leninist doctrine contained chiefly in four books [...]. If they are understood, the ugliness of Communism is revealed [...]. The opinion of the Court does not outlaw these texts nor condemn them to the fire [...]. But if the books themselves are not outlawed, if they can lawfully remain on library shelves, by what reasoning does their use in a classroom become a crime*” (Justice Douglas). (*Dennis v. United States*, 1951).

²¹⁷ Em *Whitney*, conferir o emblemático voto divergente do Justice *Louis Brandeis*. Ver também: (FARBER; ESKRIDGE JR.; FRICKEY, 1993: 597-607).

Grande Guerra; ideias que criticavam a convocação obrigatória ao serviço militar; que conclamavam os trabalhadores a se unirem e realizarem greves para melhores condições de trabalho; ou que tão-somente criticavam o sistema político vigente.

Em todas estas situações concretas, a Suprema Corte entendeu, majoritariamente, a presença de discursos “conspiratórios”, “inflamados e sediciosos”, que empregavam “linguagem abusiva e desleal”, que teriam chegado ao ponto de ousar equiparar o “*President*” ao “*Kaiser*”, desvelando a possível presença de “*substantive evils*” entre as posições defendidas pelos réus. Isto é, argumentos como os aqui rapidamente elencados acabaram servindo de fundamento para que a Suprema Corte mantivesse a condenação de todos os acusados, imperando o fato de que tais indivíduos, com seus discursos, edificaram um “claro e presente perigo” (*clear and present danger*), para recuperarmos a criação, em *Schenck* (1919), do Justice Oliver Wendell Holmes, o qual justificava as sentenças condenatórias.

Em rápida exposição, *Charles Schenck*, então membro do partido socialista norte americano, foi preso, acusado e condenado nas instâncias inferiores, por conspirar e atentar contra o alistamento militar (*draft*), incitando, através da distribuição de folhetos de propaganda, os homens a não cumprir com as determinações militares. *Schenck* afirmava que o alistamento obrigatório (*Conscription Act*) para as forças armadas seria inconstitucional por contrariar a 13^a. Emenda²¹⁸, a qual dispõe, em sua primeira parte, sobre a proibição da “escravidão” e “servidão involuntária”, conclamando os conscritos a não admitirem e a se oporem ao que os panfletos nomearam de um “crime monstruoso” (“*a monstrous wrong against humanity*”). Alegando que a *Primeira Emenda*, por garantir a liberdade de expressão, teria sido violada quando de sua condenação, *Schenck* recorreu e apelou à Suprema Corte, esperando reverter a pena imposta a ele, afirmando que ele e seu partido tinham tão somente exposto uma opinião a respeito de um tema de interesse público.

Todavia, a Suprema Corte, de modo unânime e, principalmente através dos argumentos desenvolvidos por um de seus mais lendários juízes, o acima lembrado *Oliver Wendell Holmes*, afirmou que em razão da guerra então travada (1^a. Grande Guerra Mundial), a propaganda em tela não estaria protegida pela *Primeira Emenda*, pois poderia criar graves danos aos esforços empreendidos pelo governo no que tange

²¹⁸ **Amendment 13** – Slavery Abolished. 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction. 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

ao confronto militar com a Alemanha. Ou seja, o contexto reduzia o âmbito normativo de proteção que a 1ª Emenda tinha em “*tempos de paz*”, o que tornaria a restrição da liberdade de expressão constitucional, tornando a decisão de condenar *Schenck* válida e definitiva.

Com efeito, aponta-se para o fato de que as circunstâncias dão outro sentido e força a palavras empregadas em um discurso público, as quais podem ser inofensivas em um dado contexto e altamente perigosas em outro, como por exemplo, quando alguém grita “*fogo*” em um cinema lotado, causando grande pânico e criando uma situação de “*claro perigo*”, exemplo este empregado por *Holmes* para demonstrar as suas ideias e legitimar a exceção ao direito de expressão garantido constitucionalmente.²¹⁹

Em suma, *Holmes*, com seus argumentos, procurou demonstrar que não havia uma “imunidade absoluta” quanto à liberdade de expressão, principalmente diante de discursos tidos como “*subversivos*” em tempos de conflitos armados.²²⁰ Contextos “excepcionais” podem demandar restrições também “excepcionais”, haja vista que em jogo estaria a existência da própria nação e de sua segurança.²²¹ Isto é, a perspectiva de um direito fundamental ao exercício de uma expressão livre e sem amarras passou a ser questionada, superando idealizações por demais naturalizadas do âmbito da mesma liberdade, pois a crescente complexidade que a modernidade já produzia tinha começado a tornar-se visível.

O citado *Holmes*, entretanto, em *Abrams* (1919), caso envolvendo a condenação de imigrantes russos em razão destes terem redigido e distribuído panfletos com dizeres contrários à intervenção dos Estados Unidos nos acontecimentos da Rússia revolucionária, abriu uma divergência, **uma posição minoritária** que ampliava o

²¹⁹ Arriscando a nos antecipar, devemos colocar que esta famosa metáfora do “*fire*”, empregada por *Holmes*, foi muito questionada já no caso em análise, haja vista que *Schenck* unicamente defendeu, através de panfletagem, suas concepções sobre um assunto de que a todos dizia respeito, a participação em uma guerra externa, não criando, diretamente com sua conduta, qualquer risco maior para a coletividade, a qual nem “prestou” tanto atenção na mensagem que o mesmo *Schenck* pretendia difundir, mas tais “dados”, entre outros argumentos contrários possíveis, foram desconsiderados pela Suprema Corte quando de sua decisão final.

²²⁰ *Holmes*, com base em precedentes, escreveu que: “We admit that, in many places and in ordinary times, the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done.” (*Schenck v. United States*, 1919)

²²¹ A relação de *como e com que* legitimidade as fronteiras dos direitos fundamentais podem ser estabelecidas em momentos de “rara excepcionalidade” será retomada, com toda força, no período após os atentados terroristas de 11 de setembro 2001, principalmente com a edição do denominado “*Patriot Act*”, o qual subverteu, em demasia, várias das garantias elencadas na Constituição Norte-Americana e no *Bill of Rights*. Para o impacto, nos direitos fundamentais, da legislação antiterrorista norte-americana após o atentado às Torres Gêmeas de Nova York, conferir o detalhado relato de Cristiano Paixão (2004).

alcance do *free speech*, indo além da proteção contra “*restrições prévias*” (previous restraint), posição esta que, em *Brandenburg* (1969), que por sua vez dizia respeito a pregações racistas, passa a ser **majoritária**. Isto é, o que era divergência nos idos de 1920, torna-se, como reconhece Dworkin, “*ortodoxia*” nos anos 60. (DWORKIN, 2006a, 315-316)

Redigindo a opinião majoritária em *Abrams*, o Justice Clarke, fundamentado em uma noção estreita de liberdade de expressão, colocou que as condenações dos envolvidos no caso deviam ser mantidas, haja vista que os panfletos distribuídos deixavam transparecer, como uma “*tendência*”, a possibilidade de que seu discurso gerasse ações contrárias aos interesses militares do país, já que conclamavam os trabalhadores, principalmente os da indústria bélica, a realizarem uma greve geral, visando, com isto, a dificultar as ações do governo norte-americano na Rússia Revolucionária.

Reforçando sua posição, pretendendo demonstrar o risco de discursos políticos como os presentes em *Abrams*, o mesmo Juiz Clarke transcreveu inúmeros trechos dos panfletos, como, por exemplo, a parte em que há um chamado à união dos trabalhadores de todo o mundo em favor de uma “*Revolução Russa que chorava*”²²², o que tornaria esses mesmos panfletos, nos quais o governo dos Estados Unidos era caracterizado como um “*inimigo covarde e hipócrita*”, uma clara e irrefutável evidência de uma tentativa “*revolucionária*” de *derrubar* o governo norte-americano, o que, na interpretação da maioria, justificaria, constitucionalmente, as condenações impostas com base na legislação de combate à espionagem de 1917, afastando a tese do exercício da liberdade de expressão. (*Abrams v. United States*, 1919)

Partindo de uma perspectiva mais ampla da Primeira Emenda, Holmes ressaltou o fato de que o padrão estabelecido pelo “*clear and present danger test*” não deveria ser estendido a todos os casos de crítica pública ao governo e suas instituições, ainda que radical, sendo necessário uma razão mais forte do que uma “*mera tendência*” de que algum perigo acontecesse para justificar a restrição ao “*free speech*”.

Em realidade, como a história mostra, até *Abrams*, Oliver Holmes, como alguns julgados anteriores revelam²²³, entendia a liberdade de expressão de um modo simples e

²²² “The Russian Revolution cries: Workers of the World! Awake! Rise! Put down your enemy and mine! Yes! Friends, there is only one enemy of the workers of the world and that is Capitalism.” (*Abrams v. United States*, 1919)

²²³ Neste sentido, temos, por exemplo, o caso *Patterson v. Colorado*, de 1907, em que se lê, na escrita de Holmes, a partir do chamado “*bad tendency test*”, que: “[...] the main purpose of such constitutional

restrito, protegendo apenas contra a censura prévia. Todavia, neste precedente, Holmes assumiu que a liberdade de expressão era um assunto mais complexo do que poderia parecer, reformulando parte de seus argumentos a partir de uma visão mais garantidora da Primeira Emenda, admitindo que o risco maior para uma democracia constitucional não eram supostos perigos ocasionados por algum discurso político radical e minoritário, mas sim a redução do âmbito de proteção da própria concepção de crítica ao governo estabelecido, tradicional na história de construção dos Estados Unidos.

Holmes, que nunca entendeu a liberdade de expressão como um direito absoluto, havia mudado sua abordagem de como e qual a extensão de aplicação de legislações que restringiam esta mesma liberdade fundamental. Seguindo esta linha de raciocínio, anotou, primeiramente, que,

*os Estados Unidos poderiam, constitucionalmente, punir discursos que produzissem ou intencionassem produzir um claro e iminente perigo que conduziria, de modo imediato, a certos males substantivos, os quais, os Estados Unidos também poderiam, constitucionalmente, buscar prevenir. (Abrams v. United States, 1919, tradução nossa)*²²⁴

Já em um segundo momento, destacou que o “Congresso, certamente, não pode proibir todos os esforços de transformar o espírito do país.” (*Abrams v. United States*, 1919, tradução nossa)²²⁵

Com efeito, com tais pressupostos, Holmes anotou, de modo categórico, que “os acusados tinham tanto direito de publicar os seus panfletos, pelos quais foram condenados a vinte anos de prisão, quanto o governo dos Estados Unidos de publicar a Constituição, a qual era agora invocada em vão pelos “defendants”.” (*Abrams v. United States*, 1919, tradução nossa)²²⁶

Contudo, a marca de Holmes neste voto, dissidente em *Abrams*, que entraria para a história constitucional com toda força, foi a defesa da ideia do já destacado *livre*

provisions [1a. e 14a. Emendas] is “to prevent all such previous restraints upon publications as had been practiced by other governments,” and they do not prevent the subsequent punishment of such as may be deemed contrary to the public welfare.” (*Patterson v. Colorado*, 1907).

²²⁴ “[...] the United States constitutionally may punish speech that produces or is intended to produce a clear and imminent danger that it will bring about forthwith certain substantive evils that the United States constitutionally may seek to prevent” (*Abrams v. United States*, 1919). Diga-se que Holmes ainda escreve que: “[...] nobody can suppose that the surreptitious publishing of a silly leaflet by an unknown man, without more, would present any immediate danger that its opinions would hinder the success of the government arms or have any appreciable tendency to do so”. (*Abrams v. United States*, 1919)

²²⁵ “Congress certainly cannot forbid all effort to change the mind of the country.” (*Abrams v. United States*, 1919)

²²⁶ “In this case, sentences of twenty years' imprisonment have been imposed for the publishing of two leaflets that I believe the defendants had as much right to publish as the Government has to publish the Constitution of the United States now vainly invoked by them.” (*Abrams v. United States*, 1919)

comércio de ideias (“*free trade in ideas*”) como base de toda a sua argumentação contra a decisão da maioria em manter a condenação dos envolvidos. Tal concepção de *mercado*, com raízes ancoradas na filosofia de John Stuart Mill, afirmava que a menor interferência estatal possível na *competição* entre as várias visões de mundo auxiliaria que, no decorrer do processo histórico, as melhores ideias acabassem por predominar, sem tanta necessidade de coação ou imposição.²²⁷

Em Holmes, que se apropria das concepções de Mill, o *mercado de ideias* reúne, além do viés utilitarista, o pragmático, já que essa liberalização do direito de expressão reduziria o impacto de certos discursos indesejados e de restrições desnecessárias. Entretanto, ao contrário do otimismo de Mill em um processo social que teria como fundamento central uma ampla liberdade de expressão que se justificava pela busca da verdade e da maior felicidade individual, os argumentos centrais de Holmes, vinculados também ao pragmatismo norte-americano, eram céticos, e mesmo pessimistas, não assumindo a posição de que a verdade surgiria dos debates públicos entre posturas diversas. (ROSENFELD, 1998: 181)²²⁸

Em outros e sintéticos temos, “*o que une Mill e Holmes, apesar de suas diferenças [...], é a crença de que restringir o mercado de ideias produziria mais danos do que ganhos.*” (ROSENFELD, 1998: 181, tradução nossa)²²⁹

Assim, com base em tais razões, Holmes pôde afirmar, em *Abrams*, que o desacordo sobre o conteúdo de um discurso não era suficiente para uma condenação dos oradores. Isto é, o fato de um discurso não agradar aos ouvidos da maioria não deve, necessariamente, levar à sua exclusão da arena pública de debates. Em realidade, Holmes colocou que em uma democracia as maiorias deveriam acreditar na força deste *mercado livre de ideias*, no embate entre estas, sendo a competição e concorrência uma espécie de filtro seletivo contra os discursos não verdadeiros. (*Abrams v. United States*, 1919)

²²⁷ “But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by **free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market**, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. **That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment.**” (*Abrams v. United States*, 1919) (destaques nossos)

²²⁸ Como ressalta Michel Rosenfeld: “*Although Holmes’s justification of free expression is very similar to Mill’s, the respective reasons that led the two men to embrace the same principle are in sharp contrast. Indeed, whereas Mill is led by optimism and belief in progress, Holmes is driven by skepticism and pessimism. In particular, Holmes is quite skeptical about the possibility of truth.*” (ROSENFELD, 1998: 181)

²²⁹ “*What unites Mill and Holmes in spite of their differences [...] is the belief that constraining the marketplace of ideas would do more harm than good.*” (ROSENFELD, 1998: 181)

Constata-se, neste voto de Holmes, uma ênfase na circunstância de que um discurso não deveria ser, por exemplo, criminalizado pelo seu conteúdo, mas apenas quando o mesmo pudesse causar algum “dano real”, justificando a intervenção estatal nos domínios da liberdade de expressão a partir de um princípio que a doutrina norte-americana denominou de “*harm principle*”²³⁰, pois o fato de uma maioria discordar de um tipo de visão de mundo, de uma verdade ou de alguma posição política, não justificaria restringir ou penalizar estas mesmas visões, verdades e posições.²³¹

Percebe-se, de acordo com a posição então majoritária, contrária a esta esposada por Holmes no precedente *Abrams*, que a trajetória destes primeiros casos que versavam sobre o alcance da Primeira Emenda a chegarem à Suprema Corte, todos envolvendo a presença de discursos socialistas de vários matizes, demonstra a presença de uma *culpabilidade por associação* (*guilt by association*) (PINTO, 2004: 245). Esta representaria uma enorme barreira diante das exigências postas pelos acusados de que sua liberdade de expressão tinha sido violada, tendo como justificativa maior o fato de que os tempos vividos exigiam tal controle. Obstáculo este, como antes exposto, pode ser verificado em *Dennis v. United States*, já nos anos de 1950, o qual, em comum com estes primeiros casos, também dizia respeito à defesa e ao ensino de ideias marxistas.

Assim, a dimensão de ampla proteção do direito ao exercício da liberdade de expressão como configurado na Primeira Emenda, do *mercado livre de ideias*, com a consequente superação da noção de *culpabilidade por associação* não se tornará **majoritária** e aplicável aos discursos de base marxista até *Yates* e, principalmente, até o precedente central no que concerne ao *hate speech*, ou seja, *Brandenburg*.

Em resumo, recorreremos ao inovador trabalho de Cristiano Paixão (2004) para reforçarmos a nossa posição, qual seja,

[E]ssa ideia de “culpabilidade por associação” foi expressamente superada, nos anos de 1960, por decisões da Suprema Corte que estabeleceram uma clara diferença entre discurso e ação. No leading case dessa orientação jurisprudencial, *Brandenburg v. Ohio*, ficou demarcada a diferença entre o teor do discurso – protegido pela liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda – e as eventuais consequências desse discurso. Um cidadão só pode ser responsabilizado criminalmente se o seu discurso tiver conduzido diretamente à prática de uma ação violenta. (PINTO, 2004: 246)

²³⁰ Conferir: (SMOLLA, 1992: 48-50; 164-165).

²³¹ Demonstrando a relevância e os reflexos de vários dos argumentos elaborados por Holmes, em *Abrams*, para a compreensão do alcance do *free speech* nas decisões posteriores da Suprema Corte, temos o fato que: “*While the First Amendment is not an absolute, the neutrality principle is.*” (SMOLLA, 1992: 46)

2.1.2 *Yates e Brandenburg*: “diferenças que fazem diferença”²³² ou “outras formas do mesmo”? ²³³

O caminho até este ponto percorrido, incluindo os pequenos atalhos e desvios realizados, impulsiona-nos a perguntar se ampliar a proteção da Primeira Emenda, por exemplo, para os discursos de fundamento *socialista* e *marxista* é justificativa legítima para permitir e imunizar os discursos de ódio (*hate speech*)? Podem estes últimos, em democracias constitucionais, serem tidos como políticos, em que política, não obstante todas as divergências e conflitos, é entendida enquanto dimensão do “comum”, do compartilhável, da participação em igualdade na diferença, construindo consensos que não excluem dissensos democraticamente estabelecidos?²³⁴

Em termos mais precisos, será que os discursos de ódio não seriam mais efeitos de *mobilização*, podendo possuir um significado diverso de participação democrática, já que o ato de mobilizar pode ocultar uma manipulação, um público privatizado, em que o coletivo transmuda-se em massa, não refletindo uma luta por direitos, mas sim a defesa de interesses de certos grupos ou facções, difundindo e reforçando uma espécie de *lógica de rebanho*, em que se nomeia o mundo de um modo que não admite questionamentos ou dúvidas?²³⁵

Como tivemos oportunidade de salientar, atos violentos e discriminatórios podem vir de qualquer lado, não sendo estes atos exclusividade dos “bárbaros”, já que foi a racionalidade dos “civilizados” europeus que produziu duas grandes guerras mundiais, além de engendrar e institucionalizar o assassinato em massa como meio do exercício do poder. Isto é, na defesa de suas posições, de seus dogmas, homens de diversos espectros políticos foram – e infelizmente ainda são – capazes de cometerem as maiores atrocidades, haja vista que o *Auschwitz nazista* e o *Gulag soviético* tinham a mesma finalidade.

Entretanto, mesmo que partindo de um plano abstrato de análise, ficando na companhia de Derrida dos *Espectros de Marx* (1994), ousamos afirmar que há uma distinção abissal entre o discurso “não aparelhado” de um “certo Marx”, aquele que teve como base a crítica indignada diante do quadro de injustiça social existente no

²³² Noção esta empregada pelo Professor Dr. Menelick de C. Netto em suas aulas, no ano de 2003, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

²³³ A referência aqui é ao título do livro: (ODALIA, 1997).

²³⁴ “A política como ação coletiva pode ser entendida também como um conflito de projetos, no sentido de planos em prática.” (GUSTIN; VIEIRA, 1995: 241)

²³⁵ Neste ponto, agradecemos as explicações e indicações de leitura da Professora Dra. Maria Fernanda Salcedo Repolês. Veja-se também: (GOHN, 1997)

século XIX e outro, de ódio (*hate speech*), venha este de onde vier. Como Arendt (1989) bem escreveu, a expressão de ódio justificou, com fundamento na “natural” superioridade dos “elementos elevados” sobre os “inferiores” (ARENDR, 1989: 160), massacres e genocídios perpetrados no continente africano pelas potências Europeias, como o ocorrido na região do Congo, onde a sua “pacata população” viu-se, em poucos anos, “reduzida de uns 20 milhões para 8 milhões.” (ARENDR, 1989: 215)

Além disso, o conteúdo político de correntes não apenas marxistas, mas também liberais, pode vir a ser lido de modo autoritário, preconceituoso e objetivante, como, por exemplo, em momentos tensos de disputas eleitorais e partidárias. Porém, estes não são odiosos ou racistas em si, sendo representações que procuram conformar a vida, mas que não defendem, como **ponto de partida** para resolução dos conflitos existentes nas sociedades, o terror e a violência, nem propugnam, **explicitamente**, como **única e exclusiva resposta**, o ódio como ação ou arma de realizar este próprio ato de configurar o mundo.

Diga-se que não negamos que qualquer tipo de visão de mundo é capaz de produzir violência, ainda que implícita nas normatividades simbólicas assentadas nas práticas e gramáticas sociais do cotidiano. Entretanto, o que temos buscado salientar, com todos os riscos presentes em tal empreitada, é que há uma distinção entre pretensões normativas que partem do ódio visceral ao *outro*, daquelas que, não obstante poderem ser excludentes, não se constroem com fundamento no mesmo tipo de discurso de ódio.

Assim, entendemos que ao equiparar e manter tal “igualdade”, como forma de conduzir os discursos de ódio à camada protetora do *free speech*, a Suprema Corte estaria desconsiderando, não só o contexto norte-americano e suas perversas persistências, como os casos envolvendo questões raciais nos mostraram, mas também todo um crescente movimento internacional dos direitos humanos. Tal movimento, como ainda abordaremos, baliza-se pelo repúdio a todas as formas de discriminação, na linha da chamada *Declaração de Durban* de 2001, a qual reafirmou o compromisso da comunidade internacional de promover, através de medidas efetivas, os princípios da igualdade e da não-discriminação.²³⁶

A resposta a tais críticas e posicionamentos, em grande medida, passa por argumentos que lembram que quando se permitiu ao governo entrar e “gerenciar” quais

²³⁶ World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (A/CONF.189/12). Disponível em <<http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>>. Acesso em: 22/10/2013.

conteúdos podiam ou não participar na competição do *mercado livre de ideias*, produziram-se decisões como as dos primeiros casos julgados no início do século XX pela *Supreme Court* e, posteriormente, no fenómeno autoritário do *macarthismo*, o que comprovaria, na visão daqueles que defendem a mais ampla e irrestrita liberdade de expressão nos Estados Unidos, que a exigência de abstenção e neutralidade é a maior garantia da liberdade de expressão em uma democracia plural.

Como expõe Fiss,

[B]asicamente, a tradição da liberdade de expressão pode ser entendida como uma proteção ao orador da esquina de uma rua. Um indivíduo que sobe em uma caixa vazia em uma esquina de uma grande cidade, começa a criticar as medidas do governo e é então detido por perturbar a paz. Neste contexto, a Primeira Emenda é concebida como uma couraça, como um meio para proteger ao orador individual da possibilidade de ser silenciado pelo Estado. (FISS, 1997: 21, tradução nossa)²³⁷

Esta desconfiança demonstrada diante do papel do Estado, na dimensão das relações entre particulares, revela um medo, diríamos nós, liberal, de que, se forem permitidos controles públicos de conteúdo mais amplos, tirando esta seleção da sociedade, o risco é de que, ao invés de termos, por exemplo, maior proteção aos grupos atingidos pelos discursos de ódio, seja potencializado o fechamento da identidade constitucional por escolhas impostas pelo Estado, isto é, que a censura seja instalada.

Slippery slope é o argumento que nomeia tal cenário, no qual se for autorizado ao governo restringir os discursos racistas ou extremistas, algum dia poderiam ser também impedidos outros discursos, como, por exemplo, os que criticam os programas de inclusão social adotados pelo poder público, fazendo com que o potencial crítico do discurso seja perdido. Isto é, se a Suprema Corte, no que se refere ao *free speech*, fizesse pequenas concessões hoje, ainda que, à primeira vista, pareçam legítimas e necessárias, como responsabilizar os discursos racistas, isso não impediria que amanhã outros conteúdos viessem a ser também proibidos ou criminalizados.²³⁸

²³⁷ “Básicamente, la Tradición de la libertad de expresión puede entenderse como una protección del orador de la esquina de una calle. Un individuo se sube a una caja vacía en una esquina de alguna gran ciudad, comienza a criticar las medidas políticas del gobierno y es detenido entonces por quebrantar la paz. En este contexto, la Primera Enmienda se concibe como una coraza, como un medio para proteger al orador individual de la posibilidad de ser silenciado por el Estado.” (FISS, 1997: 21)

²³⁸ Neste sentido, *Eric Lode*, após anotar que o pensamento *Slippery Slope* joga um papel central no debate jurídico-constitucional estadunidense, o que inclui temas referentes aos limites do *free speech* (1999: 1471-1472), destaca, recuperando argumentos de *Frederick Schauer*, quando o mesmo refletiu sobre o acima visto precedente *Skokie*, que o ponto crucial na decisão deste último caso, “[...] was not that freedom of speech in theory ought to protect the Nazis, but rather that denying free speech protection to the Nazis was likely to start us down a slippery slope, at the bottom of which would be the denial of protection to even those who, in theory, ought to be protected”. (SCHAUER apud LODE, 1999: 1472)

É como se a atual posição dominante na Suprema Corte dissesse que, melhor ouvirmos palavras altamente humilhantes e degradantes do que não ouvir palavra nenhuma, isto é, como afirma Mackinnon, ao criticar tal perspectiva, como se a saída colocada, pelo “*amor a liberdade*” (*Love Of Liberty*) diante do *hate speech* fosse “[...] *desviar os olhos ou deixar crescer uma pele mais grossa.*” (*averting the eyes or growing thicker skin*) (MACKINNON, 1996: 76)

Nesta mesma linha crítica, Mary Matsuda ensina que a visão *slippery slope* afirma que,

se banirmos uma organização repugnante aos valores democráticos como a Ku Klux Klan, então nós podemos banir o Partido Comunista pelos mesmos motivos. Admitindo que uma exceção nos levará a outra e assim por diante, até que aqueles no poder estejam livres para abafarem a oposição, tudo em nome da proteção dos ideais democráticos. (MATSUDA, 1989: 2352, tradução nossa)²³⁹

A esta altura, poderíamos até ser seduzidos por tal posição, afinal, se assumimos que a base das atuais democracias constitucionais é o pluralismo de visões de vida, o estabelecimento de fronteiras para que este possa ser expressado soa, em princípio, como um contrassenso. Todavia, em nossa perspectiva, pouco teria efetivamente se alterado entre os primeiros casos envolvendo discursos socialistas e a proteção aos discursos de ódio, pois, principalmente, nos precedentes das primeiras décadas do século XX, a censura por parte do pensamento dominante foi clara, simplesmente proibindo que a divergência fosse apresentada, tanto assim que neste período a postura de uma quase irrestrita liberdade de expressão era, ela própria, minoritária.

Este quadro parece mudar a partir, principalmente, de *Brandenburg v. Ohio* (1969), quando analisado um caso de ofensa racial, no qual a Suprema Corte amplia a proteção da Primeira Emenda, superando a censura dos casos iniciais. Ou seja, a posição minoritária diante de propostas socialistas de mundo torna-se majoritária e quase indiscutível, quando confrontada com visões radicalmente excludentes, que se guiam por posturas nas quais imperam a noção de supremacia racial e, por consequência, também social de alguns, quase sempre brancos, os quais, direta ou indiretamente, sempre estiveram representados dentro da visão dominante na história constitucional norte-americana.

²³⁹ “*If we outlaw the Ku Klux Klan as an organization repugnant to democratic values, then we can outlaw the Communist Party for the same reasons. Admitting one exception will lead to another, and yet another, until those in power are free to stifle opposition in the name of protecting democratic ideals.*” (MATSUDA, 1989: 2352)

Em outros termos, a mudança de posição da Suprema Corte em *Brandenburg* pouco afetou a estrutura constitucional no que tange ao alcance da liberdade de expressão, pois acabou por favorecer o grupo social que sempre predominou na sociedade dos Estados Unidos, o qual, historicamente, por ter maior acesso às facilidades públicas, devido a seu poder econômico e político mais avantajado do que outros setores sociais, acabou por conformar o modo como as relações sociais foram estruturadas.

Desta maneira, a postura ampliativa que era divergente, ao se tornar majoritária, viu seu papel transformador perder potencial, pois se no primeiro cenário, dos casos socialistas, ela era quase subversiva diante do estabelecido, no segundo, dos discursos de ódio, passa a ser muito mais um mecanismo de manutenção deste mesmo estabelecido, ou seja, quando a liberdade é “[...] somente para os partidários do governo, para os membros de um partido, por numerosos que sejam, não é liberdade. Liberdade é sempre a liberdade daquele que pensa de modo diferente.” (LUXEMBURGO *apud* GUSTIN; VIEIRA, 1995: 373)

Daí que a exigência de neutralidade e não intervenção dos poderes públicos no campo do discurso livre pode acabar por acobertar escolhas não passíveis de serem explicitadas em ambientes que se assumem como democráticos e constitucionais, isto é, a própria neutralidade e abstenção podem ser identificadas como opções não neutras.

Em *Wisconsin v. Mitchel*, caso citado e trabalhado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009: 145), esta “opção”, diríamos nós, “assimétrica” de aplicação do direito, a qual não é abertamente assumida, talvez possa ser visualizada. O citado precedente envolveu um infeliz acontecimento de violência, um rapaz branco fora agredido por jovens negros que tinham acabado de ver um filme, *Mississippi em Chamas*, que aborda a questão do racismo durante o período de luta do movimento de direito civis e da segregação.

Em razão desta agressão, os jovens negros foram condenados, sendo que havia uma legislação contra crimes de ódio existente em Wisconsin, a qual agravava a pena de prisão quando o crime tivesse sido realizado em virtude da cor, orientação sexual, religião ou raça, entre outras características pessoais, por isso os jovens negros tiveram sua pena aumentada.

Após apelo à Corte Suprema estadual, esta considerou inconstitucional referida legislação, já que entendia que a mesma acabava por realizar um controle prévio do

conteúdo das expressões que motivaram o ataque ao jovem branco, o que afrontaria a Primeira Emenda.

Todavia, ao alcançar a Suprema Corte dos Estados Unidos, o caso teve uma expressiva reviravolta, já que esta instância máxima entendeu, de modo unânime, que a decisão estadual era nula, pois o *free speech* não abarcaria a violência e “[...] *que a intenção do agente integra o elemento do crime.*” (MEYER-PFLUG, 2009: 145)

Ao completar as análises deste caso, a mesma Samantha Ribeiro Meyer-Pflug anota que “[O] sistema americano tem utilizado como combate ao discurso do ódio o emprego de mais liberdade de expressão [...]” (MEYER-PFLUG, 2009: 145), só que os grupos sociais destinatários destes mesmos discursos de ódio, como salienta Owen Fiss, não possuem força nem influência normativa suficiente para, no contexto, responderem a estes discursos (FISS *apud* MEYER-PFLUG, 2009: 145), em que a saída do tipo quanto mais discurso e menos limites melhor, pode soar não só como uma indiferença histórica diante dos efeitos do ódio expressado, como também resultar no oposto do pretendido. Isto é, os atingidos não só não conseguem se fazer ouvir, como, ironicamente, acabam sendo silenciados pelo fomento do direito fundamental da liberdade de expressão.

Em linha próxima, também Michel Rosenfeld destaca que “[...] *a jurisprudência norte-americana sobre a Primeira Emenda, com bastante consistência, resultou em supressão do discurso extremista vindo da esquerda e em tolerância da propaganda de ódio perpetrada pela extrema direita.*” (ROSENFELD, 1998 189, tradução nossa)²⁴⁰

Dialogando com um pensador como Herbert Marcuse (1965), podemos visualizar que esta maior tolerância com certos discursos, ao invés de potencializar o diálogo e o reconhecimento dos diferentes como iguais, pode conduzir a democracia a manter e, até mesmo, ampliar os espaços silenciados, ou seja, o caráter originalmente revolucionário do direito da liberdade de expressão contra o absolutismo, quando apropriado pelo pensamento liberal clássico, pode transformar-se, *grosso modo*, em seu oposto, mantendo o assentado e não questionando certas hierarquias sociais naturalizadas.

Em suma, “*quando a tolerância serve principalmente à proteção e preservação de uma sociedade repressiva, quando ajuda a neutralizar a oposição e a imunizar os*

²⁴⁰ “[...] *American First Amendment jurisprudence has fairly consistently resulted in suppression of extremist speech coming from the left and in toleration of hate propaganda perpetrated by the extreme right.*” (ROSENFELD, 1998: 189)

homens contra outras e melhores formas de vida, então acha-se pervertida.” (MARCUSE, 1965: 111, tradução nossa).²⁴¹

Assim, esta tradição de proteger o *homem da esquina* do poder estatal, se era transformadora em seus primórdios, na atualidade, de um mundo em rede, interligado, em que as mensagens são transmitidas quase em tempo real, desconhece que ao mesmo Estado se exige prestações positivas, de fomento e equilíbrio do *mercado livre*, bastando recuperarmos as questões já postas sob o poder de influenciar que as grandes corporações e conglomerados de comunicação social podem desvelar, alguns dos quais, com poder de voz maior do que o próprio Estado.

Talvez, para voltarmos a empregar uma metáfora de base econômica, a Suprema Corte e parte do pensamento constitucional norte-americano, os que aqui nomeamos de liberais²⁴², no que se refere ao campo de incidência da liberdade de expressão, precisassem de mais pensamentos “*cepalinos*” e menor influência dos chamados *Chicago Boys*, isto é, mais Keynes e Celso Furtado e menos Milton Friedman²⁴³. O Estado, então, tem que deixar de ser apenas fonte de risco e assumir seu papel de fomento, superar visões monopolizadas de verdade, abordando assimetrias entre os atores sociais, transcendendo assim a concepção do *laissez-faire* e do papel regulador da “*mão invisível do mercado*”. Ressalte-se, aqui, que até mesmo o liberal Adam Smith, ainda que em pequena escala, admitia que o Estado tinha um papel a desempenhar.

Em termos mais diretos, trazemos a memória o fato de que a

²⁴¹ “*When tolerance mainly serves the protection and preservation of a repressive society, when it serves to neutralize opposition and to render men immune against other and better forms of life, then tolerance has been perverted.*” (MARCUSE, 1965: 111)

²⁴² A nítida posição liberal pode ser exemplificada pelo relatório de uma comissão da Universidade de Yale, no ano de 1975, formada para estudar e analisar os casos de *discursos racistas* no Campus, e se os mesmos deveriam ser restringidos ou não, a qual concluiu que: “[...] *if expression may be prevented, censored or punished because of its content or because of the motives attributed to those who promote it, then it is no longer free.*” (SMOLLA, 1992: 158) Aproveita-se para salientar que a questão da liberdade de expressão e de sua regulação na área universitária (*Campus Codes*) diante de discursos de ódio é um ponto muito debatido nos Estados Unidos. Conferir: (LAWRENCE, 1990) e (DELGADO, 1991).

²⁴³ Ainda que de modo superficial, esclareça-se que o epíteto “*cepalinos*” refere-se aos pesquisadores vinculados à “Comissão Econômica Para América Latina”, instituição regional das Nações Unidas, a qual se caracteriza por produzir um pensamento econômico crítico diante dos pressupostos do liberalismo, propondo medidas protetivas e um papel mais ativo do Estado diante das desigualdades sociais, prevalecendo, em princípio, as ideias de Keynes, tendo como um dos seus expoentes o economista brasileiro Celso Furtado. Já os denominados “*Garotos de Chicago*” são os defensores ferrenhos do “livre mercado”, em que emerge a figura de Milton Friedman, professor da Universidade de Chicago, onde “regular” aos atores privados é rejeitado quase que inteiramente, sendo que tal vertente, principalmente nos anos 70 e 80 do século passado, exerceu forte influência em governos como os de Margaret Thatcher (Grã-Bretanha), Ronald Reagan (Estados Unidos) e de Pinochet (Chile). Neste ponto devemos agradecer aos esclarecimentos prestados por João Prates Romero, doutorando em Economia na Universidade de Cambridge/Departamento Land Economy, Reino Unido.

[...] *concepção de um mercado Americano de ideias foi construída conjuntamente com a noção de inferioridade racial dos não-brancos como mercadorias baratas [...]. Desde então, o racismo tem sido mantido, sustentavelmente, como o ramo mais ativo deste negócio. [...] O racismo torna as palavras dos negros e outras minorias algo menos rentável.* (MATSUDA apud LINZER, 1991: 207-208, tradução nossa)²⁴⁴

Sob pena de nos alongarmos em demasia, não obstante o enorme material e debate existente nos Estados Unidos sobre a liberdade de expressão e os discursos de ódio, devemos, mais uma vez, assumir os riscos e realizar um recorte final neste momento do nosso trabalho. Isso nos faz destacar que, no cenário estadunidense, de tudo o até aqui exposto, podemos retirar uma conclusão parcial que, no devido momento, demonstrará sua relevância para nosso tema, qual seja, de que existe uma forte tensão entre os sentidos atribuídos à liberdade (Primeira Emenda) e à igualdade (Décima Quarta Emenda), em que os defensores da primeira, em uma abordagem unidimensional, enfatizam a preferência desta diante das questões em jogo, o que exigiria neutralidade e não intervenção do Estado.

Já aqueles que colocam que a liberdade de expressão só pode ser realmente compreendida se levarmos a sério a cláusula geral de igualdade, redescobrimo a 14ª. Emenda, afirmam que, para que isto venha ocorrer, faz-se necessário trazermos as narrativas dos atingidos pelos discursos de ódio para dentro não só dos debates acadêmicos, mas que também as mesmas possam emergir dos argumentos judiciais. Esses são os chamados, em sua maioria, de *outsiders*, muitos dos quais foram aqui empregados, mas há pensadores, não tão radicais, como Bruce Ackerman, que também enfatizam tal dimensão histórica, afirmando que, se perguntarmos, por exemplo, aos negros, mulheres, judeus, homossexuais, hispânicos e outros grupos vulneráveis, sobre o que pensam sobre a história constitucional dos Estados Unidos, os mesmos concordarão que “não há nada de especial nela” (*There is nothing exceptional about American constitutional history [...]*). (ACKERMAN, 1991: 315)

Assim, encontraremos autores que afirmam que a não interferência do Estado nos assuntos privados, corporificado na neutralidade diante de qualquer conteúdo exposto, de toda pretensão normativa levantada, contribui para o fortalecimento da própria democracia e da autonomia individual, haja vista que, só assim, na posição

²⁴⁴ “*The idea of an American marketplace of ideas was founded with the idea of racial inferiority of non-whites as cheap commodities. [...] Ever since, racism has remained, arguably, the market's most active item of trade. [...] Racism makes the words of blacks and other minorities less saleable.*” (MATSUDA apud LINZER, 1991: 207-208)

adotada, por exemplo, pelos liberais, nenhum modo de vida (*way of life*) em especial será favorecido ou privilegiado, onde o debate franco e aberto é que fará a seleção do que manter e do que descartar. Como lembra *Gisele Cittadino*, para esta postura liberal, “[...] *a neutralidade estatal é uma exigência que decorre do próprio pluralismo.* (CITTADINO, 2000: 06)

É nesta vertente que podemos encontrar Ronald Dworkin, quando o mesmo escreve que:

Grande parte da pressão a favor da censura nas democracias contemporâneas não é gerada por tentativa oficial de ocultar segredos do povo, mas pelo desejo de uma maioria de cidadãos de silenciar aqueles cuja opinião desprezam. Essa é uma aspiração de grupos que querem, por exemplo, leis que evitem marchas neonazistas ou desfiles racistas com os participantes vestidos com lençóis brancos. Mas tais leis desfiguram a democracia, pois, se uma maioria de cidadãos tiver o poder de recusar a um concidadão o direito de expressar sempre que considerar suas ideias perigosas ou agressivas, então ele não é um igual na competição argumentativa pelo poder. (DWORKIN, 2005: 514)²⁴⁵

Na mesma linha, também temos Rodney Smolla, o qual coloca, mesmo após reconhecer todo o sofrimento que os discursos de ódio provocam, que

[E]m uma sociedade justa, a razão e a tolerância devem triunfar sobre o preconceito e o ódio. Mas este triunfo é melhor alcançado através da educação, não da coerção. Tolerância que deveria ser a voz dominante no mercado de ideias, porém que não deveria apropriar-se desse mercado previamente. (SMOLLA, 1992: 169, tradução nossa)²⁴⁶

Susan Gellman, em “*Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence?*” (1991), também compartilha uma postura próxima à de Dworkin e Smolla, já que defende a tese de que restrições aos discursos de ódio, dentro do quadro histórico-constitucional norte-americano, são inconstitucionais em princípio,

²⁴⁵ Em outro texto, de 2006, extremamente provocativo, o mesmo Dworkin, ao refletir sobre possíveis impactos, no *free speech*, da postura de parte da imprensa anglo-saxã de não republicar os *cartoons* dinamarqueses que tinham sido considerados ofensivos pela comunidade muçulmana, partindo de um suposto “*direito de ridicularizar*” (“Right to Ridicule”), coloca que: “[...] in a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended. That principle is of particular importance in a nation that strives for racial and ethnic fairness. If weak or unpopular minorities wish to be protected from economic or legal discrimination by law – if they wish laws enacted that prohibit discrimination against them in employment, for instance – then they must be willing to tolerate whatever insults or ridicule people who oppose such legislation wish to offer to their fellow voters, because only a community that permits such insult as part of public debate may legitimately adopt such laws.” (DWORKIN, 2006b)

²⁴⁶ “*In a just society, reason and tolerance must triumph over prejudice and hate. But that triumph is best achieved through education, not coercion. Tolerance should be a dominant voice in the marketplace of ideas, but it should not preempt that marketplace.*” (SMOLLA, 1992: 169)

não obstante reconhecer os danos pelos mesmos causados aos atingidos. A referida pensadora segue a mesma trilha do alto custo da liberdade e da não comprovação de que maior responsabilização ou penalização tenha algum efeito prático sobre discursos de ódio e exclusão, demonstrando maior preocupação com a possibilidade do governo controlar a expressão de pensamentos que lhe são críticos ou desagradáveis aos ouvidos da maioria, argumentando que a resposta ao ódio não pode ser o aumento da participação governamental no discurso público, pois, em sua visão, estaria sendo aberta uma perigosa porta para abusos estatais.

Assim como os outros dois autores citados, Susan Gellman não se aprofunda sobre os aspectos dos discursos de ódio nas relações entre participantes privados, sobre os impactos por estes provocados, sendo a liberdade de expressão entendida quase que exclusivamente em sua dimensão negativa, em que o poder estatal é, como já dito, o *vilão* a ser observado e limitado.

Ora, como entendemos ter demonstrado, muito do que pensadores como Dworkin, Smolla e Gellman colocam só pode ser iluminado e visualizado quando inserimos os mesmos nos contextos dos debates travados, indagando-nos com quem eles debatem e sobre quais pressupostos. Isto é, o que está nas entrelinhas pode vir à tona quando dialogamos com a *outra* parte das discussões, pois nem Dworkin ou Smolla refletem e escrevem a partir e para o vazio, mas ao contrário, são, como todos nós, enraizados e datados, herdeiros e legatários, contemporâneos, mas não presos ao seu tempo presente.

É nesta parte *adversa* da disputa pelo sentido e alcance da liberdade de expressão que encontraremos, entre tantos, os aqui trabalhados Richard Delgado, Mary Matsuda, Charles Lawrence e Catharine Mackinnon, cada um dos quais possuindo suas próprias particularidades²⁴⁷, mas tendo em comum a crítica veemente aos postulados

²⁴⁷ Apenas a título exemplificativo, podemos colocar que *Catharine Mackinnon* (1984, 1996) ressalta o potencial hierarquizante e silenciador que a pornografia possui em relação à posição e ao papel social esperado das mulheres, objetivando e subordinando-as diante de uma suposta prevalência da visão machista de mundo. Para Mackinnon, muito mais que algo abstrato, a pornografia, no contexto norte-americano, é tida como prática política, o que faz com que a referida pensadora lute por uma interpretação confluyente da Primeira Emenda com a Décima Quarta Emenda. Já *Mary Matsuda*, principalmente através do seu influente artigo *Public Response To Racist Speech: considering the victim's story* (1989), e *Richard Delgado* (1982, 1992), não obstante reconhecerem o impacto dos discursos de ódio em várias minorias, enfatizam a questão racial em sociedades plurais, sendo que Matsuda também aborda a posição dos Estados Unidos diante das propostas internacionais de combate ao *hate speech*. Por fim, em rápidas palavras, podemos aferir que *Charles Lawrence* (1987, 1990, 1992) realiza o que denominaríamos de uma criativa construção, constitucionalmente adequada, do precedente *Brown v. Board of Education* (1954), empregando um caso que, a princípio, não se refere à liberdade expressão, como um parâmetro possível para legitimar a restrição dos discursos de ódio, reconstruindo, a partir da *cláusula de igual proteção*

liberais, a posições como apresentadas, por exemplo, pelos referidos Smolla e Dworkin.²⁴⁸

Assim, diante das mencionadas posições majoritárias que vinculam o combate ao discurso e a difusão de todos os racismos existentes a *mais discurso e menor restrição*, já que para seus defensores, o risco destas restrições seria tornar invisíveis as manifestações extremistas, o que acabaria por permitir que o governo determinasse a pauta de debates, os *outsiders* procuram mostrar, na história, que este mesmo risco de invisibilidade está presente quando a decisão é não agir, deixando tudo para o discurso público, já que o acesso a este público revela ser assimétrico, sendo então a presença ativa do Estado requerida como forma de equilibrar o poder de influenciar que as falas dos distintos participantes possuem.

Em outras palavras, realizando uma breve síntese, os discursos de ódio, ainda mais em contextos historicamente conformados por uma contínua sobreposição de representações negativas de certos grupos, acabam refletindo uma construção social hierarquizada baseada em estereótipos e estigmas naturalizados, o que, “*frequentemente*”, torna a máxima do “*mais discurso*” (“more speech”) “[...] *inútil porque pode provocar somente mais abuso ou porque o agressor* (“the insulter”) *encontra-se em posição de autoridade em relação à vítima.*” (DELGADO, 1982: 146, tradução nossa)²⁴⁹

Deste modo, podemos perceber que a

doutrina convencional da Primeira Emenda começa a dar sinais de extenuação. Grupos outsider e mulheres argumentam que o direito ao discurso livre não protege aos mesmos adequadamente diante de

como aplicada em *Brown*, a distinção, tão forte e presente no cenário da jurisprudência da Suprema Corte, no que se refere ao *free speech*, entre o público e o privado, em que, majoritariamente, o último é visto como imune a qualquer interferência do Estado nas relações inter-particulares, isto é, *Brown*, ao decidir que escolas segregadas ferem a “equal protection clause”, encaminhou um sinal de que esta mesma igualdade deve ser considerada quando o que está em jogo são discursos de ódio e o estabelecimento de restrições ao alcance protetivo da Primeira Emenda.

²⁴⁸ Nesta passagem não há como nos furtarmos de anotar que Ronald Dworkin, defensor da mais ampla liberdade de expressão, aplicou a si próprio suas posições, pois, não obstante o mesmo ter tido na *outsider* Catharine Mackinnon uma forte opositora de suas ideias, a qual, em alguns momentos, explicitou suas divergências com Dworkin de maneira até mesmo áspera e passional, não se viu silenciada pelo mesmo filósofo do direito, haja vista que este último, em sua obra “*O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*” (2006), abriu todo um capítulo, intitulado “*As palavras de Mackinnon*”, no qual, ao buscar contrapor-se às críticas a ele dirigidas pela citada professora estadunidense, fez questão de expor aos seus leitores as concepções defendidas pela sua oponente, mesmo quando estas lhe atacavam diretamente, procurando, como sempre defendeu, *contrapor discurso com mais discurso, mais debate*.

²⁴⁹ “*‘More speech’ frequently is useless because it may provoke only further abuse or because the insulter is in a position of authority over the victim.*” (DELGADO, 1982: 146)

certos tipos de sofrimento. (DELGADO; STEFANCIC, 1992: 1258, tradução nossa)²⁵⁰

Estes críticos buscam colocar os Estados Unidos *dentro* do mundo, não fora dele, como algumas posições da Suprema Corte parecem querer realizar, procurando inverter o vetor interpretativo da Primeira Emenda, possibilitando que as vítimas dos discursos de ódio possam compartilhar as suas experiências, traduzir suas narrativas, quebrando o silêncio de uma abordagem descontextualizada, excessivamente abstrata e formal da igualdade, fazendo com que as fronteiras da liberdade de expressão possam significar reconhecimento constitucional, não manutenção de mordanças.²⁵¹

Abre-se, neste ponto, a possibilidade de visualizarmos que as experiências vividas, no decorrer do processo histórico de aprendizagem, revelam que a exigência de que o Estado seja neutro pode apresentar-se como uma perversa ficção, pois se pensarmos no contexto atual, ainda que em ambientes dominados por posições liberais como as aqui expostas, verificaremos que este mesmo Estado tem interferido cada vez mais nos assuntos privados, quase sempre visando controlar os dissidentes, o que fica claro nos recentes casos de espionagem através da rede mundial de computadores, além do fato de quando o mercado livre entrou em colapso em 2008, não se ouviram claros e audíveis protestos liberais em favor do livre curso dos acontecimentos ou da *mão invisível*, sendo a regulação pelo aparato estatal, nesta situação, legitimada pela necessidade de preservar os atores financeiros.

Nesse sentido, como aponta o Professor Emérito de Yale, Thomas Emerson (1981:796-803), quando se trata de ampliar o sentido igualitário dos direitos fundamentais, entre estes, o da liberdade de expressão, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem sido firme na defesa do “mercado livre de ideias”, relutando em inserir

²⁵⁰ “*Conventional First Amendment doctrine is beginning to show signs of strain. Outsider groups and women argue that free speech law inadequately protects them against certain types of harm.*” (DELGADO; STEFANCIC, 1992: 1258)

²⁵¹ Desvelando que esta tradição estadunidense não é pacífica, temos, por exemplo, a situação da indicação para a Suprema Corte dos EUA, e posterior rejeição pelo Senado, do professor e jurista conservador Robert Bork, um dos expoentes da interpretação constitucional originalista. Este teve seu nome colocado em 1987, durante a administração de Ronald Reagan, não tendo sua indicação aprovada por um número considerável de votos contrários (58 votos), em que muitos destes votos foram influenciados pelo discurso proferido pelo então senador Ted Kennedy, o qual disse que: “*Robert Bork’s America is a land in which women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could break down citizens’ doors in midnight raids, schoolchildren could not be taught about evolution, writers and artists could be censored at the whim of the Government, and the doors of the Federal courts would be shut on the fingers of millions of citizens.*” Disponível em: <<http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm>> e <<http://www.nytimes.com/1987/07/05/opinion/washington-kennedy-and-bork.html>>. Acessos em: 07/09/2013.

efetivamente a cláusula da igualdade no trato dos discursos de ódio, negando-se a admitir que o Estado possa intervir nesta seara, haja vista que a liberdade de expressão é colocada no topo da escala constitucional – “*The Preferred-Position Principle*” –, pairando acima de todos os outros princípios fundamentais e da própria história, sendo a igualdade pensada e aplicada em um plano inferior quando o tema é liberdade de expressão.²⁵²

Por isso, como já aludido, o que surge dos intensos debates travados é o predomínio da liberdade de expressão que desconhece a herança de desigualdade, é a neutralidade fornecendo cobertura às ofensas, como se fosse constitucionalmente permitido oprimir e discriminar. Em resumo, nota-se que não há nada de *natural* na exigência de abstenção do Estado.

Constata-se, assim, que é a presença do pensamento sobre uma espécie de igualdade de expressão, em tensão com a liberdade, que pode permitir-nos questionar e visualizar as consequências nefastas que os discursos de ódio podem gerar, pois se o Estado Democrático de Direito é lugar de compartilharmos nossas vivências, como compartilhar este mesmo *locus* com alguém que só deseja excluir e silenciar?

Ora, como escreve e lembra *Charles Lawrence*,

[...] na maior parte do tempo, agimos como se o governo fosse o único regulador do discurso, o único censor. Nós tratamos o mercado de ideias como se todas as vozes fossem iguais, como se não existissem vozes em silêncio ou vozes que são silenciadas. Na discussão sobre a Primeira Emenda, não há espaço para conversar sobre como aqueles que são silenciados são sempre menos influentes do que aqueles que silenciam. O direito da Primeira Emenda ignora o modo no qual o patriarcalismo silencia as mulheres, e o racismo silencia as pessoas de cor. [...] Atos de violência (“gay-bashing”) contra gays e lésbicas mantêm os mesmos “no armário” (“in the closet”). Silenciam-lhes. Denegam-lhes a humanizadora experiência de autoexpressão. Denegam-nos o conhecimento (“insight”) e a beleza de suas vozes. (LAWRENCE, 1992: 802-803, tradução nossa)²⁵³

Ou seja, nesta corrente minoritária do pensamento constitucional dos Estados Unidos, a qual, não obstante não conformar um bloco monolítico ou uma escola, exhibe,

²⁵² Conferir: (SAMPAIO, 2002: 750-755).

²⁵³ “[...] for the most part, we act as if the government is the only regulator of speech, the only censor. We treat the marketplace of ideas as if all voices are equal, as if there are no silencing voices or voices that are silenced. In the discourse of the First Amendment, there is no way to talk about how those who are silenced are always less powerful than those who do the silencing. First Amendment law ignores the ways in which patriarchy silences women, and racism silences people of color. When a woman’s husband threatens to beat her the next time she contradicts him, a First Amendment injury has occurred. “Gay-bashing” keeps gays and lesbians “in the closet.” It silences them. They are denied the humanizing experience of self-expression. We all are denied the insight and beauty of their voices.” (LAWRENCE, 1992: 802-803)

internamente, muitos pontos de contato, estando sempre a exigir contextualização dos casos concretos, em que o simbólico seja considerado nas análises realizadas, o Estado não é visto unicamente como inimigo do indivíduo; o público e o privado, ao contrário de excluírem-se, pressupõem-se constitutivamente, não sendo a autonomia individual sinônimo de soberania pessoal, mas resultado de encontros e desencontros, de consensos e conflitos, tendo como fundamento uma esfera intersubjetiva em que unidade é, simultaneamente, abertura e reconhecimento ao diferente, ao *outro*.

Na companhia de tais argumentos e assertivas, diríamos mais, de tais diagnósticos, podemos denotar que a saída liberal, a qual afirma que os discursos de ódio não podem ser restringidos ou sancionados em razão de contrariarmos a própria história da liberdade de expressão, nega esta mesma história, pois o custo da democracia, como ressaltam pensadores como Matsuda (1989) e Lawrence (1990, 1992), não pode ser o de permitir perpetuarmos estigmas, exclusões e opressões.

Em palavras outras, poderíamos perguntar: Quem tem arcado, historicamente, com o peso da liberdade? Quem tem marcado em seus corpos e almas as pontas dos açoitites? Quem teve números tatuados nos corpos esqueléticos? Quem foi obrigado a carregar uma estrela rosa como forma de identificação pessoal? Ou, quem eram, no sul dos Estados Unidos, os dependurados em árvores no período segregacionista?

Se problematizarmos tais indagações a partir da *Primeira Emenda* e do contexto estadunidense, temos que realçar, ainda que correndo o risco de nos adiantarmos, que:

Se a doutrina e a teoria da Primeira Emenda servem realmente aos ideais da Primeira Emenda, elas devem reconhecer os danos produzidos pela supressão privada do discurso; elas devem levar em conta a realidade histórica que alguns membros de nossa comunidade são menos poderosos do que outros e que estas pessoas continuam sendo sistematicamente silenciadas por aqueles que são mais influentes. Se nós estamos realmente comprometidos com o discurso livre (“free speech”), a doutrina e a teoria da Primeira Emenda devem ser guiadas pelo princípio da antissubordinação. (LAWRENCE, 1992: 803-804, tradução nossa)²⁵⁴

Deste modo, ao contrário do pensamento liberal que entende que a atuação estatal no discurso público nos transformaria em menores de idade que não sabem o que

²⁵⁴ “If First Amendment doctrine and theory is to truly serve First Amendment ideals, it must recognize the injury done by the private suppression of speech; it must take into account the historical reality that some members of our community are less powerful than others and that those persons continue to be systematically silenced by those who are more powerful. If we are truly committed to free speech, First Amendment doctrine and theory must be guided by the principle of antissubordination” (LAWRENCE, 1992: 803-804). Em relação a estas dimensões antissubordinativas e anti-discriminatórias no cenário constitucional estadunidense, conferir, entre outros: (BALKIN; SIEGEL, 2002/2003).

ler, ver ou ouvir, a posição *outsider* argumentaria que, se somos maiores, podemos ser responsabilizados, haja vista que o que nos torna *responsáveis por nossas escolhas* não é somente um Estado que nada faz, abstendo-se de agir perante as pretensões levantadas, mas um Estado que também não nos imuniza, pois tal imunização é que pode nos tornar menores impúberes, já que sem limites ou restrições. A questão é que estes limites ou restrições podem se apresentar como condições de possibilidade do nosso amadurecimento, haja vista que, do contrário, seríamos como seres além da igualdade, superiores, livres para dominar, não para compartilhar.

Como argumenta *Jeremy Waldron*,

[...] a regulação do discurso de ódio pode ser compreendida como a proteção de certos tipos de bens públicos preciosos: uma garantia visível oferecida pela sociedade a todos os seus membros de que eles não estarão sujeitos a abuso, difamação, humilhação, discriminação e violência baseada na raça, etnia, religião, gênero e, em alguns casos, orientação sexual. (WALDRON, 2010: 1599, tradução nossa)²⁵⁵

À luz dessas concepções que sempre nos remetem à história, às experiências e suas narrativas, à necessidade de fazermos caminhar juntas, em tensão, a liberdade e a igualdade, é que podemos inferir a extrema importância, quando o nosso objeto é liberdade de expressão diante dos discursos de ódio, de não desconhecermos a advertência de Paulo Freire, que com a sabedoria que lhe era peculiar, um dia escreveu que quando “*[...] me sinto superior ao diferente, não importa quem seja, recuso-me escutá-lo ou escutá-la. O diferente não é o outro a merecer respeito, é um isto ou aquilo, descartável ou desprezível.*” (FREIRE, 1996: 136)

É na companhia deste último pensador, ele próprio um *outsider*, que jamais se curvava ao estabelecido e aos *estabelecidos* e, por isso mesmo, vítima dos discursos de ódio que sobre ele caíram em um período infeliz de nossa história, sem conseguirem, contudo, silenciá-lo, que nos dirigiremos ao Brasil e ao modo como a liberdade de expressão e as fronteiras do discurso de ódio têm sido trabalhadas. Isto é, iremos ao nosso país, ao nosso contexto, no qual podemos encontrar tecnologias suficientes para produzirmos grandes aviões e foguetes, com capacidade para edificar enormes e complexas obras de engenharia, onde se realizam uma série de avanços na área de biotecnologia, o qual sediará, em breve, marcante evento esportivo, como as Olimpíadas. Leia-se, um Brasil que se coloca no século XXI como uma das grandes

²⁵⁵ “[...] *hate speech regulation can be understood as the protection of a certain sort of precious public good: a visible assurance offered by society to all of its members that they will not be subject to abuse, defamation, humiliation, discrimination, and violence on grounds of race, ethnicity, religion, gender, and in some cases sexual orientation.*” (WALDRON, 2010: 1599)

economias do mundo, construindo o seu destino manifesto de ser “*gigante pela própria natureza*”.

Entretanto, este mesmo Brasil, que pretende participar legitimamente do Conselho de Segurança da ONU, ainda convive com uma série de injustiças e desigualdades que expõem a persistência, entre nós, de certos hábitos e práticas sociais arcaicas e anacrônicas, reflexo da ausência de maior problematização sobre as questões sociais, o que tem conduzido, ao limbo da invisibilidade, inúmeros “*filhos deste solo e desta mãe gentil*”.

2.2 De onde viemos: o *Brazil* nas entrelinhas do não-dito

“A própria essência da democracia envolve uma nota fundamental, que lhe é intrínseca – a mudança. Os regimes democráticos se nutrem na verdade de termos em mudança constante”

Paulo Freire

Chegamos ao contexto brasileiro pelo mesmo caminho que temos buscado percorrer desde as páginas iniciais, qual seja, procurando explicitar a historicidade subjacente ao exercício da liberdade de expressão em uma democracia constitucional pluralista diante de discursos opressivos. Isto é, na posição por nós assumida, o entendimento das fronteiras desta liberdade fundamental passa pela memória das nossas heranças, dos legados que pretendemos deixar para as gerações que nos sucederão, as quais terão que enfrentar seus próprios desafios de traduzirem as narrativas e experiências que receberão.

Ao adotar este posicionamento, assumimos que sempre somos capazes de nos reler em novos textos, redescobrimo não só os passados, mas também os futuros, já que ao realizarmos uma espécie de *upgrade* das alternativas históricas antes descartadas, simultaneamente, potencializamos a reescrita dos futuros possíveis, haja vista que deste ponto de partida, a democracia constitucional, sob de pena de se contradizer, não pode desconhecer suas exigências, historicamente postas, de liberdade e igualdade, pois é o recordar constante desta exigência que pode possibilitar o processo, sempre inconcluso, de busca de aperfeiçoamento da própria democracia.

Em outras palavras, faz-se necessário invertermos as luzes das escritas históricas, iluminando, ainda que por um instante, as margens, as entrelinhas, fazendo

falar os não-ditos, recusando as narrativas tradicionais e a lógica perversa de que tudo “*sempre foi assim*”, buscando resgatar não vitórias ou derrotas, mas o que foi silenciado, o que foi posto de fora, ou seja, possibilitar a emergência de experiências outras, não apenas para mostrarmos os equívocos de um superficial historicismo oficial, mas para introduzirmos “[...] *um abalo, um choque que imobiliza o desenvolvimento falsamente natural da narrativa.*” (GAGNEBIN, 2004: 104)

Nesta linha, a experiência norte-americana sobre o *free speech* e o *hate speech*, desvelada nos debates travados entre uma posição que chamaríamos de dominante e tradicional, a qual descontextualiza e reduz a historicidade das consequências dos discursos de ódio, e a postura *outsider*, que luta para que esta mesma historicidade adentre os processos decisórios sobre as fronteiras da liberdade de expressão, auxiliamos a verificar que as batalhas sobre a memória não são apenas sobre o direito de irmos ao passado, mas sim de transformarmos o presente, pois do contrário o ato de rememorar não faria qualquer sentido.

Assim, por mais que possamos ser críticos com a posição hegemônica nos Estados Unidos da América no que tange às questões sobre liberdade de expressão e discursos de ódio, não há como negarmos que no contexto norte-americano as posturas argumentativas são mais explicitadas, onde, por exemplo, o pensamento racista não é escamoteado em torno de alguma noção de democracia racial ou povo cordial, a qual acaba por abafar o próprio debate sobre os preconceitos negativos existentes na sociedade.

A importância destas posturas é visível nas discussões que gravitam em torno dos precedentes da Suprema Corte, bastando que tomemos *Dred Scott* (1856) e *Brown* (1954), pois, cada um, à sua própria maneira, relata uma disputa, potencializando um deslocamento dos sentidos, revelando a tensão, presente na história constitucional dos Estados Unidos, entre uma visão liberal, em que o Estado é o grande vilão a ser vigiado pelo indivíduo soberano, e a posição divergente que procura colocar o estabelecido e o *establishment* entre parêntesis, tentando incorporar a dimensão da igualdade, dos sofrimentos e humilhações, das vitrines quebradas e das cruces em chamas.

Este debate que não cessa, ainda que não produza respostas que agradem a todos, ao explicitar os problemas, os conflitos e as tensões constitutivas do cenário social norte-americano, não permite que os *arquivos* sejam selados ou pior, naturalizados por interpretações oficializadas, possibilitando que a identidade constitucional sempre possa ser revista, não se estagnando ou ossificando, já que as

justificativas que validaram decisões tomadas ontem não vinculam inteiramente os casos concretos a serem decididos hoje.

Dialogando com Walter Benjamin (1986), podemos afirmar que esta ida ao passado é parte da nossa tentativa de subverter, através da lembrança do compromisso do constitucionalismo com as noções de liberdade e de igualdade, a amnésia dos discursos estabelecidos, porém sem nostalgias melancólicas com quaisquer narrativas passadas, sejam vencidas ou vencedoras.

Em termos diversos:

[L]embrar-se, portanto, por amor ao passado e a seus sofrimentos esquecidos, decerto, mas igualmente, de maneira ainda mais perigosa, lembrar-se por amor ao presente e à sua necessária transformação. Não se trata, portanto, de arquivar e de tesaurizar o passado numa espécie de fidelidade exangue, pretensamente desinteressada e científica, como o afirma o historicismo. Também não se trata de edificar a continuidade heroica de uma contra-história ou de consolar os humilhados de hoje pela evocação de gloriosos amanhã, como em tantas variantes iluministas ou marxistas da historiografia. (GAGNEBIN, 2004: 104-105)

Nesse sentido é que vislumbramos ser preciso nos colocar em diálogo com as nossas experiências e as nossas marcas, conduzindo-nos a confrontar as possíveis fronteiras, sentidos e impactos da liberdade de expressão e dos discursos de ódio com o processo histórico de afirmação de direitos, com todas as tensões que subjazem ao mesmo. Isto é, descortinarmos as batalhas travadas sobre visões de mundo, as quais, ainda que indireta e reflexamente, acabam sempre por conformar e condicionar o âmbito normativo das fronteiras da liberdade de expressão, pois a transmissão naturalizada, por exemplo, de estereótipos sociais pode levar o exercício desta liberdade a extremos, ainda mais quando o aparato judicial não assume seu papel contra-majoritário, em uma ausência de constitucionalização das questões.

Explicando ainda mais o nosso trajeto, podemos dizer, parafraseando Annie Dymetman, que o nosso empreendimento histórico tem como “*fio condutor [...] o presente*” (DYMETMAN, 2002: XVI), pois é ele que nos revela a que ponto certas naturalizações podem nos levar. Daí que somente a ausência de problematização pode explicar, não justificar, como o Ministério da Educação (MEC), em seu questionário socioeconômico relativo ao denominado Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), elencou, entre os vários *objetos* que os candidatos e suas famílias possuem em suas

residências, como televisões, geladeiras e computadores, a figura da empregada doméstica.²⁵⁶

É o mesmo presente que nos faz refletir e indagar qual mensagem é enviada à sociedade quando, diante do pedido, postado nas redes sociais, de que “faça um favor a SP: mate um nordestino afogado”, a pena aplicada é, ao final, a de “prestação de serviços”²⁵⁷

Ou, que ao nos dirigirmos, em um ambiente comercial, a uma pessoa negra, proferindo contra esta, na frente de outras pessoas, palavras altamente ofensivas e humilhantes, todas fundamentadas exclusivamente na cor de sua pele, concluindo dizendo que “não gostamos da raça negra”, ao invés de ser caracterizado como crime de racismo, o qual é imprescritível, é desclassificado para injúria qualificada, tipo penal este suscetível de prescrição e de extinção da punibilidade?²⁵⁸

²⁵⁶ Disponível em: < <http://noticias.terra.com.br/educacao/mec-ve-pergunta-inadequada-sobre-domesticas-em-questionario-do-enem,536ee10641bfe310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 04/08/2013.

²⁵⁷ Caso ocorrido logo após as eleições presidenciais de 2010 quando, depois da vitória da candidata da situação, Dilma Rousseff, a qual obteve expressiva votação na região nordeste do Brasil, uma estudante universitária paulista, em sua conta do *Twitter*, expressou-se de modo ofensivo e pejorativo em relação aos nordestinos, culpando-os pela derrota do seu candidato. Entre outros dizeres ofensivos, a mesma postou que “nordestino não é gente”, sendo que, em razão de tal conduta, foi denunciada por discriminação e preconceito pelo Ministério Público Federal. Não obstante reconhecer a gravidade dos fatos imputados à jovem universitária, inclusive com repercussão internacional, a justiça federal entendeu, entretanto, que as consequências para a estudante em virtude da repercussão negativa gerada pelo ocorrido também foram de elevada monta, o que fez com que a juíza do caso decidisse que a pena aplicada fosse minorada, sendo menor de dois anos, o que possibilitou sua conversão em prestação de serviços comunitários e multa. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/16/justica-condena-universitaria-por-preconceito-contranordestinos-no-twitter.htm>>. Acesso em 12/12/2013. Disponível também em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120516preconceitomayara.pdf> Acesso em: 08/01/2014. Observe-se que situações semelhantes, e com base nos mesmos motivos, foram relatadas durante e após o pleito de 2014. Destaque-se também que em outro caso envolvendo as redes sociais, no qual estas, mais uma vez, teriam sido utilizadas como plataforma de *falas ofensivas*, o Ministério Público Federal (Procuradoria do Ceará) instaurou procedimento administrativo criminal para averiguar certos comentários, altamente pejorativos aos nordestinos, que inúmeros internautas postaram a respeito de um trágico acidente de ônibus ocorrido no mesmo estado do Ceará, o qual vitimou mais de uma dezena de pessoas. Segundo o MPF/CE, pode ter havido crime de racismo, fato este que motivou a solicitação, por parte do órgão ministerial, da quebra do sigilo telemático dos usuários que realizaram tais comentários, levantando, novamente, as fronteiras da liberdade de expressão. Disponível em: < http://www.prce.mpf.mp.br/conteudo/noticias/exibe_noticia?idNoti=48250&idPubl=6109>. Acesso em: 23/05/2014. Diga-se que, conforme amplamente noticiado, a justiça federal acatou o citado pedido de quebra de sigilo, entendendo que não havia outro meio para identificar os autores e responsáveis pelos escritos tidos como racistas.

²⁵⁸ **Ementa:** Penal. Processual penal. Recurso em *habeas corpus*. Crime de racismo. 1. Denúncia que imputa a utilização de palavras pejorativas referentes à raça do ofendido. Imputação. Crime de racismo. Inadequação. Conduta que se amolda ao tipo de injúria qualificada pelo uso de elemento racial. Desclassificação. 2. Anulação da denúncia. Decadência do direito de queixa. Extinção da punibilidade. Reconhecimento. 3. Recurso provido. Recurso em Habeas Corpus 18.620/PR, 2008, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501874971&dt_publicacao=28/10/2008>. Acesso em: 12/12/2013.

Porque ainda é tão “natural”, ainda que saibamos que nada é tão “natural” nas questões humanas, ouvirmos e perpetuarmos “momentos de humor” que sempre versam sobre as caricaturas dos negros, nordestinos, homossexuais e mulheres? Seria, por exemplo, zelo excessivo do “politicamente correto”, os nordestinos entenderem não como piada, mas ofensa, algum humorista dizer, de modo depreciativo, que “os médicos cubanos estão em casa ao chegarem ao nordeste brasileiro, pois lá também não haveria água nem luz?”²⁵⁹

Assim, situações semelhantes às acima referidas são importantes para analisarmos a liberdade de expressão e suas fronteiras diante dos desafios dos discursos de ódio? Além disso, qual a relevância de buscarmos a memória das experiências passadas como forma de lidar com tais presentes?

A resposta passa pelo fato de que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos e em várias outras democracias ocidentais, como ainda teremos oportunidade de anotar, onde o debate e as posições argumentativas são mais explicitadas, muitas destas questões envolvendo expressões de ódio e preconceito, no quadro brasileiro, não são tratadas como questões constitucionais, de direitos fundamentais, sendo ainda vistas unicamente em uma dimensão que não transcende o individual, como casos de polícia e de reparação econômica.

Sendo assim, entendemos que o melhor caminho para descortinarmos tanta invisibilidade e indiferença diante de certos discursos preconceituosos, alguns dos quais tidos como mero reflexo do espírito humorístico brasileiro, é procurar desvelar tensões e conflitos há muito existentes, os quais, em uma longa trajetória histórica de naturalização, encontram-se subjacentes e latentes na forma como as relações sociais foram configuradas no Brasil. Isto é, ao refletirmos sobre liberdade de expressão e discursos de ódio devemos antes procurar desconstruir alguns mitos, engenhosa e perversamente instalados em nosso imaginário enquanto nação, os quais, por exemplo, tentaram edificar a imagem de um espaço do comum, em que o racismo e outros preconceitos, não obstante um considerável avanço após a redemocratização e a Constituição de 1988, ainda são neutralizados pelo silêncio, não sendo debatidos ou interpretados com a profundidade necessária, principalmente, no que se refere aos impactos que produzem em específicos grupos sociais.

²⁵⁹Disponível em: < <http://revistaforum.com.br/blog/2013/09/danilo-gentili-ofende-nordestinos-e-cubanos-na-mesma-piada/>>. Acesso em 18/12/2013.

Sendo assim, se nos colocamos a tarefa de analisar, em democracias constitucionais, as fronteiras da liberdade de expressão diante dos discursos de ódio, precisamos visualizar que as exclusões sociais não surgem por geração espontânea, não tendo nada de naturais, mas que refletem um pano de fundo não problematizado, onde o silêncio é compartilhado, para nos apropriarmos, novamente, da ideia gadameriana, em que tensões são ocultadas em nome de permanências estabilizadoras. Precisamos colocar o denominado “mundo da vida”²⁶⁰ e seus sentidos pré-reflexivos entre parêntesis, procurando desestabilizar a dimensão do não dito, do não explicitado das neutralidades existentes nas práticas sócias sedimentadas.

Em outros termos, interrompendo as linhas de transmissão de continuidades, podemos tornar as contradições e as pretensões abusivas e ilegítimas mais aparentes, ressurgindo as tensões latentes nas descontinuidades, nas brechas abertas nos discursos oficiais, em que a memória anestesiada pela naturalização de processos excludentes é despertada de seu torpor, possibilitando que os preconceitos, historicamente construídos, situados nessas mesmas continuidades, possam ser desconstruídos.

Como observa Jessé de Souza, a “*comunidade consciente pressupõe uma comunidade inconsciente, ou seja, um conjunto não tematizado de competências linguísticas e culturais que permite não só a comunicação consciente, mas o funcionamento semiautomático e irrefletido da vida cotidiana.*” (SOUZA, 2003: 45)

Dessa forma, não obstante nossa condição hermenêutica, a qual nos impede de nos desvencilharmos de nós mesmos quando nos dispomos a traduzir narrativas passadas que, por esta razão, são tão presentes, a ênfase na descoberta da alteridade do vocabulário constitucional e democrático em contextos diversos revela ser importante, na medida em que pode contribuir para uma desnaturalização de práticas atuais.

Este caminho de problematização do assentado pode nos permitir verificar que as naturalizações foram se sobrepondo umas sobre as outras no decorrer de grande parte do nosso processo histórico, edificando imagens em que os negros são indolentes, índios preguiçosos, ciganos pouco confiáveis, judeus agiotas, homossexuais depravados, nordestinos servis, em uma série inesgotável de falas ofensivas, as quais, ao mesmo tempo em que estigmatizavam, também abafavam e ocultavam o fato de que estes mesmos estereótipos nunca foram passivamente aceitos, sendo, em realidade, fruto

²⁶⁰ Mundo da vida significando, *grosso modo*, aquele conjunto de pré-compreensões, 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)

de escolhas enraizadas em posturas políticas autoritárias que não só desejavam excluir, como também esquecer o excluído.

Daí, que “*tornar-se senhores da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas*” (LE GOFF, 2003: 422), o que pode ser comprovado pelos acessos controlados e restritos a certos *arquivos* e *testemunhos* da história, construídos, por exemplo, em organizações como o Instituto Historiográfico Brasileiro (IHGB), fundado em 1838, com a tarefa de construir uma representação de nacionalidade que esquecesse ou depurasse de nossa memória as tensões levantadas pela escravidão. Ou seja, construir uma imagem edênica da nossa identidade, sem conflitos ou contradições, em que o negro acorrentado não existia e o índio, como nos romances de José de Alencar, aparecesse romantizado, quase europeu.

A título ilustrativo, lembremos de um artigo publicado em 1891, na denominada *Revista do IHGB*, onde podemos encontrar pensamentos que afirmavam que “*os negros representam um exemplo de grupo incivilizável*” (SCHWARCZ, 1993: 111). Ao mesmo tempo, também no ano de 1891, em periódico do mesmo instituto, a relação com os índios emerge civilizável, pois lá podemos encontrar, em apêndice, um dicionário abreviado “*tupinambá-português*”.²⁶¹

Aqui, não há como não retomarmos o *Decreto do Esquecimento* de Rui Barbosa, que, como já colocado anteriormente, visava apagar dos arquivos qualquer referência à questão da escravidão, sendo que o mesmo Rui Barbosa “[...] *teria dito que pretendia apagar “nosso passado negro”. Se a empreitada não teve sucesso absoluto, o certo é que procurava dissimular um determinado passado e que o presente significava um começo a partir do zero*” (SCHWARCZ, 2001:48-49)²⁶². A memória aparece nesta situação como um fardo geracional, fazendo ser necessário *nos anistarmos* para evitarmos *prejuízos futuros* diante de qualquer empreendimento narrativo que busque reconstruir os passados e suas verdades, como se sempre pudéssemos recomeçar do zero, um zero cordial, não imposto, mas negociado e, principalmente, não conflituoso.

Percebe-se, assim, que as tensões, os conflitos e a massiva exclusão são apagados da história, colocados no limbo através de narrativas que procuram purificar a identidade nacional do *outro*, do estranho, dos incivilizáveis. Nestas narrativas,

²⁶¹ Disponível em: <<http://www.ihgb.org.br/rihgb.php?s=19>>. Acesso em: 12/12/2013.

²⁶² Como já vimos, há outras posições sobre o tema. Nesta linha, ver a nota número 12, página 21 deste trabalho.

representações simbólicas destas diferenças são construídas como mecanismos justificadores de lógicas excludentes, as quais buscam conformar o sentido do que é ser cidadão.

Há um jogo perverso de dissimular e esquecer, aliado a atitudes paternalistas que naturalizam as hierarquias e os silêncios, pretendendo erigir memórias confortantes, nas quais as disputas sobre sentidos de mundo não devem entrar, o que pode explicar, por exemplo, visões naturalizadas neste mesmo trajeto de construção de **uma** identidade nacional, que em nosso contexto se vê em afirmações do tipo “branco não só uma cor, mas também uma qualidade social”, ou, “quanto mais claro, superior” (SCHWARCZ, 2001:49), ou ainda, como Lima Barreto de modo sarcástico colocou, “a capacidade dos negros é discutida *a priori* e a dos brancos *a posteriori*.” (LIMA BARRETO *apud* SCHWARTZ, 2007: 316).

A mesma Lilia Moritz Schwarcz também escreve que “*conforme o conflito passa para o terreno do subentendido, fica cada vez mais complicado desvendar o problema. Ao contrário, ele se esconde nas brechas do cotidiano, cuja decodificação é, no mínimo, passível de dúvidas.*” (SCHWARCZ, 2001:49)²⁶³

Exemplificando, podemos verificar que já na Constituição do Império do Brasil, do ano de 1824, estas invisibilidades ressoavam, pois a mesma estipulava, em seu artigo 179, uma série de direitos e garantias dos cidadãos, muitos dos quais ainda podemos ler, mesmo que sob nova escrita, em nosso atual artigo 5º. do vigente texto constitucional.

Neste citado artigo da Carta de 1824, encontramos, ainda que implicitamente, em vários dos seus incisos, a presença do princípio da igualdade, como, por exemplo,

²⁶³ Este “subentendido” subjaz à circunstância de ainda encontrarmos em dicionários que o sinônimo de negro pode ser sombrio, de judiar, atormentar e, finalmente, de que branco é o puro e límpido, sendo *apenas* uma questão conceitual, nada carregando de historicidade. Aqui, é importante destacarmos, mesmo que sinteticamente, que esta situação está longe de ser teórica, basta pensarmos que em 2012 o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra editora e instituto responsáveis pela publicação de um dicionário, por entender que este conteria definições preconceituosas no verbete relativo aos ciganos. O MPF requereu a suspensão de qualquer circulação do dicionário até a supressão dos termos tidos como ofensivos à comunidade cigana, entendendo que estes poderiam “semear” intolerância, ainda que os autores tivessem explicitado que certas definições eram pejorativas. O MPF salientou que a liberdade de expressão não abriga falas discriminatórias, recuperando inclusive argumentos do Supremo Tribunal quando do julgamento do paradigmático HC 82.424/RS, o qual será abordado no decorrer do trabalho. Observe-se que também foi pedido, a título de indenização, a condenação das empresas envolvidas por dano moral coletivo. Diga-se, por fim, que a respectiva ação civil teve seus pedidos julgados improcedentes na Primeira Instância da Justiça Federal de Minas Gerais, com fundamento, entre outros, de que não houve intenção discriminatória, já que o dicionário, como acima exposto, alertava seus prováveis leitores que dados sentidos atribuídos aos ciganos eram pejorativos, inclusive utilizando a abreviação (*pej.*) antes das definições questionadas. Informações Disponíveis em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/direitos-do-cidadao/mpf-vai-a-justica-para-mudar-verbete-do-dicionario-houaiss>> e <<http://s.conjur.com.br/dl/dicionario-mostrar-definicao-pejorativa.pdf>>. Acesso em: 04/12/2014.

quando se lê que todo cidadão podia ser admitido aos cargos públicos sem outra diferença que não fosse seus talentos e virtudes, que o ensino primário seria gratuito e acessível a todos os cidadãos e, principalmente, que a lei seria igual para todos, guiando-se tão somente pela recompensa meritória segundo a conduta de cada um.²⁶⁴

Nessa linha, o que salta aos olhos, diante de tal quadro normativo, textualmente progressista, é o fato que estas mesmas garantias e direitos conviviam, a princípio sem muitas dissonâncias, com um contexto configurado e dominado por relações de base escravocrata, estamental e hierarquizante, onde, ousamos dizer, *textos* como o de 1824, para o qual o *contexto* não causava espanto, refletem opções que ocultam as tensões no silêncio de fundo, pretendendo, em realidade, edificar perigosas ficções normativas. Podemos dizer, assim, que o que já estava ausente na aplicação da Carta Constitucional do Império, leia-se, o contexto, revelar-se-á, como ainda buscaremos mostrar, uma forte persistência, uma pesada herança de ausência institucional de problematização, o que implica reflexos na (in)efetividade dos direitos fundamentais, configurando o que Lênio Streck denominou de “*baixa constitucionalidade*.” (STRECK, 2004: 77-93, 216)

Desse modo, ainda durante a vigência da mesma Carta de 1824, e por mais que a escrita homogênea da história não desejasse, as tensões estavam presentes. Os esquecimentos e os discursos de ódio não eram aceitos de modo tranquilo e não questionado, o que já revela a existência de batalhas pelo sentido do espaço do normativo. Tais batalhas podem ser interpretadas visando realizar uma espécie de deslocamento simbólico dos conflitos, em que as disputas não são *só* privadas ou *só* públicas, descortinando as tensões constitutivas da própria configuração social, tensões estas que o pensamento dominante buscava, a todo instante, abafar e naturalizar.

Sendo assim, essa tentativa de reproduzir e conservar o existente não opera como uma ciência exata, de modo matemático, pois não consegue impedir, completamente, que os próprios participantes das interações sociais, de modo espontâneo, façam valer a força da contingência, já que podem sempre construir posturas discursivas que visem escapar desta espécie de *determinismo formal-oficial*, o qual, em suma, para continuar o seu domínio, necessita encobrir e justificar simbolicamente a própria dominação, ou seja, é “[...] *esse véu mascarador que permite aquilo que Bourdieu chama de “mais valia simbólica”, no sentido em que as relações*

²⁶⁴Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 12/12/2013.

aparentemente simétricas permitem a reprodução de assimétricas legitimando, dessa forma, uma relação arbitrária.” (SOUZA, 2003: 49)

Procurando romper com este véu da opacidade, entre tantas situações de resistência²⁶⁵ ao naturalizado que aqui poderiam ser lembradas, temos a postura divergente de Joaquim Nabuco, o qual, ao contrário do que buscará realizar Rui Barbosa e seu *Decreto do Esquecimento*, defendia que as infelizes experiências da escravidão “*mereciam ser arquivadas como um documento de paleontologia moral muito importante para o futuro.*” (NABUCO, 2003: 116)

Joaquim Nabuco mostrou-se um crítico feroz de posturas que diziam que a nossa escravidão era *branda para os escravos*, posturas estas que afirmavam que se caso perguntassem aos escravos se preferiam ser livres, estes responderiam de modo negativo, o que levou Joaquim Nabuco a desenvolver uma linha de raciocínio que afirmava que tais posições *suaves* somente provavam “[...] *que os jornais e os artigos não são escritos por escravos, nem por pessoas que se hajam mentalmente colocado, por um segundo, na posição deles* (NABUCO, 2003: 116), argumento este que, como veremos no decorrer de nosso trabalho, ainda se revela, desafortunadamente, por demais válido, tanto no campo político, quanto no da aplicação jurídica.

A intransigência de Joaquim Nabuco com o discurso de que a escravidão entre nós seria gradualmente abolida, no qual o comércio infame de pessoas só não era visível entre os que produziam as notas e as decisões oficiais, em que a alta mortalidade dos escravos tornava-se um detalhe a ser falseado em estatísticas que visavam construir uma imagem positiva do Brasil no cenário internacional (NABUCO, 2003: 113), conduziu o mesmo pensador à crítica do texto constitucional de 1824, dizendo que a “*posição legal do escravo resume-se nestas palavras: a Constituição não se ocupou dele.*” (NABUCO, 2003: 117)

Com Joaquim Nabuco, ousamos dizer, a escravidão, que não aparece *escrita* na Carta de 1824, emerge como problema constitucional. Na visão deste, o acima lembrado

²⁶⁵Resistência ao estabelecido sempre houve, poderíamos destacar “[...] as insurreições dos negros Haussás, na Bahia, em 1807, 1809, 1813 e 1816, com vários mortos, suicídios, açoites, degredos e condenações à morte; as lutas indígenas de 1813, no Araguaia, com muitos mortos” (RODRIGUES, 1982: 35), assim como a Balaiada, a Confederação do Equador de Frei Caneca, a Guerra dos Cabanos, Guerra dos Farrapos, a Praieira; já na República tivemos, entre tantos, Canudos de Antônio Conselheiro, a Guerra do Contestado, João Candido com a sua Revolta da Chibata e a Coluna Prestes. Todos estes movimentos sociais tinham demandas e pautas de reivindicações diferentes, ocorreram em períodos também diversos de nossa história, porém todos tiveram um ponto em comum, o modo como foram “controlados”, isto é, a resposta sempre foi dura, “[...] não se distinguindo culpados e inocentes”, onde as “questões sociais”, como ainda hoje em vários momentos, “são consideradas *casos de polícia.*” (AQUINO; VIEIRA; AGOSTINHO; ROEDEL, 2002: 28)

artigo 179 da referida Constituição, apesar de afirmar que todos eram iguais e que, em seu inciso XIX, determinava que estavam abolidos os açoites, a tortura e a marca de ferro quente, se traduzisse, efetivamente, o que ocorria no contexto, teria de dispor que tais garantias fundamentais não se aplicavam a “*uma classe sem direitos algum: a dos escravos.*” (NABUCO, 2003: 117)

É o mesmo Joaquim Nabuco quem denuncia o regime, formalmente vigente, de liberdade e igualdade, presente na monarquia constitucional de então, como uma impostura, uma inautenticidade, já que o mesmo regime preferia “[...] *empregar os seus juízes, a sua polícia, se preciso for o seu exército e a sua armada, para forçar homens, mulheres e crianças a trabalhar noite e dia, sem salário*” (NABUCO, 2003: 118), a assumir seu quadro social degradante, suas promessas não cumpridas. A questão é que o texto constitucional de 1824 já desvelava, como qualquer Constituição que pretenda esconder a sua historicidade, o risco de ser reduzido, ao menos para aqueles aos quais os direitos são denegados, à imagem platônica de um simulacro, isto é, “*cópia morta sob a ilusão de vida.*” (GAGNEBIN, 2005: 54)

Nesta sua batalha de abrir frestas no estabelecido, de destampar conflitos emudecidos, Joaquim Nabuco, na mesma obra que nos tem guiado nestas passagens, *O Abolicionista*, originariamente publicado em 1883, entra em contenda com Teixeira de Freitas e a sua *Consolidação das Leis Civis*²⁶⁶, pelo mesmo motivo já apresentado, qual seja: o esquecimento de qualquer referência em seus dispositivos à presença, entre nós, de escravos. Esta postura levou Joaquim Nabuco a dizer que a *Consolidação* de Teixeira de Freitas, em razão de não querer assumir o que somos – “um país de escravos” – apenas manteve a *ficção engenhosa*, já existente na Carta de 1824, de aparentar não existir qualquer escravidão no Brasil, implicando que não necessitávamos de qualquer disposição normativa sobre o assunto. (NABUCO, 2003: 118)

O próprio Joaquim Nabuco cita e critica Teixeira de Freitas quando o mesmo escreve na *Consolidação*, que na verdade “existe escravidão entre nós”, mas que não se referia a esta para não “macular” as leis civis com “disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade”, propondo que as “leis concernentes à escravidão” fossem “classificadas à parte”, formando um “Código Negro”²⁶⁷ (NABUCO, 2003: 118), haja vista que para Joaquim Nabuco, esta “omissão”, este “receio de macular”,

²⁶⁶ Saliente-se, que o texto constitucional do império determinava, em seu artigo 179, inciso XVIII, a organização o mais rápido possível de um Código Civil e um Código Criminal, os quais deveriam ser fundamentados em “**solidas bases da Justiça e Equidade.**” (destaques nossos)

²⁶⁷ Observe-se, que este “Código Negro” jamais chegou a se realizar.

seria, em realidade, um modo de não se ofender “*os nervos de uma nação delicada*”, os quais não suportariam a “repugnância” de uma prática – a escravidão – que todos “*se habituaram, até a mais completa indiferença, a tudo o que ela tem de desumano e cruel*”. (NABUCO, 2003: 119)

Esta busca por ocultar, por não querer ver, por não aceitar a situação de extrema violência que cotidianamente passava diante dos olhos da sociedade, que estava nas casas, nas lavouras, em todos os espaços sociais, como se a escravidão fosse algo natural, também se fazia presente nos momentos em que o Brasil se apresentava no cenário internacional. Criava-se uma série de embaraços diplomáticos, quase que invisíveis aos brasileiros, mas bem conhecidos das “chancelarias estrangeiras”, levando os diplomatas brasileiros, quando do momento da celebração de tratados, a se negarem a fazer qualquer menção à escravidão existente no Brasil, chegando a afirmar que tinham “grande repugnância em escrever essa palavra [escravo] em documento internacional.” (NABUCO, 2003: 119)

Em razão de tal encobrimento internacional da escravidão pela diplomacia brasileira, Joaquim Nabuco, ele próprio diplomata, formulou um questionamento que ainda pode ser dirigido a nós mesmos, ou seja, “*até quando teremos uma instituição que nos obriga a falsificar a nossa Constituição, as nossas leis, tratados, estatísticas e livros, para escondermos a vergonha que nos queima o rosto e que o mundo inteiro está vendo?*” (NABUCO, 2003: 119)

Com a obra *O Abolicionista*, a escravidão surge como aquilo que era, não um “contrato de locação de serviços” entre iguais, regulado por leis, mas “[...] *posse, domínio, o sequestro de um homem*”, fazendo com que as prisões, as “*casas de correção*”, fossem, em comparação a este *estado de propriedade*, um verdadeiro paraíso. (NABUCO, 2003: 119-120)

Pensamentos como estes elaborados por Joaquim Nabuco ainda têm muito a dialogar conosco, e estarão presentes em várias outras passagens à frente, ainda que não explicitamente, pois esta forma de pensar o existente sempre buscava tornar visível o que era posto nas sombras, as vítimas do sistema escravocrata, da exclusão radical, sendo que por isso, Joaquim Nabuco entendia que este medo de macular o nosso ordenamento civil tinha apenas um propósito, manter tudo e todos em seus devidos lugares, isto é, tomava-se um grande cuidado quanto o tema era a “*nova memória nacional*”, a qual se compunha de “[...] *algumas lembranças, mas de muitos esquecimentos.*” (SCHWARTZ, 2007: 298)

Assim, estilhaçar certas representações de sociedade, de cidadão, já era uma tarefa premente naquele período histórico, como mostra-nos Joaquim Nabuco, em que as disputas de sentido já eram travadas cotidianamente. Batalhas entre herdeiros, em que alguns insistiam em invisibilizar o *outro*, o diferente, que naquele momento era personificado, principalmente, no negro, representações estas sedimentadas no que hoje denominaríamos de discursos de ódio, e alguns eram intrusos, na mesma trilha de Joaquim Nabuco, pretendendo tornar este *outro* visível, procurando tornar seus gritos audíveis, suas dores compartilhadas.

É na chamada Primeira República (1889-1930), a qual, assim como o Império, nada teve de pacífico e que, como este, procurou construir uma memória coletiva que visse o novo regime como marco zero, e que, também como o deposto Império, elegeu aqueles que entrariam e os que continuariam fora, que encontraremos um destes intrusos que resolveram confrontar o estabelecido, não aceitando ilusões e dissimulações naturalizadas, ou seja, estamos falando de *Monteiro Lopes* (1867-1910).

Falar de Monteiro Lopes é narrar a história do primeiro afrodescendente a alcançar uma cadeira no Congresso Nacional, e isto sem abandonar ou recusar às suas origens, passando por cima de toda uma campanha da imprensa que o caricaturava, constantemente, durante a sua trajetória política, com todos os estereótipos e brincadeiras que poderiam ser imaginadas com fundo racial, fazendo desvelar as tensões existentes, os preconceitos constitutivos, os quais, agora, após a abolição da escravidão e da assunção da igualdade formal, foram deslocados, levando à dimensão simbólica subjacente a exclusão social a reentrar através de novos mecanismos e caminhos, ou seja, quando um homem negro, já na vigência da primeira constituição republicana de 1891 e de sua ampla lista de direitos e liberdades fundamentais, não se dobra a discursos ofensivamente dirigidos a ele, não aceitando como natural o papel social dele exigido, expõe, com toda a força, as relações racialmente hierarquizadas que até então não precisavam ser justificadas.

O resgate da figura de Monteiro Lopes é realizado, de modo instigante, por pesquisadores como Carolina Vianna Dantas (2011) e Petrônio Domingues (2013), os quais, *grosso modo*, procuram relacionar a presença negra na sociedade brasileira para além da escravidão, buscando demonstrar que sujeitos históricos, como o citado Monteiro Lopes, revelam uma capacidade de inserção social, diríamos nós, revolucionária para o seu período, que não pode deixar de ser narrada.

Carolina Dantas e Petrônio Domingues serão os nossos cicerones na trajetória de redescobrimos a enorme figura que foi este homem negro, nascido em Pernambuco, do início do século XX, denominado por alguns de *advogado dos oprimidos* (DOMINGUES, 2013: 60), o qual já revelava a sua disposição de confrontar as expectativas sociais ao se formar em direito, a andar na companhia do operariado e trabalhadores de baixo escalão existentes, principalmente, no Rio de Janeiro daquele tempo, que ousou se candidatar a Câmara Federal, o que fez despertar todo o ódio de parte da imprensa e de setores da sociedade contra a sua candidatura. (DANTAS, 2011: 05)

Como revela Carolina Dantas, várias revistas e jornais da época lançaram contra Monteiro Lopes uma série inesgotável de epítetos e ironias racistas, em que a cor negra do advogado e candidato era sempre vinculada a aspectos negativos, sendo o preconceito coberto pelo manto do humor e da ironia, como é visto na *Revista Careta* (09/01/1909), a qual noticiou que não tinha sido “[...] possível publicar o retrato do provento Monteiro Lopes, porque o nosso fotógrafo teve a infeliz ideia de procurá-lo à noite. Bateu toda a cidade e o Dr. não foi visto. (DANTAS, 2011: 08)

E quanto mais a possibilidade de sua eleição passava a se tornar real, mais a imprensa e os grupos dominantes da sociedade reagiam. A cor de Monteiro Lopes era vista como uma *chaga*, e ele como um estranho estrangeiro que queria entrar, sem ser convidado, em espaços que lhe eram simbolicamente negados, tornando-se alvo preferencial de ofensas realizadas nos jornais, muitas das quais pretendiam marcá-lo com todos os tipos de rótulos pejorativos. Por exemplo, o jornal *O Século* (27/01/1909) ironizava dizendo que: “*Há uma nuvem escura no horizonte... Já sei — é a candidatura do Monteiro Lopes.*” (DOMINGUES, 2013: 65)

As reações chegavam ao ponto de colocar que um “negro na Câmara dos Deputados envergonharia o país” (DANTAS, 2011: 05), criando um clima eleitoral que fazia com que muitos conjecturassem que mesmo se fosse eleito, ainda que em uma república que garantia constitucionalmente a igualdade e a não distinção entre todos os cidadãos, Monteiro Lopes não conseguiria ser empossado.

Tal situação não foi desconsiderada por Monteiro Lopes, e aí começa a sua verdadeira epopéia para angariar apoio a sua investidura caso eleito, com o mesmo realizando uma série de contatos e reuniões, sendo a mais impactante realizada no chamado *Centro Internacional Operário*, que congregou uma multidão de “homens de cor”, como os jornais da época informaram, repercutindo para além do Rio de Janeiro,

gerando a mobilização de entidades negras por localidades como São Paulo e Campinas, além de várias outras cidades de diversos pontos do Brasil, como Rio Grande do Sul e Bahia. (DANTAS, 2011: 06)

Toda esta mobilização, aqui sintetizada, construiu, para a surpresa do *establishment* da época, as bases de sustentação que possibilitaram que Monteiro Lopes, um homem a quem, em diversas ocasiões, tinha sido negado o direito de entrar em restaurantes ou se hospedar em hotéis, não fosse apenas eleito, mas também empossado como deputado federal (DANTAS, 2011: 07-08). Contudo, esta fina brecha conquistada da naturalização, em uma disputa, ousaríamos dizer, travada entre a liberdade de expressão que *realizou a diferença* e a dimensão desta mesma liberdade que pretendia *negar esta diferença*, foi fechada pela lógica do esquecimento, a qual, como temos tentado demonstrar, pauta-se pela defesa do estabelecido, o que fez com que figuras históricas do porte de um Monteiro Lopes fossem paulatinamente relegadas ao silêncio.

Como escreve Petrônio Domingues, esta política do esquecimento foi tão “bem sucedida”, que até ativistas dos direitos humanos, que denunciam o racismo e a exclusão social no Brasil, com o ex-congressista Abdias do Nascimento, desconhecem a narrativa de Monteiro Lopes, haja vista que o mesmo Abdias do Nascimento acreditava ser o primeiro representante da causa negra na Câmara dos Deputados (DOMINGUES, 2013: 77). Tal fato revela que tão forte como a exclusão material é a exclusão da memória, a indiferença pelas experiências alternativas, levando a edificação de gramáticas sociais naturalizadas que não problematizam o processo histórico de dominação subjacente a estas mesmas práticas, aspecto este central para pensarmos as fronteiras da liberdade de expressão diante das pretensões expostas pelos discursos de ódio.

É nesse sentido que a trajetória do advogado, político e líder negro Monteiro Lopes (PE, 1867- RJ, 1910) pode servir como exemplo do modo através do qual experiências de discriminação racial e de luta contra racismo podem servir como instrumento para a desnaturalização do papel inferiorizante comumente atribuído os afrodescendentes na história do Brasil e das próprias formas de manifestação do racismo na atualidade, como piadas, chistes e apelidos racistas [...].” (DANTAS, 2011: 02)

O que se percebe, com base nas narrativas das experiências vivenciadas e traduzidas por Joaquim Nabuco e Monteiro Lopes, é que a naturalização dos preconceitos foi acompanhada por estruturas simbólicas orientadas pelo esquecimento e invisibilidade, fazendo com que os discursos de ódio, as expressões de todos os

racismos, não configurassem um problema constitucional, refletindo não uma neutralidade, mas ao contrário, um projeto de sociedade excludente e hierarquizada, a qual opta por não ver estas mesmas exclusões e hierarquizações.

Estas assertivas podem, mais uma vez, serem comprovadas através do modo como a imprensa refere-se aos movimentos sociais e suas demandas de justiça, bastando que tomemos o exemplo do jornal carioca *O País*, que ao refletir sobre o fim da Revolta da Chibata de 1910, em que marinheiros, quase todos negros, rebelaram-se contra os castigos físicos a que ainda eram submetidos, escreveu aos seus leitores que “[...] *o levante da marinhagem, felizmente acabado, parece que o melhor é nada mais dizer. O país só tem a lucrar com o silêncio geral sobre esse fato. Na vida dos povos, como na dos indivíduos, há sempre lembranças que se desejaria apagar de todo [...].*” (SILVA, 1982: 07)²⁶⁸

Denota-se que, assim como no período do “ocaso do Império” (a partir do ano de 1870)²⁶⁹, também na República, certas camadas da população só são visíveis quando se tornam problema para o que está sedimentado nas práticas sociais, ou seja, só quando as demandas por uma igualdade mais *contextual* e não apenas *textual* ganham força, é que certas violências simbólicas e desigualdades naturalizadas, para nos lembrarmos mais

²⁶⁸ Ainda dentro da *Primeira República*, outro Monteiro, o Lobato, criador da história do memorável *Sítio do Pica Pau Amarelo*, escreve o romance intitulado *O Presidente Negro ou o Choque das Raças*, cuja primeira edição é de 1926, em que um pensamento racista e eugenista, com fundamento no desenvolvimento da ciência, dá o tom da narrativa. Nesta obra, em rapidíssima síntese, somos colocados em contato com uma máquina do tempo, a qual não volta ao passado, sendo capaz de viajar ao “*tempo futuro*”, o que nos permite saber que, no ano de 2228, em razão da divisão do eleitorado branco em dois partidos antagônicos (masculino e feminino), um “presidente negro”, *Jim Roy*, é eleito. Todavia, tal eleição acabaria por produzir um “choque das raças”, levando a uma “*solução final*” do problema negro nos EUA, já que com a sua derrota, a população branca volta a se unir [arquetipo do *nós e eles*], encontrando-se na chamada *Convenção da Raça Branca*, onde decidem empregar a sua ciência como forma de voltar ao poder. Para isto, um cientista branco [*John Dudley*], desenvolve uma máquina de “alisar cabelo”, que seria o maior desejo da comunidade negra, a qual espraia-se por toda população negra em pouco tempo, todavia, o que esta população não sabe, pois não é informada, é que além de tornar o cabelo liso, tal invenção científica também esterilizava a todos que a usassem, levando, conseqüentemente, ao “extermínio” ou “genocídio” paulatino de toda a comunidade negra (LOBATO, 1951). Conferir também o instigante artigo sobre tal obra: (GIROLDO; SANTOS, 2009). Ainda que apresentada de modo extremamente rápida, este romance de Monteiro Lobato revela-se imerso nos debates racialistas daquele período e, na busca de construir algo como um *eu brasileiro*, onde os vestígios deixados pela escravidão negra não eram assumidos, precisando ser desaparecidos, pois não serviriam à pureza de uma identidade brasileira, isto é, nesta *narrativa ficcional*, já podemos denotar que o “[...] *diverso*” nunca foi bem visto nas representações sobre o Brasil, e continuou sendo excluído no Brasil, isto é, “*se a natureza brasileira foi constantemente edenizada e lembrou o paraíso [...], o retrato parece ter sido um tanto diverso com relação às “gentes locais”.* Por mais que as imagens negativas não tivessem o impacto das inúmeras visões edênicas inspiradas pelas novas terras, o certo é que fantasias sobre esses nativos locais aproximavam-se de um anti-paraíso, ou até do inferno. Essa humanidade diversa, [...], devia ser condenada.” (SCHWARCZ, 2001: 15)

²⁶⁹ O marco desta ruptura é a Guerra do Paraguai, a qual determina tanto o apogeu quanto o declínio do 2º. Reinado, com as denominadas “questões” militar, religiosa e da abolição. (AQUINO; VIEIRA; AGOSTINO; ROEDEL, 2002: 61-75)

uma vez de Pierre Bourdieu (1989), são expostas, explicitando inúmeros discursos de dominação e conflitos constitutivos que uma dada narrativa histórica oficial sempre buscou ocultar.

Nesta linha, Lilia Moritz Schwarz destaca um aspecto que nos é muito caro, qual seja, que o “[...] *modelo imperial de participação política implicou, portanto, uma concepção estreita de cidadania e frouxa das instituições representativas, cujo legado se faz presente na atual tradição republicana brasileira.*” (SCHWARCZ, 2003: 389)²⁷⁰

No mesmo tom, outra pensadora, Heloisa Starling, lembra-nos que “[...] *a ideia de República é apresentada como o regime da liberdade e da expansão da igualdade e consolidada sobre um mínimo de participação política e um máximo de exclusão popular*” (STARLING, 2002: 168), perpetuando mais que rompendo, em que vários anacronismos reentraram sob a forma do novo.

Com efeito, como buscaremos demonstrar, algumas das nossas representações de mundo, a indiferença diante do sofrimento e humilhação do *outro*, estão ainda ancoradas em heranças naturalizadas, muitas das quais visam negar que a exclusão seja construída na sociedade, com o fim de perpetuar preconceitos de religião, cor, origem, orientação sexual e tantas outras *qualificações*, em que as disputas e os conflitos são entendidos não como condição de possibilidade de maior autonomia e emancipação, mas sim como nefastos obstáculos ao “*que deve ser como sempre foi*”.

Assim, não é uma questão de prestarmos ou não homenagens ao passado, como se o mesmo tivesse de ser ou o paraíso ou o inferno na terra, mas vê-lo como que aberto e dialogando conosco, com a nossa condição humana, desvelando que as próprias tradições que pretendem nos configurar são fruto de escolhas de gerações que nos antecederam, mais que agora é a nossa vez de sermos responsáveis por estas mesmas escolhas, de dizermos sim ou não.

Desta maneira, entendemos que, se tomamos como referência um Estado Democrático de Direito como o aqui explicitado, a tarefa primeira do aplicador do direito, quando seu objeto é a delimitação ou não de uma liberdade fundamental como a de expressão, é procurar não relegar a historicidade que constitui os contextos fáticos de aplicação normativa, visando superar a nossa “matriz senhorial” (CHAUI, 2000: 90), dizendo não aos privilégios provenientes de status ou posições naturalizadas.

²⁷⁰ Neste mesmo sentido, Maria Fernanda Salcedo Repolês, ao escrever sobre a conformação do *Brasil Monárquico*, coloca que “[...] *nesse período o conceito de Nação é construído de maneira tão artificial que não encontra correspondentes com as lutas políticas e jurídicas que se travam no interior da sociedade.*” (SALCEDO REPOLÊS, 2008: 69)

Em termos outros, o aplicador do direito, sob pena de privar do direito à voz os atingidos pelos discursos e estruturas de ódio, deve refletir sobre o conteúdo da mensagem que sua decisão pode estar enviando tanto aos perpetradores da violência, quanto às vítimas das mesmas e à sociedade em geral, pois o apego irrefletido a tradições dogmatizadas pode transparecer uma indiferença e, até mesmo, um abandono daqueles grupos que, historicamente, têm suportado quase todo o peso da liberdade.

Como herdeiros ativos que se movem em uma sociedade que se afirma democrática e constitucional, devemos problematizar o que Marilena Chauí (2000:89) denomina de nossas “*marcas da sociedade colonial escravista*”, nossa “*cultura senhorial*”, presentes em persistências simbolicamente orientadas, as quais fazem com que o contexto social brasileiro seja dominado por uma

[...] *estrutura hierárquica do espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos: nela, as relações sociais e intersubjetivas são sempre realizadas como relação entre um superior, que manda, e um inferior, que obedece. As diferenças e assimetrias são sempre transformadas em desigualdades que reforçam a relação mando-obediência. O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de direitos, jamais é reconhecido como subjetividade nem como alteridade.* (CHAUÍ, 2000: 89)

Assim, de modo similar com o que ocorre nos Estados Unidos, podemos verificar que a batalha que vem sendo travada no contexto brasileiro, desde os tempos de Joaquim Nabuco, mesmo que mais subterrânea, com menor visibilidade e explicitação, já que não temos um *Dred Scott*, *Plessy*, *Beauharnais*, *Brandenburg* ou *Snyder*, é a de procurar trazer a história e a voz das vítimas para dentro dos debates constitucionais, refletindo uma disputa semântico-pragmática em torno de representações de mundo, muitas das quais construídas verticalmente e repletas de silêncios e estigmas não refletidos.

Abra-se um pequeno parêntesis para realçarmos que quando escrevemos *similar*, tal não pode ser lido como se os processos fossem idênticos, mas ao contrário, pois se existem pontos de contato, também ocorrem profundas diferenças, pois como Leonardo Avritzer e Lilian Gomes (2013: 42-46) salientam, não obstante tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos termos a presença da escravidão e do predomínio de uma sociedade estratificada em que a população branca domina e configura as relações sociais, a partir de sua própria visão de mundo, no contexto brasileiro, ao contrário do estadunidense, a questão das relações raciais, fora poucos casos, como, por exemplo, a chamada Lei

Afonso Arinos (Lei 1.390/51), não foi legislada nem judicializada em um nível como o dos Estados Unidos e seus famosos precedentes e legislações, quadro brasileiro este que, como ainda veremos, só começa a ser alterado com a redemocratização e a vigência da Constituição de 1988. (AVRITZER; GOMES, 2013: 45)

No Brasil, percebe-se que a configuração deste domínio branco foi entendido como uma questão privada, o que possibilitou um “forte trânsito entre a população negra e a população branca” (AVRITZER; GOMES, 2013: 44), mas tal trânsito sempre foi pautado pela relação senhor e escravo, coercitiva e violenta. Ou seja, o próprio ato legal da abolição da escravidão em 1888, demasiadamente sucinto em termos normativos, relegou uma série de aspectos à dimensão privada, abolindo a escravidão, mas não garantindo ou fomentando a integração, o que terá enormes consequências para a nossa conformação social atual, sendo visível nos dias de hoje, por exemplo, na imagem, altamente naturalizada, de que somos uma nação “racialmente tolerante”, uma “democracia racial”, o que fez com que políticas públicas de inserção fossem (ou ainda sejam) vistas com desconfiança por grandes setores da sociedade.

Feito este parêntesis, podemos colocar que a procura por uma auto-compreensão constitucional tem que ser confrontada com o nosso árduo processo de aprendizagem constitucional, não se prendendo tão-somente aos denominados “grandes feitos”²⁷¹, pois é no não dito, no desprezado ou recalcado que, quem sabe, poderemos visualizar que a “*variante histórica que triunfou não era a única possível*”. (LÖWY, 2005: 157)

Por conseguinte, entre tantas narrativas de exclusão e resistência que poderiam ser elencadas, decidimos, com todos os riscos que qualquer recorte histórico contém, centrarmos-nos nas experiências vivenciadas e transmitidas por Joaquim Nabuco e Monteiro Lopes, pois visualizamos que, cada uma delas, em seu respectivo tempo e espaço, auxiliam-nos a comprovar que a presença do que hoje denominamos de “discursos de ódio” nunca foi recebida sem contestações. Em ambos os casos, há a recusa das expectativas sociais dos integrados ao estabelecido, em que tal recusa desvela o que o pensamento e instrumental hegemônico procurava sepultar: as lutas que pretendiam conquistar e estabelecer novos sentidos de mundo e de sociedade, desafiando a suposta indiferença estatal, pois já percebiam que a mesma indiferença refletia uma opção histórica pelo silêncio e subordinação de certos grupos, como, por

²⁷¹ “Por acaso a história do homem cotidiano também não é tão significativa e dramática quanto a dos grandes homens?” (LE GOFF, 2001: 16)

exemplo, a população negra, recém saída da escravidão formal, mas não da escravidão privada da desigualdade social a que tinha sido lançada.

Somente saindo do que se pretende centro das narrativas históricas, desnaturalizando certas persistências, assumindo que estamos imersos em um processo de aprendizagem sempre repletos de riscos, indo para as margens desta complexa historicidade, procurando tornar o que era apenas ruído em vozes audíveis, é que talvez possamos perceber que as tradições são elas próprias construções, não atos de fé, haja vista que “[...] *nossa identidade não é apenas algo que assumimos, mas também um projeto de nós mesmos. Não podemos escolher as nossas tradições [...]. Mas depende de nós escolher as tradições a que queremos dar continuidade ou não.*” (HABERMAS, 2002a: 320)

Este trajeto de redescoberta crítica de nós mesmos não significa encontrarmos respostas progressistas indo ao passado, mas buscar ler a nossa história constitucional em uma nova luz, a qual, por exemplo, pode nos permitir visualizar que a existência de um projeto de Emenda Constitucional alterando o artigo 243 e punindo a exploração do trabalho escravo (PEC nº 57-A)²⁷², significa não apenas que a questão da escravidão não foi resolvida com a abolição formal ou com o advento da República, mas que também tal tema passou a ser um problema para nós, e só sendo problema é que pode ser solucionado, ou seja, algo que se encontrava esquecido passou a ser questionado, a ser

²⁷² Esta proposta de emenda constitucional (ex-PEC 438/2001), que tramitou no Congresso por mais de uma década, acrescenta às hipóteses já previstas no citado artigo 243 do texto constitucional, a possibilidade de expropriação de áreas rurais onde seja comprovado o trabalho infantil ou escravo. O texto da proposta foi muito questionado pela chamada bancada ruralista, a qual não via com bons olhos a possibilidade de novas disposições expropriatórias. Os defensores da referida proposta de emenda, por sua vez, sempre lembraram que a Constituição de 1988 exige que toda propriedade, seja urbana ou rural, deve cumprir sua função social, o que, por si só, legitimaria a expropriação de propriedades que utilizassem mão de obra análoga à de escravo ou infantil. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105791. Acesso em: 15/12/2013. Destaque-se, por fim, que a referida proposta de emenda constitucional, após longo e demorado trajeto, foi aprovada pelo Senado Federal em maio de 2014, sendo o seu texto enviado a promulgação pelas mesas de cada uma das casas do Congresso Nacional. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/27/pec-do-trabalho-escravo-sera-promulgada-nesta-quinta>>. Acesso em: 27/05/2014. Debates como estes que ocorrem em torno da referida proposta de emenda constitucional do combate ao trabalho escravo e infantil remetem-nos, obrigatoriamente, a um ponto que ainda se mostrará essencial para nossas conclusões, qual seja, **o cenário internacional de defesa dos direitos humanos e fundamentais em que o Brasil está inserido**. Nestas temáticas específicas, já possuímos um sistema avançado na seara internacional, onde podemos nos referir não só aos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, a Convenção sobre os direitos das crianças ou o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mas também aos instrumentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como as convenções 29 (medidas de combate ao trabalho forçado ou obrigatório); 105 (abolição do trabalho forçado); 138 (estabelece idade mínima para a admissão no emprego); e a 182 (proibição das piores formas de trabalho infantil).

visível, tornando-se pauta pública de debates, revelando a luta e a exigência crescente de liberdade e igualdade.

Este exemplo, não obstante sua enorme simplificação, demonstra a necessidade de assumirmos a nossa história constitucional como um projeto aberto, sempre passível de ser questionado, refutado, relido e reescrito, isto é, trabalharmos retrospectivamente a conformação da nossa identidade constitucional não significa buscarmos obsessivamente o passado, com o fim de encontrar modelos, exemplos, ou *luzes*, já que o conhecimento do mesmo não é um fim em si, mas sim um caminho que pode nos lembrar de que “*na história da humanidade inúmeras explicações falsas da realidade serviram para justificar institutos que eram úteis ao poder vigente ou à manutenção do status quo.*” (GUSTIN, 2010: 18)

Estes “*exercícios de memória*” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006: 42) nos revelam que não há linearidades naturais no decorrer do fenômeno humano, sendo as batalhas por visões de mundo constitutivas das relações sociais, estando presentes em diversas dimensões do social. Estas batalhas podem ser visualizadas, por exemplo, no modo como o acesso ao debate público é configurado ou nos argumentos empregados em decisões judiciais que tanto reconhecem ou ampliam, quanto denegam ou restringem o exercício dos direitos fundamentais.

O que fica, assim, das disputas e deslocamentos pragmáticos e simbólicos ocorridos no decorrer da “nossa” história, além da constatação de que estamos longe de configurarmos uma sociedade cordial e passiva, é o fato de que estas mesmas disputas e estes mesmos deslocamentos ocorrem em torno das nossas heranças e legados, das persistências e rupturas latentes, desvelando tensões e abalando exclusões naturalizadas, constituindo problemas, os quais, em uma democracia constitucional, ao invés de serem obstáculos, revelam-se produtivos, pois podem permitir, por exemplo, que o *Brasil*, principalmente após a Constituição de 1988, questione-se e responsabilize-se pelas heranças que nos chegam do *Brazil*.

Por fim, todas as assertivas aqui apresentadas só nos fazem ressaltar que não devemos esquecer – a questão da importância da memória sempre reentra – de que o grande potencial que uma Constituição democrática pode representar no que tange à efetividade dos direitos fundamentais é, como já exposto, torná-los problema, colocá-los em pauta, já que “[...] *ela não permite mecanismos que instaurem uma paz de cemitério. Ela precisamente remete à discussão pública os problemas para que possamos, de*

maneira constante e reflexiva, revermos antigos usos e tradições.” (CARVALHO NETTO, 2006: 22)

2.2.1 Uma necessária constitucionalização: a liberdade de expressão e os discursos de ódio no contexto jurídico brasileiro

Este compromisso com uma memória que dialoga, com uma historicidade que não tranquiliza, desvelando, em nossos inúmeros e muitas vezes esquecidos grotões, as marcas de experiências historicamente compartilhadas de vários povos do mundo, ainda mais em tempos de uma sociedade interligada e em rede, que explode os conceitos tradicionais de tempo e espaço, é visível em nosso *leading case* sobre liberdade de expressão e discursos de ódio, qual seja, o *habeas corpus* 82.424/RGS.²⁷³

Determinar o alcance e o sentido de “racismo” era o ponto central em debate no Supremo Tribunal Federal neste *habeas corpus*, já que tal âmbito normativo determinaria ou não a prescrição dos fatos alegados, fatos estes que envolviam a publicação de livros tidos como revisionistas, de suposta dimensão antissemita, por parte de escritor e editor gaúcho. Tais livros procuram, através de estudos aparentemente históricos, negar ou minimizar a existência do holocausto judaico ocorrido durante a Segunda Grande Guerra. Ou seja, o pano de fundo do caso era a disputa por memória, pois na visão do *paciente* do *habeas corpus*, entre outros argumentos, seus livros e publicações estariam cobertos pela liberdade de expressão, já que eram resultado de “pesquisas” realizadas, as quais confrontavam a “história oficial”, sendo um “trabalho científico”. Já para a acusação, o que havia era uma pretensão abusiva, pois as narrativas revisionistas ocultavam um racismo contra a comunidade judaica, configurando não um exercício legítimo da liberdade de expressão, mas um *hate speech*, perpetrando um ato ilícito e imprescritível constitucionalmente (art.5º, inc. XLII): um crime de ódio.

A maioria do Supremo Tribunal entendeu configurado o crime de racismo, denegando a ordem do *habeas corpus*, mantendo assim a condenação imposta tanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto no Superior Tribunal de Justiça e, para tanto, valeu-se de argumentos que temos buscado realçar e que nos serão

²⁷³ Ementa: Habeas Corpus. Publicação de livros: Antissemitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada. **A partir de agora**, todas as referências ao caso possuem como fonte o HC 82.424/RS, 2003, Relator Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão Min. Pres. Maurício Corrêa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 11/12/2013.

extremamente valiosos em nossa conclusão, quais sejam, a **força da memória** da experiência do genocídio judaico durante o período nazista e da **tendência do direito internacional de combater todas as formas de exclusão e disseminação de ódio**, tendência esta, presente em inúmeros tratados e convenções citadas pelos diversos ministros.

No 14º ponto da ementa desta paradigmática decisão, pode-se ler uma posição que muito nos interessa, qual seja: “[...] *O preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. [...]*” (BRASIL, 2003)²⁷⁴

Os argumentos que prevaleceram no caso, em um enfoque hermenêutico constitucionalmente adequado do significado de *racismo*, revelam que o mesmo não é um dado ontológico, mas sim uma construção social, multidimensional, que precisa ser analisado em cada situação específica de aplicação, confrontado com a história e inserido nos compromissos internacionais que o Brasil vem assumindo, compromissos estes que podem ser sintetizados no disposto no inciso IV, artigo 3º do nosso vigente texto constitucional, o qual coloca como um dos nossos objetivos fundamentais enquanto República, a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou forma de discriminação.²⁷⁵

Eis-nos, por conseguinte, diante de um caso que nos permite tratar de questões fundamentais como a liberdade de expressão, o pluralismo e a tolerância, ou seja, qual a fronteira que uma democracia constitucional não pode, nem deve atravessar, sob pena de negar a si própria e a seu projeto recorrente de aprendizagem, em que a mensagem enviada pela decisão, majoritariamente tomada, foi a da responsabilização e do

²⁷⁴ O então Ministro Carlos Velloso, nesta linha, assentou que: “*Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos [...]*.” (BRASIL, 2003)

²⁷⁵ Ainda que não seja objeto central de nosso trabalho realizar uma análise pormenorizada das posições interpretativas adotadas pelos ministros do STF quando da decisão do habeas corpus 82.424-RS, não há como não recuperarmos certos argumentos construídos por Marcelo Cattoni em abordagem crítica, haja vista que o mesmo estudioso, ainda que concordando com o resultado de improcedência do referido habeas corpus, constrói uma linha argumentativa que mostrará sua relevância no decorrer de nosso trabalho, que é a colocação de que a situação discutida no Supremo Tribunal “[...] *não deveria ter sido compreendida como uma colisão entre valores, em que se julga se a liberdade de expressão é melhor ou pior do que, ou para, a promoção da dignidade humana; mas sim julgar se houve, afinal, em face do caso concreto, crime de racismo ou não, à luz das pretensões normativas defendidas na argumentação sustentada pelos envolvidos, e que poderiam ser reputadas abusivas ou não. E, assim, é possível chegar à conclusão, neste caso, de que houve racismo sim, sem que para isso tenhamos de renunciar ao caráter normativo, deontológico do Direito*” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007: 119-120). Também conferir, quanto aos *caminhos hermenêuticos* dos votos adotados no Supremo Tribunal Federal: (OMMATI, 2012).

estabelecimento de uma fronteira ao exercício legítimo da liberdade de expressão, reconhecendo, do mesmo modo que escreve Eduardo Galeano, que “*a impunidade é filha da má memória.*” (GALEANO, 2011: 217)²⁷⁶

Como expresso na ementa deste julgado, “*jamais podem se apagar da memória dos povos [...] os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.*” (BRASIL, 2003)

Sendo assim, o Supremo Tribunal aceitou a tese de que não há que falarmos em raças humanas em termos biológicos, pois após o conhecido Projeto Genoma, ficou evidente que as diferenciações genéticas presentes na espécie humana são mínimas, ou seja, somos um fenômeno em movimento que se revela como uma unidade de plúrimos, multifacetados *eus*, sendo as diferenças resultantes de experiências, tradições e culturas que se fragmentaram no decorrer da nossa história comum, configurando uma igualdade na diversidade.

Neste sentido, quando, no caso concreto em análise, os próprios judeus negam o conceito *biológico de raça*, estão reafirmando que discursos que se fundamentem em tais premissas possuem, ainda que implicitamente, um vocabulário discriminador, estereotipado, no caso, antissemita, demonstrando que a tradição de se analisar o conceito de racismo, tão-somente com base em *teses biologizantes*, deve ser questionada, não sendo aceita de modo ingênuo. Assim, devemos perceber que o racismo, enquanto discriminação pejorativa, surge na esteira do moderno pensamento racial de cunho biológico.

Como bem lembra a filósofa e pensadora alemã, também judia,

a raça foi uma tentativa de explicar a existência de seres humanos que ficavam à margem da compreensão dos europeus, e cujas formas

²⁷⁶ Tais assertivas referentes à memória e ao direito internacional dos direitos humanos foram, elas próprias, esquecidas no julgamento e decisão da ADPF 153/DF, na qual era questionada a Lei no. 6.683/79, denominada Lei da Anistia, em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados (OAB), *grasso modo*, pedia que o artigo 1º, parágrafo 1º, da citada legislação, não fosse considerado recepcionado pelo ordenamento constitucional de 1988, já que não só contrariava os princípios abarcados pela nova ordem, como também chocava-se com documentos e decisões internacionais que não admitem a chamada “autoanistia” para crimes comuns, por afrontarem direitos individuais e coletivos inderrogáveis. Como já dito nas entrelinhas, o Supremo Tribunal Federal considerou a referida arguição de descumprimento de preceito fundamental improcedente, argumentando, basicamente, que a Lei da Anistia tinha sido resultado de um “acordo”, de uma espécie de “reconciliação” entre as partes envolvidas, atingindo tanto os perpetradores da violência, quanto suas vítimas, e que no contexto em que o mesmo se deu, documentos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não eram ainda vinculantes, ou seja, ainda que reconhecendo o direito da sociedade de acessar e analisar os documentos do período, como forma de realizar o “direito à verdade”, a decisão do Supremo Tribunal, dentro da posição por nós adotada, confirma a máxima, explicitada pelo mesmo Eduardo Galeano, de que “*a impunidade exige a desmemória*” (GALEANO, 2011: 34). Conferir, entre outros trabalhos, a premiada tese de doutorado de Emilio Peluso Neder Meyer (2012).

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. (ARENDDT, 1989: 215)

Seguindo tal linha de pensar, a maioria dos ministros divergiu do relator originário, Ministro Moreira Alves, o qual pretendeu interpretar o conceito de *racismo* inserido em nosso texto constitucional quase que com um apelo à “vontade do legislador constituinte”, já que enfatizou que a Emenda Aditiva 2P00654-0, a qual deu origem ao supracitado dispositivo constitucional, tinha sido de autoria de constituintes afrodescendentes, desconhecendo, 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 e culturais de nossa sociedade, denotando as mais diferentes visões e experiências de vida.

Em outros termos, se a posição adotada pelo então Ministro Moreira Alves tivesse sido apoiada, a mesma significaria 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? E o antissemitismo, se não fosse definido como uma atitude racista, qual seria sua determinação legal? E a liberdade de expressão e os discursos de ódio, como seriam balizados? Em síntese, como entender o alcance de *discriminação e racismo*?

Questionamentos como os do parágrafo acima conduziram a maioria do Supremo Tribunal Federal a se valerem dos princípios e de vários instrumentos internacionais que lidam e enfrentam o assunto, recuperando, por exemplo, as disposições contidas na *Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial* da Organização das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 (*em pleno período militar*), a qual objetiva combater a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações, prevenindo e limitando doutrinas e práticas identificadas como racistas.

Em seu ponto preambular, o referido mecanismo já informa que “*a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum*”.

Neste mesmo caminho, o artigo 1º da Convenção em tela dispõe que

[...] a expressão ‘discriminação racial’ significará toda 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. (destaque nosso)

O Ministro Maurício Corrêa também se refere à inserção brasileira na dimensão internacional, recuperando a *Resolução 623 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de dezembro de 1998*, a qual, em seu item 17, “*insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, negrofobia, antissemitismo e outras formas correlatas de intolerância racial.*” (BRASIL, 2003)

Já o Ministro Celso de Melo, em uma “*antecipação de voto*”, ao trabalhar a mesma dimensão internacional dos direitos humanos, anotou algo que, como por nós já destacado, será recuperado em nossas conclusões, trata-se da afirmação de que era necessário

[...] extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. (BRASIL, 2003)

O mesmo Ministro, em outra passagem, afirma que:

[A] intolerância e as conseqüentes práticas discriminatórias, motivadas por impulsos racistas, especialmente dirigidos contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil, a todas as instâncias de poder no âmbito do aparelho do Estado e ao Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2003)

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 *antissemitismo*, dentre outras, configuram as inúmeras dimensões que as práticas racistas têm apresentado no desenrolar do tempo histórico, já que o que conforma referidas gramáticas sociais, além de uma radical aversão a toda *alteridade*, é a presença de uma postura maniqueísta de vida e mundo, em que o *nós* é o inserido, o que conhece a verdade, e o *eles* silenciado e excluído, sem direito a narrar e compartilhar suas próprias vivências.²⁷⁷

²⁷⁷ Poderíamos, nesta linha, ao nos apropriarmos de Todorov (2010: 22-23), desvelar, por exemplo, o fato de que “*bárbaros e civilizados*” não revelam qualquer “*essência*” ou “*natureza*” específica do humano, não sendo exclusividade de nenhum tipo especial de grupo social, podendo ser, no máximo, reflexos de atos, condutas ou escolhas que, para alguns, podem ser motivo de orgulho e autoafirmação, enquanto para

Dentro de tal quadro, vê-se que para o STF as liberdades fundamentais, como a de expressão, não são incondicionadas ou absolutas, podendo e devendo ser limitadas em situações abusivas, pois se a Constituição de 1988 veda enfaticamente qualquer forma de censura, a mesma não protege aqueles que ilegitimamente exercem tais liberdades. A garantia ao direito, constitucionalmente elencado, de liberdade de expressão, na situação exposta, não pode ser compreendida como uma *guarita protetora* para pretensões não validáveis discursivamente. Não há um direito constitucional que garanta ou fomenta ofensas e ódios de qualquer espécie, mas ao contrário, haja vista que liberdade de expressão, sob esta luz, não é apenas um mecanismo “liberal” de “*expressão*”, mas preferencialmente um incentivo à “*comunicação*”, concebendo-se dialogicamente.

Sendo assim, no entendimento do Supremo Tribunal ao decidir o *habeas corpus*, as obras editadas e publicadas pelo cidadão gaúcho foram tidas como de indubitável característica antissemita, configurando um discurso radicalmente discriminatório ao negar os pressupostos básicos do constitucionalismo, podendo ser enquadradas como prática racista, já que tipificadas no então artigo 20 da Lei nº 7.716 de 1989, com a posterior redação dada pela Lei nº 8.081 de 1990, dispondo:

*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.*²⁷⁸

Ora, o citado dispositivo legal, quando tomado em conjunto com vários dos citados documentos internacionais dos direitos humanos, como, por exemplo, com os

outros, gera angústia, remorso e dor. Em termos modestos, buscando ilustrar nosso pensamento, perguntamo-nos quem eram os “bárbaros” quando da presença mulçumana na Espanha até os idos do século XV? Ou, quais foram as ações realizadas pelos civilizados europeus quando chegaram e ocuparam a região das Américas? As respostas a tais questionamentos podem auxiliar, em muito, na compreensão do porquê tantos discursos preconceituosos ainda persistem naturalizadamente em nossas sociedades, em que a liberdade de expressão acaba possuindo, em muitos momentos, um sentido “invertido” de ódio, subordinação e exclusão. Em outros termos, talvez pensar a liberdade de expressão em termos democráticos e constitucionais possibilite-nos superar esta lógica enviesada de representar o mundo, lógica esta, por exemplo, que subjaz no fato de que, “até pouco tempo atrás, o Registro Civil argentino não aceitava nomes indígenas, *por serem estrangeiros*.” (GALEANO, 2011: 49)

²⁷⁸ Ao analisar o artigo supracitado, quando do julgamento do Recurso Especial nº 157.805/DF, o Superior Tribunal de Justiça afirmou em determinada passagem que: “*Incitar, consoante a melhor doutrina é instigar, provocar ou estimular e o elemento subjetivo consubstancia-se em ter o agente vontade consciente dirigida a estimular a discriminação ou preconceito racial. Para a configuração do delito, sob esse prisma, basta que o agente saiba que pode vir a causá-lo ou assumir o risco de produzi-lo (dolo direto ou eventual)*” (STJ – 5ª T. – Resp. nº 157.805/DF – Rel. Min. Jorge Scartezini, *Diário de Justiça*, Seção I, 13 set. 1999, p.87). Registre-se que a citada legislação, após a data deste julgamento, sofreu inúmeras alterações que modificaram não só sua redação, como também o tempo das penas aplicadas.

ditames anteriormente explicitados da *Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial* da Organização das Nações Unidas, sendo interpretado sistematicamente, levando em consideração os princípios constitucionais referentes ao caso concreto, pode ser entendido como um limite normativo para a “liberdade de expressão”. Os denominados *hate speeches* não teriam proteção jurídico-constitucional para propagar posições de ódio radical que pretendam negar a igualdade, o respeito ou o reconhecimento de grupos, coletividades ou indivíduos. Se a garantia fundamental de livre expressão tem como norte a ampla e irrestrita possibilidade de participar do debate público, possui também a dimensão da imputabilidade e responsabilização quando é exercida abusivamente.

Em suma, como afirma o Ministro Celso de Melo, sempre dialogando com o direito internacional dos direitos humanos, o exercício de um direito fundamental como a livre expressão não abarca a prática de ilícitos penais quando transmutado “ao nível primário do insulto” ou da “incitação ao ódio público”, 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, 2003)

Demonstra-se, mais uma vez, a recorrente e forte presença da dimensão internacional nos debates travados ao longo do julgamento, a qual guiou a maioria dos votos quando o tema era especificamente a liberdade de expressão diante dos discursos de ódio, o que pode ser visto pelos incontáveis instrumentos internacionais mencionados pelos ministros durante passagens de seus votos, como, por exemplo, entre outros, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Preâmbulo da Carta da Unesco (1945), a Declaração sobre raça e os preconceitos raciais, também da Unesco de 1978 e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Percebe-se que, neste caso, após a Constituição de 1988, há uma clara opção constitucional pela ruptura com heranças anacrônicas de exclusões sociais ainda tão presentes em nossa sociedade e, simultaneamente, pela expansão da proteção dos grupos sociais historicamente vulneráveis, tais como negros, mulheres, judeus, homossexuais e índios, entre outros, expansão esta que pode ser verificada na maior “[...] interação e conjugação do Direito Internacional e do Direito interno, que

fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógicas próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos.” (PIOVESAN, 2012: 71)

Dentro desta linha, o já lembrado Ministro Celso de Melo afirma ser necessário “[...] *reagir contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, dentre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais.*” (BRASIL, 2003)

O Ministro Gilmar Mendes, empregando a abordagem configurada pelo pensador estadunidense Kevin Boyle, em seu artigo “*The United States versus the rest of the world?*”, também salienta o fato de que a temática sobre a literatura revisionista tem sido debatida em vários países ocidentais (por exemplo, Alemanha, Espanha e a Suíça, entre outros), muitos dos quais, através de legislações penais, tornaram crime “banalizar ou negar” a existência do genocídio dos judeus durante a última guerra mundial.

O que se percebe neste caso é que não há um discurso de ódio, porém discursos, das mais variadas espécies e modos exteriorização, desvelando o fato de que o

[...] discurso do ódio pode se utilizar também da teoria revisionista. Ela tem por finalidade questionar e até mesmo negar a existência do holocausto, ocorrido durante a 2ª. Guerra Mundial. Alguns países entendem que ao se questionar a existência dessa barbárie, está-se na realidade, incitando a volta daquele regime e sua política discriminatória. (MEYER-PFLUG, 2009: 98)

Tais legislações, sem dúvida alguma, suscitam questionamentos acerca das restrições edificadas pelas mesmas, ainda mais quando pensadas em termos de Estado Democrático de Direito, já que a possibilidade de sanção pela defesa de ideias ou posições históricas ou sociais que contrariem o estabelecido pode soar como uma ferramenta de censura indireta por parte do Estado, por, a princípio, fechar a arena pública de debates a tema controversos.

Entretanto, as normas que proíbem e sancionam assertivas que pretendem difundir ideias que visam legitimar ou negar eventos históricos de extrema gravidade, como o holocausto judeu da Segunda Grande Guerra ou o genocídio “esquecido” dos armênios no início do século XX, configuram o que hoje denominamos de *crimes de ódio contra a humanidade*. Em uma perspectiva mais ampla, analisando as mesmas legislações e suas relações com a liberdade de expressão também a partir do direito à memória e à verdade, verificamos que a legitimidade de suas restrições pode advir do fato de que o direito tem o potencial de fazer ouvir as vozes das vítimas destes

injustificáveis eventos, desvelando, com isso, a responsabilidade que cada geração de herdeiros possui diante da escrita de sua própria narrativa constitucional.

Liberdade de expressão, assim, não é construída apenas como um instrumento normativo que possibilita que todas as opiniões e representações da vida e da história sejam apresentadas sem qualquer interferência prévia, mas que também possibilita que o direito à verdade possa ser exercido, direito este que exige a responsabilização de discursos que, por detrás ou nas entrelinhas de “pesquisas ou trabalhos acadêmicos”, em realidade, ocultam ou disfarçam a propaganda de mensagens de ódio e de incitamento à exclusão e violência.²⁷⁹

Denota-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal entendeu que o argumento do paciente de que se tratava de mera obra histórica, coberta pela garantia fundamental da liberdade de expressão, mostrou-se insustentável em termos discursivos, já que, inequivocamente, não reconhece a existência do *outro* como igual, nem o seu igual direito ao diálogo, configurando, em realidade, o que Derrida (DERRIDA, 1992:189) denominou de “perversão historiográfica” (*perversión historiográfica*), em uma pretensão abusiva ou ilegítima de exercício de direito.

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, em texto acima lembrado, a situação não versava nem mesmo sobre um suposto “*revisionismo histórico*”, mas sim, na “[...] *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 [...]*.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007a: 120)

Observa-se, desta maneira, que a circunstância da nossa Constituição garantir plena liberdade de pensamento e expressão, vedando claramente qualquer tipo de controle prévio ou censura (art.5º, inc. IX; art. 220, par. 2º.), não implica que a mesma impossibilite uma responsabilização posterior das consequências do exercício deste

²⁷⁹ Em um pequeno parêntesis, podemos dizer que a legislação mais conhecida nesta linha é a denominada *Lei Gayssot* (Lei no. 90-615/1990), existente na França, 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.” (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, *tradução nossa*). Disponível em : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/a87880043.html>>. Acesso em: 11/10/2013.

mesmo direito fundamental, como se tivesse estabelecido uma zona imunizada, em que nem mesmo os abusos mais graves pudessem ser sancionados. Ou seja, se levarmos a sério tanto o nosso projeto constitucional de democracia quanto a sua inserção no cenário internacional vigente, veremos que a responsabilização e possíveis restrições podem ser aplicadas e construídas como ferramentas, constitucionalmente adequadas, de fomento da própria liberdade de expressão.

Pois, como o já muitas vezes lembrado Ministro Celso de Melo adverte:

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela liberdade de expressão. (BRASIL, 2003)

Deste modo, da posição majoritária neste caso podemos aferir que, ao contrário do que predomina na Suprema Corte Norte-Americana, o conteúdo do discurso, ainda mais por sua ambígua ofensividade, foi considerado no confronto com as exigências do próprio projeto democrático como configurado em nosso texto constitucional de 1988. Sem dúvida que a liberdade de expressão visa permitir o debate público mais aberto e contundente possível sobre temas de interesse da sociedade civil, sendo os conflitos entendidos como constitutivos das democracias constitucionais, todavia, a mesma liberdade tem como escopo central o fomento do diálogo e da alteridade, não a exclusão da diferença.

Diga-se que concordamos com o Ministro Marco Aurélio, o qual, como vários de seus colegas, também interage com o direito internacional e com o direito comparado, quando o mesmo, em sua posição minoritária, que, em nossa interpretação, é em linha confluyente com a visão dominante nos Estados Unidos, mostra-se preocupado com a possibilidade de censura e com a efetiva garantia e proteção da liberdade de expressão como instrumento essencial para a “*autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular*” (BRASIL, 2003). Também a ele nos associamos quando o mesmo salienta a importância da memória das tentativas de silenciamento, quando recupera a questão da Inquisição, e do esquecimento, quando faz remissão ao por nós também lembrado *Decreto do Esquecimento* de Rui Barbosa. (BRASIL, 2003)

Como escreve *Samantha Ribeiro Meyer-Pflug*:

O Min. Marco Aurélio em seu voto defendeu que a publicação de livros de caráter antisemita não caracteriza, por si só, incitação ao crime de racismo. Consoante o disposto em seu voto as obras

publicadas pelo paciente têm um caráter ideológico e, portanto, não configurariam racismo. (MEYER-PFLUG, 2009: 206)

A mesma autora diz que, conjuntamente com o Min. Carlos Britto, o Min. Marco Aurélio entendeu que “[...] *publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento, de ideias e convicções. Trata-se de um ato que se encontra no plano da reflexão, não no plano da ação, não está no plano da conduta, não é uma prática.*” (MEYER-PFLUG, 2009: 206)

Com efeito, o Ministro Marco Aurélio marca, de modo nítido, sua posição, após reconhecer toda a complexidade constitucional do caso, quando escreve, na página 26 de seu voto, que:

Garantir a expressão apenas das ideias dominantes, das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar ideias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais, uma vez que essas ideias somente são assim consideradas quando comparadas com o pensamento da maioria. (BRASIL, 2003)²⁸⁰

Em suma, para o citado Ministro, enfatizando a dimensão instrumental da liberdade de expressão em uma democracia constitucional,

[À] medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou majoritário. (BRASIL, 2003)²⁸¹

Entretanto, discordamos de suas conclusões, pois entendemos, como temos tentado mostrar, que é por demais descontextualizado apostarmos apenas no *livre*

²⁸⁰ Saliente-se, que para o Ministro Marco Aurélio, coerente com sua linha de raciocínio, “[A] *única restrição possível à liberdade de manifestação de pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas [...] com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do País”, “peguem as armas e vamos exterminá-los.”* (BRASIL, 2003)

²⁸¹ Observemos que, mesmo pautando-se por um balizado questionamento quanto à ingerência governamental no campo da liberdade de expressão, salientando que “*a livre manifestação de pensamento é uma expressão da individualidade e da liberdade*”, o Ministro Marco Aurélio anota que: “*O que importa, [...] é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo.*” (BRASIL, 2003)

*mercado das ideias*²⁸², no qual explicitar e debater, não obstante ser o ideal de qualquer democracia, pode concretizar o efeito contrário, que é silenciar e invisibilizar, institucionalizando “censuras privadas”, já que este “mercado” não é acessível igualmente a todos os partícipes dos debates públicos.

Ora, como por nós já destacado, a intervenção do poder público na seara da liberdade de expressão é um risco, mas também como antes dito, admitir este risco não pode encobrir a circunstância, verificável cotidianamente, de que as relações privadas são determinadas por graves distorções e assimetrias, sendo que certos grupos tem um poder de influência muito mais efetivo do que outros.

Assim, ainda que compartilhando algumas das preocupações do Ministro Marco Aurélio, partimos de uma distinta chave de leitura, a qual visualiza a relevância de não desconsiderarmos a chamada aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Desta maneira, entendemos que situações concretas como a descrita no paradigmático *habeas corpus* impõem-nos distinguir entre censura e responsabilização, pois a defesa da proibição da censura estatal, algo basilar em um Estado Democrático de Direito, pode ocultar, via uma pretensão abusiva a direito, o desejo de subordinar e oprimir.

Em outros termos, garantir o mais amplo pluralismo de vozes é essencial para a autonomia dos indivíduos, já que potencializa a crítica aos atos dos governos e a saídas autoritárias. Porém, há uma diferença central entre tentar impedir que se publique pensamentos e posições, ainda que vis, e a responsabilização pelos danos destas publicações naqueles que se sentirem atingidos, sendo que estes mesmos danos não são reduzidos ao que é visível, explícito ou aparente.

Entre tantas infelizes situações que ilustram esta distinção entre censura e responsabilização pelos *danos* causados através dos discursos de ódio, temos a internauta que, após o resultado do pleito eleitoral de 2014, postou em sua página do *facebook* a mensagem em que, entre outros muitos dizeres ofensivos, desejava que o vírus Ebola chegasse ao Brasil pela região nordeste. Ora, nenhuma medida prévia foi tomada, pelo aparato público, que impedisse o livre direito de postar nas redes sociais. Todavia, *após* o conteúdo ter sido livremente publicado, o mesmo foi contestado por aqueles que se viram atingidos pelas pesadas palavras, o que levou a busca, via entidades como, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público

²⁸² O referido Ministro Marco Aurélio, escrevendo sobre a liberdade de expressão como *garantia da diversidade de opiniões*, aponta como uma das *finalidades substantivas* desta mesma garantia “[...] a criação de livre mercado de ideias em que se privilegia o intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada” (BRASIL, 2003).

Federal, de responsabilização da cidadã que teria ido além das fronteiras legítimas da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito.²⁸³

Deste modo, para nos apropriarmos livremente das indagações formuladas por Waldron (2010: 1648)²⁸⁴ diante das posições defendidas por Dworkin, pois este último pensador defende que restringir discursos de ódio é contrário à legitimidade da democracia, assumimos que o *hate speech* não é uma contribuição ao debate público, e que sua restrição não fecha nem deslegitima a esfera pública de debates, já que partimos do entendimento de que legitimidade, em uma democracia constitucional, é construída discursiva e dialogicamente nas interações sociais, não via algum suposto *direito de ofender*.

Além disso, temos sérias dúvidas quanto ao fato, lembrado pelo citado Ministro Marco Aurélio, de que a análise histórica e social do contexto brasileiro mostraria que, “salvo infelizes ocorrências”, não encontramos tendências antissemitas em nossa população, o que comprovaria o impacto reduzido de pensadores radicais entre nós, deslegitimando restrições que porventura viessem a ser aplicadas.

Nossas dúvidas, entre outras variáveis que poderiam ser colecionadas, devem-se, por exemplo, ao fato de que durante “*os governos de Vargas e Dutra*” (entre 1937 e 1948), existiram “circulares secretas antissemitas”, as quais visavam “*impedir a concessão de vistos aos judeus refugiados e sobreviventes dos campos de concentração*” (TUCCI, 2012: 81). Nessa linha, a mesma historiadora Maria Luiza Tucci Carneiro, em sua obra “*O antissemitismo na Era Vargas: fantasmas de uma geração (1930-1945)*” (1988), revela que o pensamento antissemita era forte entre diversos altos setores do governo, sendo exteriorizado não apenas quando da não concessão de vistos de entrada, mas também na deportação arbitrária de inúmeras pessoas, ainda que com risco de vida, como comprovado pelo caso emblemático de Olga Benário²⁸⁵, lembrado por *José Emílio Medauar Ommati* (OMMATI, 2012:105-106).²⁸⁶

²⁸³ Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/27768/folha-de-sao-paulo-oab-quer-inquerito-sobre-racismo-na-internet>>. Acesso em: 10/11/2014.

²⁸⁴ “[...] *there is something odd about Dworkin’s legitimacy argument. The impression he gives is that the discourse to which racist hatemongers offer their “contributions” is a living element of public debate, on which we divide temporarily into majorities and minorities, but in respect to which no majoritarian laws can be legitimate unless there is some provision for this important debate to continue, so that the losers (the racists and the bigots) have a fair opportunity to persuade the majority of their position on these fundamentals the next time around.*” (WALDRON, 2010: 1648)

²⁸⁵ Olga Benário era uma militante comunista que veio ao Brasil, a mando da Internacional Comunista, com a tarefa de proteger o líder do partido Luís Carlos Prestes, de quem se tornaria posteriormente

Assim, não obstante entendermos e reconhecermos como fundamentais diversas das preocupações expostas pelo Ministro Marco Aurélio no que tange à liberdade de expressão em várias passagens de seu voto, estamos mais próximos da conclusão sintetizada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, quando o mesmo ressalta que “*é certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios e instrumentos.*” (BRASIL, 2003)²⁸⁷

Aqui podemos visualizar que, aliado à esfera internacional e protetiva dos direitos humanos, temos também, com grande força, as dimensões da memória e da história, as quais, explícita e implicitamente, nortearam a decisão do Supremo Tribunal no julgamento do caso em questão. A posição do STF de não considerar a publicação de livros e obras demasiadamente ofensivas e preconceituosas cobertas pela liberdade de expressão, configurando, assim, o que chamamos de discurso de ódio, coaduna-se com a visão, predominante nos documentos internacionais, que propugna um redimensionamento do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, criticando visões que defendem que o Estado deve abster-se de interferir no cenário social, já que há sempre o grave perigo do mesmo apoderar-se desta arena pública. Ou seja, o dever de proteção não seria só contra o Estado, mas também aplicável no espaço privado das relações, concretizando um alargamento do âmbito normativo dos direitos fundamentais, superando as posturas que entendem que os mesmos somente valem em relação ao aparato estatal.

companheira. Após ser presa, mesmo estando grávida, foi deportada para Alemanha, o que equivalia a declaração de uma sentença de morte, já que a mesma além de comunista era judia, e tal “sentença” foi executada no ano de 1942. Ressalte-se, que no período, a defesa de Olga Benário impetrou um habeas corpus (HC 26.155) para que a mesma não fosse enviada a Alemanha nazista, o qual acabou por não ser concedido pelo Supremo Tribunal Federal em 1936. A este respeito, o Ministro Celso de Mello disse que o “pedido [do HC] lamentavelmente não foi conhecido.” (MELLO FILHO, 2011: 33)

²⁸⁶ Sobre o tema, ver o parecer apresentado por *Celso Lafer* no referido HC 82.424, o qual recupera inúmeros apontamentos da citada historiadora *Maria Luiza Tucci* (LAFER, 2004). Outra análise mais detalhada desta específica *interpretação histórica* exposta no voto do Ministro Marco Aurélio, pode ser conferida em: (OMMATI, 2012: 103-116).

²⁸⁷ As preocupações expostas com o risco de censuras oficiais são sempre legítimas, haja vista que, em nossa história, não foram poucos os momentos em que o Estado buscou amordaçar a sociedade, bastando recuperarmos, por exemplo, o fato de que ainda no período colonial o “*governo se punha vigilante contra os princípios jacobinos e as abomináveis ideias francesas, proibia os livros perniciosos, cerceando livros que promoviam a inquietação das consciências para conservar o povo em sossego* – expressão do marquês de Lavradio, ao fim do século XVIII” (MARTINS, 2002: 164-165) e que durante o nosso último regime militar iniciado em 1964, o “*semanário Opinião*, que circulou entre outubro de 1972 e abril de 1977, teve três edições apreendidas; uma embargada na gráfica antes da impressão e outra inviabilizada porque foram cortadas 170 das 346 laudas da edição, sem que os redatores pudessem substituí-las. Ao longo das 230 edições semanais, foram vetadas 4752 laudas, volume próximo às 5796 laudas impressas nos quatro anos e meio de existência do semanário.” (MAIA, 2002: 469)

Merece assim realce, a posição argumentativa elaborada pelo Ministro de Celso de Mello, quando o mesmo, ao refletir sobre a memória, recuperando o significado subjacente ao chamado *Dia da Recordação dos Mártires e Heróis do Holocausto*, que ocorre em Israel, todos os anos, no dia 29 de abril, escreve que também o Supremo Tribunal Federal não poderia ser “[...] *indiferente, no exame dessa controvérsia, à grave advertência que a História nos impõe, pois também aqui e agora, é preciso “lembrar e recordar – jamais esquecer”.*” (BRASIL, 2003)

Reafirma-se, desta maneira, que, se no campo de aplicação de um direito fundamental como a liberdade de expressão, há a prevalência de uma obrigação negativa, a mesma, em uma democracia constitucional, não é contraditória nem excludente com uma exigência de atuação positiva do Estado, reconhecendo que a neutralidade do Estado ou sua omissão, também reflete uma opção, a qual pode ter impactos silenciadores na esfera dos direitos fundamentais dos grupos historicamente vulneráveis, principalmente diante daqueles discursos que negam completamente a dimensão de igualdade que o diferente também possui.

Em síntese, nos debates travados durante o julgamento do *habeas corpus* podemos encontrar, mesmo que nas entrelinhas, a tensão entre o sentido e o alcance do público e do privado, da liberdade e da igualdade, tensão esta que foi, em nossa leitura, (re)construída de modo complementar e não excludente, o que, por consequência, redefiniu o âmbito normativo de aplicação do direito fundamental da liberdade de expressão. Essa redefinição explica as inúmeras remissões tanto a decisões e instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos, quando à importância da memória e da historicidade, o que reflete, em muito, a linha de atuação que vem se sedimentando em documentos e organismos como, por exemplo, as já lembradas Convenção e Corte Europeia de Direitos Humanos, que não só admitem, mas que, em situações específicas, exigem a responsabilização, mesmo que penal, daqueles indivíduos que ofendem profundamente os princípios que conformam a democracia constitucional.

Como Daniel Sarmento observa,

[...] a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa. (SARMENTO, 2006b: 185)

Dentro deste arcabouço, entendemos ser interessante dialogarmos com Flávia Piovesan, pois a mesma constrói um raciocínio que nos é muito caro, haja vista que ao criticar a então aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei no. 9.099/1995) aos casos de violência doméstica contra as mulheres, já que a referida legislação tem como escopo as chamadas “infrações penais de menor potencial ofensivo”, ressaltou que esta aplicação legitimou a visão de que “[...] **a violência contra a mulher era infração penal de menor potencial ofensivo e não grave violação a direitos humanos**” (PIOVESAN, 2012: 309, destaques nossos), o que, baseando-se em dados oriundos de pesquisas realizadas sobre a eficácia deste procedimento, permitiu que a mesma pensadora do direito afirmasse que o emprego da Lei dos Juizados Especiais para tais situações de extrema gravidade contra as mulheres “[...] **implicava a naturalização e legitimação deste padrão de violência, reforçando a hierarquia entre os gêneros.**” (PIOVESAN, 2012: 309, destaques nossos)

Em suma, nas palavras da professora paulista,

[O] grau de ineficácia da referida lei [Lei dos Juizados Especiais] revelava o paradoxo de o Estado romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade a violações que ocorrem no domínio privado, para então, devolvê-las a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar à vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira... Os casos de violência contra a mulher ora eram vistos como mera “querela doméstica”, ora como reflexo de ato de “vingança ou implicância da vítima”, ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, por seu comportamento, a resposta violenta. (PIOVESAN, 2012: 309-310)

Ora, será que este modo de pensar, esta chave de leitura, não seria também válida para outros grupos sociais vulneráveis, como, por exemplo, negros, judeus, homossexuais? Não seria o caso, quando de situações que envolvam o âmbito normativo dos direitos fundamentais, de interpretarmos, de modo transcendente, decisões como a acontecida no habeas corpus 82.424, as quais reconhecem a relevância de uma dimensão adequada de “proteção”, igualdade e não discriminação?²⁸⁸

²⁸⁸ Analisando os argumentos do STF na decisão sobre o HC 82.424/RGS, Guilherme de Souza Nucci desenvolve um argumento que se mostra de enorme relevância na compreensão de nosso tema, qual seja, que a citada decisão “*abre precedente para que o termo racismo seja o gênero do qual se espelham as demais espécies de preconceito e discriminação, como cor, origem, etnia e, inclusive, ilustrando, por orientação sexual. Neste último caso, não se poderia deixar de considerar racista a pessoa que impedisse acesso a um lugar público de um homossexual, bem como proferisse contra ele injúria com base em sua opção de orientação sexual. Se racismo é mentalidade segregacionista não há dúvida de que se deve proteger todos os agrupamentos sociais, independentemente de padrão físico ou ascendência comum.*” (NUCCI, 2009: 670)

Tendo esta linha como fio condutor, devemos também refletir sobre o julgamento da anteriormente lembrada ADI 4.424²⁸⁹, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, que requeria uma “interpretação constitucionalmente adequada” de certos dispositivos da já citada Lei Maria da Penha, defendendo a tese de que, perante o nosso sistema constitucional de defesa dos direitos fundamentais, os crimes cometidos contra as mulheres deveriam ser tidos como de ação penal pública incondicionada, não restando apenas sob o domínio discricionário da vítima, já que há um interesse de toda sociedade que tais atos violentos sejam reprimidos e punidos. Em sua decisão, o Supremo Tribunal, por maioria, considerou procedente a ação direta, dando uma interpretação conforme aos artigos citados pela Procuradoria da República, dispondo ser incondicionada a ação penal em casos de crimes contra mulheres em situação doméstica, ou seja, com tal decisão, o Ministério Público passa ter legitimidade para dar início a tal ação penal, prescindindo da representação da mulher ofendida.

Não obstante todos os questionamentos que podem ser levantados, sobre se houve ou não uma tutela excessiva por parte da maioria dos ministros, não há como negar que tal decisão, assim como a tomada no habeas corpus 82.424, explicitou um dever do Estado de coibir a violência, seja a produzida no âmbito familiar e doméstico, seja a realizada através do discurso. Isto é, estas decisões do Supremo Tribunal assentam um padrão interpretativo que indica que as violações dos direitos fundamentais não ocorrem apenas quando o aparato estatal atua de modo abusivo ou com excesso, porém também quando o mesmo decide não agir, não intervir, concretizando a denominada “proteção insuficiente ou deficiente”.

Considerando os argumentos que prevaleceram nestas decisões, podemos verificar que houve uma espécie de deslocamento das questões, que saíram de uma dimensão que se queria “imune”, pois “apenas” privada, onde a liberdade e a igualdade soam quase como abstrações formais para os historicamente atingidos pelas “violências”, conformando uma postura de indiferença que acaba por produzir um sentimento de “não pertença constitucional”, caminhando para uma posição que reconhece que o Estado não é o único que perpetra atrocidades, deslocar este, que fez com que o Supremo Tribunal Federal, a partir de nossa leitura do caso específico do habeas corpus aqui tratado, considerasse que o sentido de racismo engloba não só atos de violência e exclusão contra os afrodescendentes, mas qualquer conduta radical e

²⁸⁹ADI 4.424/DF, 2010, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 11/10/2013.

negativamente preconceituosa às pessoas em razão de cor, gênero ou religião, além de não cobrir com a liberdade de expressão a defesa, propagação ou incitamento a tais comportamentos discriminatórios e pejorativos.

Quando a maioria do Supremo Tribunal Federal reconhece que não há raças, mas sim uma espécie humana, em que a diversidade não é reflexo, em si mesma, de algum intrínseco caráter genético ou biológico, sendo mais fruto da pluralidade de contextos e culturas, e que a mesma Constituição que veda a censura também permite interpretar o racismo como qualquer discriminação injustificável e odiosa, possibilitando responsabilizar abusos cometidos, podemos visualizar que o mesmo STF está, em realidade, explicitando um padrão interpretativo que transcende o caso concreto decidido. Isto é, os argumentos que sustentaram a referida decisão no habeas corpus, ao destacarem o papel da memória na efetivação dos direitos fundamentais, aliada à tendência do direito internacional de combater todas as formas de discursos de ódio, acabaram por edificar uma posição, como por nós já salientado, em que o racismo deixa de ser uma questão meramente individual, fazendo com que as fronteiras da liberdade de expressão, enquanto responsabilização posterior, possam ser legitimadas discursivamente.

Nesta linha, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da ADI 4.274/DF, afirma que, em sua visão e a partir de “algumas premissas” assentadas no habeas corpus 82.424, não se poderia “extrair do texto constitucional que toda e qualquer reunião” possa ser permitida (BRASIL, 2011)²⁹⁰, em que a referência ao direito de reunião admite ser substituída pelo direito ao exercício da liberdade de expressão.

Na mesma ação direta, o Ministro Celso de Mello, salientou que

[Q]uaisquer pessoas ou grupos de pessoas poderão - e terão esse direito - de exprimir, em espaços públicos, novas ideias e novas propostas, não se podendo impedir, “ex ante”, a sua livre circulação, sob pena de se estabelecer uma situação de domínio institucional, por parte do Estado, sobre o pensamento dos cidadãos, notadamente sobre o pensamento crítico. (BRASIL, 2011)

O mesmo Ministro, entretanto, reconheceu que tal “abertura” não implicava dizer que a liberdade de expressão ou a de reunião fossem “absolutas”, afirmando que a “proteção jurisdicional das liberdades fundamentais de reunião e manifestação do pensamento não significa, [...], autorização para que práticas criminosas sejam

²⁹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274/DF, 2011. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 23/11/2013.

cometidas”, afirmando também, com base no Pacto de São José da Costa Rica (sobre direito humanos), o “repúdio”, decorrente de nosso sistema constitucional, aos “*hate speeches*”. (BRASIL, 2011)

Como escreve José Emílio Medauar Ommati (2012: 99-103), nenhuma restrição ou sanção ao conteúdo do discurso, em um Estado Democrático de Direito, pode ser estabelecida *a priori*, pois o que é permitido constitucionalmente é a responsabilização pela mensagem emitida, responsabilização esta, que só se dá após o discurso ter sido proferido, ou seja,

[...] o respeito à liberdade de expressão depende da situação concreta, pois se usarmos pretensamente da liberdade de expressão para ferirmos a igualdade de uma pessoa ou grupo de pessoas, já não estamos mais no exercício da liberdade de expressão, mas estaremos tentando abusar desse direito. (OMMATI, 2012: 100)

Ora, se nos apropriarmos livremente do modo como Charles Lawrence (1990, 1992) interpreta o precedente *Brown v. Board of Education*²⁹¹, entendemos, como já expusemos, que podemos traduzir as posições acima colocadas, principalmente às referentes ao habeas corpus sobre a publicação de obras preconceituosas e ofensivas a comunidade judaica, como um parâmetro interpretativo que pode nos permitir ver como discursos de ódio todas as formas discriminatórias que busquem subordinar, subjugar ou excluir qualquer dos grupos sociais vulneráveis. Ou seja, os argumentos expostos nas páginas acima funcionariam como um “*precedente*” que possibilitaria a edificação de fronteiras aos discursos e práticas racistas, fronteiras estas que se mostram não só permitidas constitucionalmente, mas que são até mesmo exigidas quando estamos diante do chamado *hate speech*.

Além disso, tal apropriação pode nos auxiliar a desconstruir certas posições naturalizadamente sedimentadas, já que o âmbito da liberdade de expressão passa a ser confrontado com o impacto que algumas mensagens produzem em seus *alvos*, independentemente se o emissor é público ou privado, já que a questão passa a ser concernente a toda sociedade, ou seja, constitucional, pois a luta por direitos é luta por sentido de Constituição, na qual esta é mais que um texto, pois projeto compartilhado de vida, compromisso com a liberdade e a igualdade.

²⁹¹ “We do not normally think of *Brown* as being a case about speech. Most narrowly read, it is a case about the rights of black children to equal educational opportunity. But *Brown* teaches us another very important lesson: that the harm of segregation is achieved by the meaning of the message it conveys.” (LAWRENCE, 1992: 793-794)

Logo, pensarmos o alcance do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão em confronto com os discursos de ódio implica em reconhecermos que este direito é constitucional, enraizado historicamente, inserido em incontáveis disputas de sentido, em que os limites, quando legítimos, são também exigência da Constituição, o que impõe, de modo recorrente, sob pena de esvaziarmos o sentido desta liberdade fundamental, a tarefa de nos indagarmos, *crítica e reflexivamente*, como cidadãos maiores de idade, “*qual é o Brasil que nós constituímos?*” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006: 48)

2.2.2 Para onde iremos: a liberdade de expressão como um instrumento de explicitação dos discursos do ódio no cenário brasileiro

Como temos procurado demonstrar, entendemos que a liberdade de expressão, como aqui trabalhada, pode revelar-se um importante instrumento de análise para buscarmos responder à questão levantada pelo Professor Marcelo Cattoni de Oliveria [*qual é o Brasil que nós constituímos?*], já que a mesma pode nos ajudar a desocultar e desconstruir uma série de gramáticas e práticas sociais que não são problematizadas, as quais, por exemplo, fazem-nos crer que ofender aos moradores do nordeste é apenas a expressão de uma opinião, ou que, fazermos piada sobre caricaturas preconceituosas sobre negros, judeus ou homossexuais é, no máximo, um *humor sem graça*.

Em outras palavras, assumindo a importância de vários dos argumentos expostos acima, principalmente aqueles encontrados nos debates travados no habeas corpus 82.424, reconhecendo que os mesmos transcendem aquele específico caso, já que dizem respeito ao próprio sentido de Constituição, poderemos, talvez, descobrir que inúmeras situações envolvendo as várias faces que os discursos de ódio podem apresentar precisam ser confrontadas com o sentido constitucional e democrático do que seja livre expressão. Isto é, ainda quando o exercício desta liberdade fundamental não seja diretamente debatido nas situações concretas, a mesma pode ser empregada como uma alavanca que destampa conflitos abafados, expondo o anacronismo de certas estruturas sociais e das mensagens transmitidas por estas, sendo um parâmetro hermenêutico que nos permite, por exemplo, aferir a “ausência de Constituição” em alguns julgados e decisões.

Como lembra *Lenio Streck* (2004), ao escrever sobre a “inefetividade da Constituição”, é preciso refletirmos sobre casos como o acontecido, por exemplo, em uma cidade gaúcha, no qual uma mulher foi presa em flagrante por tentativa de furto de

uma tampa de lata de lixo, mulher esta, ressalte-se, que ganhava seu sustento do “recolhimento de materiais” encontrados na rua e sua posterior venda. Diga-se mais, no caso, “o flagrante foi homologado, sendo a indiciada [acusada] recolhida à Penitenciária [...], em Porto Alegre, [...], onde permaneceu presa durante longos seis dias. Somente por intermédio de *habeas corpus* deferido pela 5ª. Câmara Criminal do TJRS é que a autora do delito foi posta em liberdade” (STRECK, 2004: 79).²⁹²

Importa dizer, assim, que a liberdade de expressão, se não constitucionalizada, pode ocultar esta inefetividade, não tornando visível que o acesso à arena pública de debates ou aos processos decisórios não são democraticamente isonômicos. O fato é que as fronteiras que dizem não a certas persistências excludentes, até mesmo escravocratas, afirmam, a contrário senso, um sim ao fomento do diálogo, do pluralismo que realiza o plural, sendo o projeto de aprendizagem constitucional sinônimo de fomento e compartilhamento de uma igualdade na diferença.

Com efeito, não há como negarmos, ao refletirmos sobre os impactos dos discursos de ódio no cenário brasileiro da liberdade de expressão, o peso que certas heranças podem ainda apresentar, como aquelas oriundas de pensamentos desenvolvidos no decorrer do meado do século XIX, por exemplo, pelo médico e antropólogo *Nina Rodrigues*, quando o mesmo “advogava a existência de dois códigos [penais] no país – um para negros, outro para brancos –, correspondentes aos diferentes graus de evolução apresentados por esses dois grupos” (SCHWARCZ, 2001:24).

Muito destas *ausências e inefetividades* devem-se à presença, ainda forte no cenário brasileiro, de uma identidade constitucional que foi conformada historicamente para ser indiferente ou esquecer *certos brasileiros*, pois a cidadania não era um direito extensivo a todos, já que *cada um deveria ficar em seu lugar*, em que, por exemplo, podemos perceber já em *Nina Rodrigues*, entre outros pensadores do período²⁹³, que o

²⁹² Podemos, na mesma linha, “visualizar” a mensagem de não pertença constitucional subjacente, por exemplo, à antiga contravenção de “mendicância”, e porque a mesma só foi expressamente revogada em julho de 2009 (Lei 11.983/2009), ou o porquê de outra contravenção, a de “vadiagem” (art.59, Decreto-Lei 3.688/41), ainda estar formalmente vigente, a espera que as propostas legislativas de sua total revogação sejam concretizadas.

²⁹³ Pensadores como, por exemplo, *Silvio Romero*, para quem “*todos os brasileiros se tornariam brancos*” (COSTA, 2006: 168-169) ou *Oliveira Viana*, os quais, cada um com suas especificidades, comungavam de uma visão “eugênica”, a qual se fundamentava em um “discurso científico” de base “racialista”, em que, *grosso modo*, a “mistura das raças” era entendida como um grave obstáculo ao sonhado “desenvolvimento” brasileiro enquanto nação, o que implicava a defesa de uma “homogeneidade étnica”, a qual devia se basear na cultura branca advinda da Europa, já que no velho continente, não

ato de reconhecer a diferença, a alteridade, pode não fazer diferença alguma, já que a estrutura social permanecia intocada, ou seja, quem *nasceu dentro, dentro estava, já eles, os outros, fora* deviam ser mantidos, ainda que “a bala, espada ou incontáveis estados de sítio”, como a nossa origem republicana bem ilustra em sua forma de lidar com os vários movimentos e demandas sócias daquele período.

Estes passados que resistem em passar, existentes como espectros, para lembrarmos-nos mais uma vez de Derrida (1994), é que ainda traduzem, por exemplo, o exercício da liberdade de expressão e o sentido do que seja discurso de ódio a partir de uma ótica egoisticamente individualista, contra o Estado, em que os direitos fundamentais seguem a mesma lógica da propriedade, do domínio. Isto é, direitos não de autonomia compartilhada, mas de soberanias daqueles que possuem acesso privilegiado, tanto materialmente, quanto cognitivamente, aos processos decisórios, já que estes são *escritos em sua língua*, sendo a defesa de direitos transformada naturalizadamente em defesa de interesses.

Estratégias interpretativas estas que, em realidade, procuram abafar a circunstância de que, *em princípio*, uma dose de violência, medo e exclusão simbólica, para recuperarmos os ensinamentos de Bourdieu, aparentam perdurar na interpretação das situações envolvendo o livre direito de nos expressarmos, pois como adverte um estudioso da Revolta da Chibata, muitas das “[...] estruturas de dominação combatidas pelos rebeldes de 1910, apesar das mudanças, permanecem na sociedade brasileira, ao que parece, baseadas em preconceitos [...] nem sempre explicitados.” (MOREL, 2009: 24)

Tomando a sério todos os argumentos até aqui expostos, assumindo que a liberdade de expressão pode ser um parâmetro para verificarmos a existência ou não de práticas racistas, entendidas estas como qualquer radical e ilegítima discriminação por algum “elemento exterior” da pessoa atingida, ainda quando esta liberdade maior, aparentemente, não esteja diretamente presente no caso, é que nos indagamos qual a mensagem transmitida por decisões, que ressaltamos não serem isoladas, pois representam a vertente dominante na esfera criminal, que afirmam que nominar alguém, entre outras “palavras”, de “*negro sujo*”, “*negro baderneiro*” ou “*quadrilheiro*”, não

haveria toda esta “degradante miscelânea.” Conferir, entre outros: (SCHWARTZ, 1993, 2007), (COSTA, 2006) e (CARNEIRO, 2000).

constitui crime de racismo²⁹⁴, o qual, como constitucionalmente posto, é imprescritível, mas sim o tipo de injúria qualificada²⁹⁵, a qual, por ser de ação penal condicionada a representação, decai em seis meses quando nenhuma medida é tomada pelo ofendido, de acordo com o Código Processo Penal (art.38), o que acaba levando, em grande número de casos, à declaração, *de ofício*, da extinção da punibilidade.²⁹⁶

A justificativa técnica apresentada para tal desclassificação, *grosso modo*, é que não obstante as ofensas serem dirigida em razão da cor ou da raça, não ocorre o dolo de atingir todo o grupo social ou coletividade, mas tão somente a honra subjetiva do indivíduo especificamente ofendido, o que faz com que tais epítetos tornem-se assunto exclusivamente privado.

Pensemos também o caso do Recurso Especial 911.183/SC, julgado pela 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2008, que envolvia a denúncia, por suposto crime de racismo (art. 20, da Lei 7.716/89), contra um jornalista em razão do mesmo, durante seu programa na televisão, ter realizado ataques verbais contra determinadas comunidades indígenas do sul do Brasil por causa da disputa por demarcação de terras em 1999.

Segundo a peça acusatória do Ministério Público, o jornalista teria dito, entre outras falas, enquanto tecia comentários sobre os conflitos agrários que ocorriam na região, que a

[...] *“indiada meio que dificulta o processo lá, né, trabalhar muito pouco, não são chegados ao serviço [...]”, além de afirmar que “[...] daqui a pouco vão ser donos da cidade, se bobear vão invadir a sua casa, vão te arrancar de dentro [...], então a indiada vai continuar essa sangria desatada [...]” e também que “o índio tem terra, mas não planta, é mais fácil roubar, tomar de alguém que plantou e se dizer*

²⁹⁴ A título de reflexão, devemos ter em mente dados do ano de 2010, do denominado *Programa de Redução da Violência Letal Contra Adolescentes e Jovens* (PVRL), citados em artigo do Boletim de Análise Político-Institucional do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), dados estes que revelam que no “[...] conjunto da população residente nos 226 municípios brasileiros com mais de 100 mil habitantes, calcula-se que a possibilidade de um adolescente negro ser vítima de homicídio é 3,7 vezes maior em comparação com os brancos.” (OLIVEIRA JÚNIOR; LIMA, 2013: 21)

²⁹⁵ Tipificada no art.140, §3º, do Código Penal com as alterações posteriores.

²⁹⁶ Conferir, entre outros: Apelação Crime Nº 70009621897, 8ª. Câmara Criminal, TJRS, Rel. Marlene Landvoigt, Julgado em 12/09/2007; Apelação Crime Nº 70026731083, 2ª. Câmara Criminal, TJRS, Rel. Osnila Pisa, Julgado em 29/01/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>. Acesso em: 12/12/2013. Além de: Apelação Criminal [1.0479.04.070957-4/001_0709574-51.2004.8.13.0479 \(1\)](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do), 4ª Câmara Criminal, TJMG, Rel. Des. Doorgal Andrada, Julgado em 04/11/2009; Apelação Criminal [1.0720.03.008850-7/001_0088507-69.2003.8.13.0720 \(1\)](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do), 2ª Câmara Criminal, TJMG, Rel. Des. Vieira de Brito, Julgado em 01/10/2009. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 12/12/2013. Também: Apelação Criminal n. 2009.039054-2, TJSC, Rel. Des. Substituto Tulio Pinheiro, Julgado em 09/02/2010. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>. Acesso em: 06/01/2014.

dono, depois que colhe abandona toda a fazenda e vão invadir outra [...]”. (BRASIL, 2008)²⁹⁷

Em razão destes dizeres, o apresentador de televisão foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, o qual decidiu, no seu acórdão questionado no recurso especial, que o direito de opinar havia sido exercido ilegitimamente, já que as falas apresentadas exteriorizavam um “pensamento que desvelava um propósito de menoscar determinada etnia”, o que configuraria a prática de racismo, o que tornava o crime imprescritível, onde tal conclusão foi alcançada por uma interpretação “extraída de precedente do STF”, qual seja: **o HC 82.424/RS**.

Era tal condenação que o recurso especial impetrado pela defesa visava reverter no STJ, o qual, diga-se já, proveu o apelo recursal e absolveu o acusado, com fundamento, entre outros argumentos, que ao jornalista havia faltado “dolo” em sua conduta, o qual só seria visível se houvesse a “[...] intenção de menosprezar ou discriminar a raça indígena como um todo”, o que, na visão da maioria da turma do STJ, não tinha se configurado,

[...] sequer eventualmente, na medida em que o conteúdo das manifestações do recorrente em programa televisivo revelam em verdade simples exteriorização da sua opinião acerca de conflitos que estavam ocorrendo em razão de disputa de terras entre indígenas pertencentes a comunidades específicas e colonos, e não ao povo indígena em sua integralidade, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, IV, da Constituição Federal. (BRASIL, 2008)

Não obstante reconhecendo a dimensão protetiva do texto constitucional vigente, o qual procura combater a difusão de ideias “[...] *preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”, o Superior Tribunal de Justiça anotou que:

Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto²⁹⁸ que a questão da discriminação racial hoje

²⁹⁷ BRASIL (2008). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 911.183/SC, 2008, Rel. Min. Feliz Fischer. Rel. para o acórdão Min. Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602768515&dt_publicacao=08/06/2009>. Acesso em 06/01/2014.

²⁹⁸ Nesta passagem, se interagirmos com um pensamento derridiano, talvez possamos verificar que algumas críticas contra o excesso do chamado “politicamente correto” podem ocultar, ainda que esta não seja a finalidade direta destas mesmas críticas, um desejo de nada mudar, de tudo continuar como sempre foi, podendo “[...] *se tornar uma técnica fácil para calar todos aqueles que falam em nome de uma causa justa*” (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004: 41). Derrida, ainda dialogando sobre “*políticas da diferença*” com Elisabeth Roudinesco, chega a anotar, por exemplo, que “*a propósito dos homossexuais, não*

envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade. (BRASIL, 2008)

O relator do acórdão, Ministro Jorge Mussi, considerou que

os conceitos emitidos pelo recorrente no curso dos comentários sobre as invasões de terras, perpetradas pelos índios, à margem da lei, não são arbitrários ou destituídos de razão que os fundamentem, nem encerram intolerância preconcebida em relação à raça indígena. Ao contrário, são frutos de fatos concretos, dos quais não se pode discordar [...]. (BRASIL, 2008)

Em suma, não havia se configurado o dolo de “incitar ou praticar” preconceito em qualquer de suas faces, porém a exteriorização de “comentários pessoais inflamados” sobre eventos que estavam a ocorrer em localidades determinadas e relacionados a grupos indígenas e proprietários de terras específicos, ou seja, o jornalista não atacou o povo indígena de maneira “geral”, já que os “comentários” referiam-se apenas aos membros das etnias diretamente em conflito pela terra.

Deste modo, o que teria ocorrido era o exercício de uma liberdade fundamental, não o seu abuso penal, pois não houve intenção de incitar o preconceito generalizado contra todos os povos indígenas, mas somente a descrição de fatos que estavam acontecendo em “determinadas comunidades”, o que determinou, na visão da maioria da 5ª. Turma, a não incidência do citado art. 20 da Lei n. 7.716/89.

Ora, diante de posturas argumentativas como as acima elencadas, não há como não recuperarmos os raciocínios elaborados por Catharine Mackinnon, quando a mesma, ao criticar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brandenburg*, questiona se quando alguém diz “*nigger die*” a um indivíduo determinado, não estaria também denegrindo a coletividade afrodescendente como um todo (MACKINNON, 1996: 51-52), configurando um típico discurso de ódio. Isto é, para nos apropriarmos das ideias elaboradas pela referida professora da Universidade de Michigan, será que se um cidadão negro, ainda que não diretamente envolvido no incidente, ouvisse dizeres ofensivos em razão de sua cor a um terceiro, não se sentiria também atingido?

Em princípio, parece-nos que fundamentos decisórios como os estabelecidos, por exemplo, em nosso *precedente* sobre liberdade de expressão e discurso do ódio (HC

podemos negar os fenômenos de exclusão. O ostracismo (declarado ou denegado) de que ainda são vítimas [...]. Servir-se das palavras political correctness como um slogan para atirar em cima de tudo o que pede por vigilância, isso me parece perigoso.” (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004: 43).

82.424), no qual se destacaram a relação próxima, em um projeto constitucional como o conformado na Constituição de 1988, entre o direito internacional dos direitos humanos e o ordenamento interno, “entre as memórias dos passados e as memórias dos presentes”, não estão sendo traduzidos para serem aplicados em tais situações, como se estivéssemos vinculados inquestionavelmente a certas heranças hermenêuticas que recebemos, como se não houvesse alternativa nem ruptura possível, isto é, como Lênio Streck bem coloca, em momentos decisórios como estes, conseguimos enxergar a falta de “Constituição”, fruto da inexistência de “angústia do estranhamento” (STRECK, 2004: 28), preocupando-se mais em manter o *recebido* do que em transformar o *estabelecido*.

Poderíamos também recuperar a já vista decisão da ADI 4.424, que deu uma interpretação constitucionalmente adequada a dispositivos da Lei Maria da Penha, reconhecendo que as questões sobre violência doméstica contra mulheres, que assim como os negros, são tidas como um grupo social historicamente vulnerável, não era um assunto que interessava apenas às ofendidas. Isso fez com que a maioria do STF estendesse a legitimidade para propor a ação penal também ao Ministério Público, dando um significado mais amplo à violência doméstica, pois entendeu que a ofensa, dirigida a uma mulher específica, interessava a toda a sociedade e que, quando o estado e seus operadores não intervinham, por continuarem vendo a mesma violência como um assunto de “ação privada”, o que, em realidade, ocorria, era “proteção insuficiente”.²⁹⁹

²⁹⁹ Neste mesmo diapasão, mais uma vez nos valendo dos escritos de Lênio Streck (2014), podemos, neste momento, recuperar a decisão de um magistrado federal que, ao analisar uma Ação Civil Pública do Ministério Público Federal que pedia a retirada imediata de vídeos da internet [YouTube] tidos como altamente ofensivos às religiões afrobrasileiras, denegou tal pedido com fundamento de que, em sua interpretação, as mesmas não conformavam verdadeiras religiões, já que a elas faltaria, por exemplo, *um texto base*, como a Bíblia ou o Alcorão. Ora, o por tantas vezes lembrado professor gaúcho destacou, ao analisar o caso, alguns pontos de extrema importância para o nosso trajeto, entre outros: toda decisão judicial em uma democracia constitucional implica uma responsabilidade política do julgador; o magistrado, na situação vista, desconsiderou a historicidade presente no confronto entre discursos de ódio e a liberdade de expressão; desconheceu, também, a tese vencedora no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus 82.424, no qual o STF decidiu que o exercício legítimo da liberdade de expressão não implicava admitir discursos de ódio (radical preconceito, cruel discriminação, falas opressivas e que denegam qualquer diferença) construindo uma noção abrangente de racismo. Nas palavras mesmas de Streck, “a decisão do juiz é inconstitucional porque a distinção entre religião e manifestação religiosa para efeito de negação de tutela constitucional viola o princípio da proibição de proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbot). Melhor ainda, a decisão, ao desproteger as religiões afrobrasileiras, violou o dispositivo constitucional que estabelece a liberdade de crença etc. Ou seja, não somente o legislador pode incorrer em uma violação da Untermassverbot, como também o órgão julgador” (STRECK, 2014, *sp*). Assim, garantir a liberdade de expressão não é sinônimo de algo como “tudo pode”, pois, se assim fosse, os documentos internacionais de direitos humanos de combate a todas as formas de preconceito negativo que o Brasil tem assinado seriam desnecessários, o que desvela o fato de que o aparato estatal não pode erigir-se como um pretense observador neutro diante das disputas travadas nos contextos histórico-sociais em que se move a liberdade de expressão, “ou seja, diante de

Como lembra o mesmo Professor Lênio Streck, ao dialogar com Gisele Cittadino, no quadro constitucional brasileiro, de modo historicamente predominante, a aplicação dos direitos fundamentais foi reduzida a ver os mesmos como “[...] *direitos subjetivos de liberdade voltados para defesa contra a ingerência indevida do Estado*”, refletindo uma visão ou concepção “liberal individualista”, “privatista”, de normatividade. (STRECK, 2004: 17)

Por isso, muitos casos que deveriam ser interpretados a partir da liberdade de expressão e de opinião dentro do sistema constitucional dos direitos fundamentais, acabam por se tornar “caso de polícia” e por ser reduzidos a temas sujeitos “somente” à dimensão infraconstitucional, ou seja, uma questão penal, ou, no máximo, uma monetarização do dano³⁰⁰, como se estes mesmos danos dissessem respeito unicamente aos indivíduos diretamente envolvidos, nada tendo de relação com a história, a memória e a identidade social e constitucional.

Como anota Flávia Piovesan, analisando a “história” da aplicação da lembrada legislação antirracismo (Lei no. 7.716/1989), “*passadas décadas de vigência da Lei, as condenações criminais por racismo ainda são incipientes no país. As indenizações por danos morais, na esfera cível, têm-se mostrado uma via mais exitosa.*” (PIOVESAN, 2012: 264), sendo que um dos motivos apontados pela referida pensadora, para tal quadro, é a “*reduzida sensibilidade dos operadores do Direito para responder aos casos de discriminação racial*” (PIOVESAN, 2012: 264)

“*Nesse universo, muitas vezes a Constituição é interpretada de acordo com os Códigos ou de acordo com Súmulas*” (STRECK, 2004: 78-79), o que pode ser encontrado e sintetizado na fala de um julgador que, diante de um caso concreto, ao ser “[...] *instado pelo advogado de defesa, em sustentação oral, a aplicar princípios constitucionais, sua excelência afastou-os com “base no Código de Processo Penal”.*” (STRECK, 2004: 79)

discursos que incitam o ódio e a intolerância [...], não podemos falar em exercício legítimo da liberdade de expressão.” (STRECK, 2014, *sp*).

³⁰⁰ Não estamos a negar a enorme importância da composição financeira das ofensas, pois o próprio texto constitucional, em seu art. 5º, incisos V e X, assim assegura. Todavia, temos sérias dúvidas quanto a leituras que não fazem confluir tal esfera com outras disposições constitucionais, como, por exemplo, o disposto no art.3º, inc.IV; art. 4º, incs. II e VII; e, principalmente, do inciso XLII, também do art.5º, sendo estes mesmos dispositivos lidos a partir e conjuntamente com os parágrafos do já muito citado artigo 5º, não desprezando as experiências históricas subjacentes aos mesmos, procurando realizar uma interpretação sistemática da Constituição.

Há, assim, que refletirmos sobre as nossas heranças, pois são estas que se encontram em disputa em todas as decisões tomadas no que tange à aplicação e ao âmbito normativo dos direitos fundamentais, haja vista que, como seres hermenêuticos que somos, deveríamos saber que nossas posturas e decisões não surgem *ex nihilo*, pois refletem nosso próprio enraizamento, o qual, se nos limita, também possibilita que o critiquemos e o transformemos, pois do contrário seríamos prisioneiros do passado, o que nos tornaria irresponsáveis e inimputáveis pelas decisões do presente e pelas consequências que adviriam para as gerações que *ainda hão de chegar*.

Em outras palavras, uma democracia constitucional potencializa a abertura hermenêutica para a história, explicitando o vínculo e o compromisso existente entre gerações,

[...] pois os que vêm depois só podem aprender com os erros do passado, enquanto “se encontrarem no mesmo barco” junto com os antepassados. Eles têm que supor que todas as gerações precedentes tiveram a mesma intenção de criar e ampliar as bases para uma associação livre de parceiros do direito, que doa a si mesma as leis que necessita (HABERMAS, 2003a: 166)

Sendo assim, transições são necessárias, as quais, em um Estado Democrático de Direito, são, como já podemos constatar, sempre inconclusas e carregadas de riscos, pois fechamentos podem ocorrer. Entretanto, as mesmas transições também revelam que conflitos e divergências sempre existem, mas estes, em uma democracia constitucional como a aqui explicitada, implicam um espaço compartilhado ou, no mínimo, compartilhável, ou seja, “[...] *impõe-se que haja um lugar minimamente comum [...]. Trata-se de pensar o conflito na relação com o seu outro, o diálogo*” (BIRCHAL, 1996: 202)

Dáí que dizemos e ressaltamos a dimensão democrática e plural de um projeto de sociedade, como o conformado pela Constituição de 1988, não é sinônimo de “paz perfeita e angelical”, nem da proposição do estabelecimento de alguma espécie de “ditadura do politicamente correto”, mas sim de nos indagarmos quais as mensagens enviadas pelas decisões e seus argumentos, mensagens estas que acabam esvaziando ou reforçando o sentimento constitucional de compartilhamento, de não indiferença social.

Algumas destas transições, no que se refere à liberdade de expressão e aos discursos de ódio, começam a serem vistas, ainda que pontualmente e de modo incipiente. Estas não abrem mão da ênfase na dogmática e na correção técnica, mas interpretam e aplicam as mesmas a partir deste tão citado projeto constitucional, em que dizer dogmático não significa ser cego e surdo às escritas e vozes daqueles que,

historicamente, têm sido invisibilizados e silenciados, porém, o inverso, reconhecendo-se que a própria dogmática jurídica é, ela própria, resultado de uma construção social.

Podemos vislumbrar tais assertivas, por exemplo, na posição defendida pelo Promotor do Ministério Público de Pernambuco e membro do grupo de trabalho sobre racismo (GT-Racismo) do mesmo MP, *Roberto Brayner Sampaio*, o qual, em Congresso realizado no ano de 2005 – “*Construindo os Direitos Humanos no Estado da Pobreza*” –, expôs a tese denominada de “*Racismo e injúria qualificada – inconstitucionalidade e questões procedimentais – decadência e prescrição*”, a qual, *grosso modo*, advoga a original e instigante ideia de que art. 140, § 3º do Código Penal brasileiro seria inconstitucional diante dos termos do art. 5º, inc. XLII, da Constituição de 1988, já que ainda preso a um paradigma privado de enfrentamento do tema, “[...] retirando a imprescritibilidade do racismo, como está garantido na Constituição Federal.” (DUARTE, 2005)³⁰¹

Esta posição sustentada por *Roberto Brayner Sampaio* estaria, em nossa leitura, em linha próxima com o conceito internacional de que, diante de casos concretos que envolvam violação aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, deve-se dar prevalência às normas que conferem maior efetividade à dimensão de proteção dos atingidos, conformando, como ensina *Antônio Augusto Cançado Trindade*, “*o critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas*”. (TRINDADE *apud* PIOVESAN, 2007: 566)³⁰²

Neste ponto, é interessante abriremos um parêntesis para destacarmos que o Ministério Público, tanto o estadual quanto o federal, tem empregado a Ação Civil Pública como mecanismo de responsabilização por danos morais coletivos, não restringindo sua atuação à esfera criminal no que tange a discursos tidos como de ódio. Em uma rápida pesquisa na internet é possível deparar-se com ações civis públicas referentes a pedidos de indenização por falas vistas como preconceituosas e

³⁰¹ Conferir, para mais informações sobre o tema: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/SKK3zslH_ltrqF9DI75fgA/Tese_Congresso.pdf>. Acesso em: 05/12/2014. Também escrevendo sobre *injúria racial e racismo*, o já lembrado Professor Guilherme de Souza Nucci, anota que “[...] com o advento da Lei 9459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.” (NUCCI, 2009: 669)

³⁰² Como destaca *André de Carvalho Ramos*: “A chamada primazia da norma mais favorável significa que deve ser aplicada pelo intérprete necessariamente a norma que mais favoreça o indivíduo. Assim, a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável” (RAMOS, 2004: 146). Esta posição é visível em inúmeros documentos internacionais de direitos humanos aqui colecionados, como, por exemplo, na Convenção Americana de Direitos Humanos que, em seu artigo 29, dispõe sobre *normas de interpretação*. Neste sentido, conferir também as posições de Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade.

estereotipadas contra, por exemplo, negros, homossexuais e índios. Ilustrativamente, por todos os casos que poderiam ser colecionados, temos uma ACP ajuizada pela Defensoria do Estado de São Paulo – *Núcleo Especializado de Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito* – contra um dos candidatos à Presidência no último pleito eleitoral, o qual, em debate televisivo, teria empregado palavras e argumentos ofensivos em relação aos homossexuais, indo além da dimensão de legitimidade do exercício da liberdade de expressão. Diante deste quadro, a citada Defensoria Pública, afirmando sua função institucional e constitucional de representar a população vulnerável e marginalizada, combatendo a desigualdade social, requereu, em desfavor do candidato e de sua agremiação partidária, indenização por danos morais coletivos, a qual, caso julgada procedente a referida ação civil, deve reverter-se em ações de promoção da igualdade do grupo social atingido³⁰³.

Saliente-se que tais posturas interpretativas, também refletindo uma inserção constitucional de inúmeros imperativos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de cunho mais responsabilizatório, em que um instituto como, por exemplo, o da Ação Civil Pública, pode ser empregado como um mecanismo de tutela de danos coletivos diante de discursos de ódio, mostram-se como um importante passo em direção não só a uma resposta sancionatória, mas também à concretização de posturas preventivas e inibitórias, conformando um sistema protetivo mais amplo. Este viés tornou-se ainda mais perceptível quando da aprovação, em 2014, de substitutivo ao projeto de lei, de autoria do então parlamentar Abdias Nascimento, que propunha *ampliar a proteção da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos* através da alteração da legislação da ação civil pública. Deste modo, com a promulgação da Lei no. 12.966/2014³⁰⁴, a disciplina da ação civil pública (Lei no. 7.347/1985) passou a constar com um inciso VII que determina que as disposições da referida lei regem situações que implicam a

³⁰³

Disponível

em:

<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/ACP_LEVY_dano%20moral%20coletivo.pdf>.

Acesso em 04/12/2014. Nesta linha de responsabilização, destaquemos que, em março de 2015, a citada Ação Civil Pública obteve decisão favorável em 1ª Instância, onde a magistrada, em elaborada sentença, enfatizou os limites constitucionais do exercício legítimo da liberdade de expressão e a distinção deste para os discursos de ódio, reconhecendo e decidindo que “[...] a conduta descrita na inicial ultrapassou a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente, não podendo ser aceita a tese defensiva de que o candidato apenas estava expondo a sua postura ideológica [...]” Disponível em:

<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/03/doc_42291898-levy.pdf>.

Acesso

em:

16/03/2015.

Conferir

também:

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaConsulta.aspx?idItem=57802&idPagina=1>>. Acesso em: 16/03/2015.

³⁰⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L12966.htm>. Acesso em 29/04/2014.

busca de responsabilidade por danos causados *à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos*.

Feito este parêntesis, devemos escrever o quão relevante também foram os argumentos que nortearam a decisão tomada, no ano de 2013, em um caso que, assim como a situação concreta por nós vista em parágrafos anteriores, envolvia discursos ofensivos dirigidos, através da imprensa, à comunidade indígena em razão da demarcação de uma reserva. Foi oferecida denúncia pela prática do crime de racismo, pelo Ministério Público Federal, contra um jornalista que publicou em um jornal, entre outros pontos, frases como: “[N]o Brasil de hoje, as tribos remanescentes são compostas por indivíduos semi-civilizados, sujeitos, ignorantes e vagabundos, vivendo das benesses do poder branco [...].” (BRASIL, 2013b)³⁰⁵

Condenado na primeira instância, o réu apelou alegando que não havia dolo específico em sua conduta, já que, segundo sua defesa, não teve, em nenhum momento, intenção de ofender a dignidade ou a honra da comunidade indígena, nem de promover ou difundir qualquer atitude racista ou preconceituosa, requerendo, entre outros pedidos, a desclassificação para injúria racial tipificada no Código Penal.

Diante deste quadro, a 7ª Turma do Tribunal Regional da 4ª. Região não deu provimento à apelação criminal interposta, ressaltando que o réu foi além da mera crítica, externando pensamentos que poderiam incitar os seus leitores a atos discriminatórios e de desprezo aos índios com intuito de negar direitos a estes últimos. Deste modo, o respectivo tribunal, por meio de sua turma, manteve a condenação e decidiu ser inviável a desclassificação pretendida para injúria racial, já que as ofensas teriam sido dirigidas a toda a coletividade de índios e não a um membro determinado desta.

Como salientou a juíza federal relatora do acórdão,

A imposição de diferenças por intermédio de atributos negativamente valorizados como os constantes no artigo que motivou a denúncia, mais a afirmação da suposta falta de identidade legítima, pode levar a uma política de segregação. É essa luta constante de negociação das fronteiras simbólicas entre os grupos em conflito que encontramos subjacente na atribuição de características negativas aos índios. (BRASIL, 2013b)

³⁰⁵ BRASIL, 2013b. Apelação Criminal nº 0004943-15.2009.404.7108/RS – 7ª. Turma do TRF da 4ª. Região – Porto Alegre – 14/05/2013 - Rel. Juíza Federal Salise Monteiro Sanhotene – Boletim Jurídico – 135 – junho/2013, pp. 10-33, Justiça Federal – Tribunal Regional Federal da 4ª. Região – Escola da Magistratura (Emagis). Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. (Publicações/Boletim Jurídico). Acesso em: 04/01/2014.

A mesma magistrada, também escreveu que:

É a desqualificação dos indígenas, em especial os assentados neste Estado que procura marcar o lugar da etnia indígena como “outros”, aqueles que não somos nós. E pouco importa quem sejam os identificados como “nós”, pois são aqueles em posição de atribuir uma identidade vinculada a características negativas, o que resulta na conduta típica da incitação ao preconceito, prevista no art. 20 da Lei nº 7.716/89. (BRASIL, 2013b)³⁰⁶

Ora, denota-se, da leitura da decisão, que a mesma confluiu com a linha que reconhece que, em uma democracia constitucional, os princípios da igualdade e do pluralismo não podem ser desconsiderados quando da análise de até onde o exercício de uma liberdade fundamental pode ir de modo legítimo, ou seja, se o Estado Democrático de Direito potencializa e fomenta a crítica pública, o mesmo também impõe a responsabilização por eventuais excessos destas mesmas críticas.

Em outros termos, o jornalista, contrário à demarcação da reserva denominada de *Raposa Terra do Sol*, foi além do externar sua contrariedade a tal demarcação, já que teria empregado expressões altamente discriminatórias a toda a comunidade indígena, principalmente àquelas comunidades existentes na área em que o jornal circula, transbordando do exercício legítimo da liberdade de expressão.

Em nossa perspectiva, o importante em tal julgado foi o fato de que, ao refletir-se sobre este direito fundamental de podermos nos expressar livremente e sem amarras ou controles prévios, foram assumidas várias das posturas interpretativas expostas pelo STF quando do julgamento do lembrado habeas corpus 82.424, entre elas:

a) a proteção constitucional à liberdade de expressão do pensamento não abarca as manifestações que caracterizam ilícito penal; b) a tutela à liberdade de expressão não deve incentivar a intolerância racial e a violência, que comprometem o princípio da igualdade de todos perante a lei, objetivo fundamental previsto no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal [...]. (BRASIL, 2013b)

Além disso, também se ressaltou, após detalhamento do entendimento doutrinário sobre o tema, que o mesmo Supremo Tribunal Federal havia realçado a força normativa dos compromissos internacionais sobre direitos humanos assumidos

³⁰⁶ Houve uma vez que, quando questionados porque os índios que habitavam as ilhas do Mar do Caribe estavam a suicidar-se, a resposta construída foi de que os mesmos “[...] são vadios e não querem trabalhar.” O que impressiona é que dizeres como estes foram expressados pelos conquistadores das Américas durante os séculos XVI e XVII (GALEANO, 2011: 63), o que mostra que certas heranças e persistências são mais arraigadas do que podemos supor, revelando que tal *desqualificação* da alteridade indígena, entre outras, com intuito de inferiorizar, é reproduzida e transmitida há séculos.

pelo Brasil no que se refere a combater todas as formas de manifestação de discriminação ou de racismo.

Por fim, na referida decisão, a qual, saliente-se, foi extremamente elaborada, entendeu-se que, para o exercício legítimo da liberdade de expressão, faz-se necessário que os participantes do debate público se reconheçam mutuamente como livres e iguais, pois, sem isto, a própria noção dialógica de uma discussão é comprometida, contrariando a ideia de que esta liberdade de expressão não é um “*fim em si mesma*”, mas “*meio para que a sociedade encontre suas próprias respostas com dignidade e respeito mútuos.*” (BRASIL, 2013b)

Como temos buscado comprovar, posições interpretativas como estas convergem com os argumentos tanto do caso sobre a publicação de livros antisemitas, quanto da ação direta a respeito da legitimidade para propositura da ação penal em situações de violência doméstica contra as mulheres, pois também elas inserem a questão na Constituição, reconhecendo toda a carga de historicidade presente em ofensas expressadas contra dada comunidade ou seus membros por alguma característica tida, pelos ofensores, como diferenciadora e específica. Isto é, em linha convergente, por exemplo, com a tese defendida pelo Promotor *Roberto Brayner Sampaio*, acima citado, faz-se predominar o texto constitucional e todo o seu sistema principiológico, não o Código Penal, rompendo com aquilo que Lênio Streck cunhou de “[...] *um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se “adaptar” a Constituição às leis ordinárias.*” (STRECK, 2004: 17)

Novamente dialogando com Lênio Streck, entendemos que talvez fosse interessante refletirmos sobre um dado que o mesmo cita, o qual, não obstante ser oriundo do contexto espanhol, parece-nos por demais válido para pensarmos a nossa conjuntura, isto é, que o “[...] *Tribunal Constitucional Espanhol chegou a estabelecer, na sentença 64/83, de 21 de julho, a imposição aos juízes e tribunais da obrigatoriedade de interpretar as leis em conformidade com a Constituição.*” (STRECK, 2004: 28,42)

De tudo exposto, podemos aferir que, no Brasil, a questão sobre discursos de ódio e liberdade de expressão, mesmo quando não é o ponto central discutido nos casos concretos, revela-se importante para desvelarmos a constitutiva tensão entre a dimensão pública e privada. Tradicionalmente, o fato de alguém ser ofendido em razão de sua cor, origem, religião ou gênero, é primeiramente visto como uma questão de foro íntimo, não interessando a mais ninguém, e só quando o indivíduo isoladamente decidiu, tais

violências passariam a ser da sociedade, o que se diga mais uma vez, além de se basear em uma interpretação em que o público e privado ainda são percebidos como opostos e contrários, choca-se com várias das posturas assumidas no HC 82.424 e na ADI 4.424, as quais, por isso, mostram, novamente, sua enorme transcendência e relevância na interpretação dos direitos fundamentais.

Estes julgados e todos os debates que foram e são travados em torno dos mesmos revelam que após a Constituição de 1988 muitos conflitos, antes abafados, foram destampados com a maior garantia de participação. Ao procurar conformar um projeto constitucional que rompesse com nossas pesadas heranças autoritárias, a vigente Constituição abriu-se ao pluralismo e à divergência das relações sociais, onde os discursos silenciadores não são oriundos apenas do Estado ou da sua versão privatizada, mas também se originam no modo como as relações entre particulares ocorrem, da dimensão privada, a qual vê ser questionada a sua “imunização”, fazendo com que a defesa e garantia do exercício da liberdade de expressão não mais possa ser reduzida à proibição da censura prévia por parte de organismos estatais, não obstante reconhecermos que tal vedação não só foi como ainda é essencial em um Estado Democrático de Direito.

Ora, ao optar por tal “ruptura” com “inserções excludentes”, ao dizer “não” a alguns hábitos socialmente enraizados em silêncios e subordinações, ao trazer à tona disputas por sentido de liberdade e igualdade que sempre fizeram parte de nossa história, o texto constitucional de 1988 também se abriu à esfera internacional de defesa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, como pôde ser visto em várias passagens dos casos até aqui expostos, sendo, explicitamente visível, no parágrafo 5º do artigo 109 da Constituição, o qual, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004, reconhece a existência de um compromisso internacional de “dever de proteção” por parte do Estado brasileiro, ao dispor que

*[N]as hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, **incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.** (BRASIL, 2013a: 54) (destaques nossos)*

Este “*incidente de deslocamento*” reflete uma tese defendida pelo juiz e professor Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu brilhante voto “concorrente” na decisão do caso sobre a censura ao filme “*A Última Tentação de Cristo*”, ocorrida no Chile (2001), o qual salientou, ao dialogar com o pensador e Presidente da Corte Internacional de Justiça, o uruguaio Eduardo Jiménez de Aréchaga, que há, em sede de direito internacional dos direitos humanos, desde a “Conferência de Haia de Codificação do Direito Internacional” (1930), uma tendência em se admitir a “[...] *responsabilidade dos Estados por decisões judiciais claramente incompatíveis com as obrigações internacionais contraídas pelos respectivos Estados.*”³⁰⁷ (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*”, 2001, pars. 17-18, tradução nossa)³⁰⁸

Esta tese, em momento à frente, mostrar-se-á importante para pensarmos as fronteiras do exercício da liberdade de expressão diante dos discursos de ódio em democracias constitucionais, pois a mesma desvela que, no campo da aplicação e da delimitação dos direitos fundamentais, uma perspectiva como a do direito internacional não pode ser desconsiderada.

Assim, a posição do direito internacional demonstra que só é possível pensarmos na responsabilização do Estado por causa da exigência de que o mesmo, dentro de certos parâmetros constitucionais específicos, atue positivamente em termos protetivos, indo além da postura de neutralidade do liberalismo clássico. Ou seja, é necessário que o Estado, como um todo, reconheça, tanto no campo legislativo, quanto no jurisdicional,

³⁰⁷ “En estudio publicado en 1968, Jiménez de Aréchaga, - quien posteriormente se tornaría Presidente de la Corte Internacional de Justicia, - recordó que la inconclusa Conferencia de La Haya de Codificación del Derecho Internacional (1930), al menos contribuyó con el “reconocimiento general” de la responsabilidad de los Estados por decisiones judiciales claramente incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas por los respectivos Estados.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*”, 2001, voto concorrente, par. 17-18) Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/01/2014. Observemos, também, que no mesmo voto concorrente, como ainda será abordado, podemos verificar que esta “responsabilização” não se restringe “a decisões do Poder Judiciário” que sejam conflitantes com normativas do direito internacional dos Direitos Humanos assumidas pelos Estados, pois a mesma “responsabilização” também pode advir de “decisões contrárias” tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo.

³⁰⁸ A crescente força normativa do direito internacional ficou clara durante o julgamento, no ano de 2008, do Habeas Corpus 87.585/TO e do Recurso Extraordinário 466.343/SP, os quais versavam sobre a denominada “prisão civil do depositário infiel”, prisão esta que conflitava com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, o que levou que o Supremo Tribunal considerasse que este tipo de medida não mais subsiste no ordenamento brasileiro, considerando, de modo histórico, que os tratados de direitos humanos possuem uma hierarquia acima das leis ordinárias – *supralegalidade*. Posteriormente, em razão de outros casos, o mesmo STF fez editar a Súmula Vinculante no.25, a qual dispõe que: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Conferir: (MAZZUOLI, 2011: 14-16).

as chamadas *obligaciones positivas* decorrentes dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, as quais “[...] *representam uma reação contra a inércia, a morosidade ou as omissões do poder público no presente domínio de proteção.*” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*”, 2001, par. 27, tradução nossa)³⁰⁹

Deste modo, como bem anota Flávia Piovesan,

[...] faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, mediante a ampliação do universo de direitos por ele assegurado. (PIOVESAN, 2012: 52)

Tal direito internacional dos direitos humanos, construído a partir das ruínas que a experiência de ódio mais radical que a história foi capaz de engendrar, o fenômeno do totalitarismo, no qual os discursos de ódio, institucionalizados e assumidos por alguns estados e sociedades, tornaram o próprio homem, enquanto “singularidade plural”, descartável, demonstra a centralidade de pensarmos as fronteiras da liberdade de expressão e o desafio imposto pelos discursos de ódio em democracias plurais. Como temos procurado salientar desde as primeiras linhas, é sempre necessário vermos o nosso projeto constitucional em sua historicidade, o qual não se esgota em nenhum texto e nem jamais esteve isolado do mundo, pois, se a Constituição de 1988 pode ser entendida como um momento central em nossa história, senão o mais relevante em nosso aprendizado constitucional nas disputas pela maior efetivação dos direitos fundamentais, a mesma não deve ser vista como um ponto final ou um porto seguro de chegada, já que se assim o fizermos, aumentaríamos o risco de imobilizarmos a nossa identidade constitucional, tornando os compromissos com as exigências e imperativos do moderno constitucionalismo *hipócritas ilusões*.³¹⁰

É para este cenário internacional, o qual está a nos convidar a sermos responsáveis pela memória que queremos legar daqueles tantos que lutaram e morreram na Segunda Grande Guerra em razão dos efeitos de discursos de ódio tornados

³⁰⁹ “Toda la construcción doctrinal y jurisprudencial de las últimas décadas acerca de las obligaciones positivas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos representa una reacción contra la inercia, o la morosidad, o las omisiones del poder público en el presente dominio de protección.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*”, 2001, voto concorrente, par. 27) Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/01/2014.

³¹⁰ Conferir: (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006).

propaganda, que agora nós decidimos caminhar. Entendemos que o direito internacional, paulatinamente, vem irradiando seus princípios concernentes ao exercício legítimo da liberdade de expressão, seu papel, seu impacto e o modo como as fronteiras desta liberdade podem ser construídas em um Estado Democrático de Direito, sem cair na tentação de estabelecer verdades ou conformar, ao fim e ao cabo, novos tipos de censura.

3 NECESSÁRIAS FRONTEIRAS: LIVRES, IGUAIS E RESPONSÁVEIS

3.1 Aprofundando uma opção interpretativa: a liberdade de expressão e os discursos de ódio a partir do direito internacional dos direitos humanos

*“A memória não é mais aqui lembrança –
que manteria um sentimento de distância –
mas reatualização”*
Yosef Yerushalmi

Na Alemanha de 1935, em nome de uma “suposta pureza de sangue”, foram editadas normas que proibiam o casamento de “alemães” com “judeus”, além de vedarem aos membros desta comunidade acesso ao trabalho e aos serviços públicos, dentre outras medidas excludentes, visando “regular o problema judeu”: era a legislação racial nazista, as tristemente famosas *Leis de Nuremberg*.³¹¹ É também neste período, que o não tão célebre “parágrafo 175” do Código Penal alemão de 1871, que criminalizava a homossexualidade, passou a ser aplicado sistematicamente, principalmente após ser emendado pelo regime nazista para tornar suas penas ainda mais duras, levando aproximadamente cem mil pessoas aos campos de concentração em virtude de orientação sexual, de onde menos de 10% retornaram.³¹²

Neste contexto, os meios de comunicação social existentes no período, como o cinema e o rádio, passaram a ser vistos como meios valiosos de se difundir ideias. Um indivíduo que descobriu tal potencial foi o editor *Julius Streicher*, que com o seu jornal “*Der Strücker*”, tornou-se um dos maiores propagadores do que hoje chamaríamos de discursos de ódio, em que o alvo preferencial era a comunidade judaica, a qual era representada através de inflamados e perversos estereótipos, os quais visavam marcar e

³¹¹ Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007903>>. Acesso em: 20/03/2013. **Ressalte-se** que estas “leis eugênicas” não eram exclusividade do contexto alemão no início do século XX, não obstante na Alemanha as mesmas terem sido institucionalizadas e implementadas de um modo nunca antes visto em outros países ocidentais, bastando, por exemplo, que recuperemos as experiências vividas por aqueles atingidos pelas absurdas “*ugly laws*”, que negavam o acesso a lugares públicos a pessoas tidas como “feias” (*unsightly*), “repugnantes” (*disgusting*) ou “aleijadas” (*cripple*), qualificações estas que, quase sempre, atingiam aos grupos que historicamente foram sempre os mais vulneráveis, como, por exemplo, os negros e os imigrantes. Impressiona ainda mais, quando somos informados que algumas destas “leis” só foram realmente derogadas na década de 1970 nos Estados Unidos. Conferir: (SCHWEIK, 2011). Também disponível em: <http://www.nyupress.org/webchapters/schweik_intro.pdf>. Acesso em: 10/10/2013.

³¹² Dados disponíveis em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1686908/Paragraph-175>>; <http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/media_oi.php?MediaId=89>. Acessos em: 17/02/2013. Cite-se que “o parágrafo 175 do Código Penal Nazista, que criminalizava o homossexualismo, permaneceu vigente na Alemanha Ocidental até a década de 1970 e, na Alemanha Oriental, até sua unificação em 1990.” (CRUZ, 2009: 85)

estigmatizar os membros daquela comunidade como um “*bacilo perigoso*” que precisava ser exterminado. (KAHN, 1973: 46-53)³¹³

Ora, ainda que de modo sintético, foi este o pano de fundo que conduziu o homem aos horrores da Segunda Guerra Mundial e também foi este mesmo quadro que fez com que, já nas suas notas introdutórias, a Carta das Nações Unidas (1945), pouco depois do fim das hostilidades bélicas, conclamasse aos povos do mundo a trabalhar para que as gerações futuras não tivessem de passar pelos “flagelos” de duas guerras mundiais, as quais, em um período de menos de cinquenta anos, resultaram em “sofrimentos indizíveis”.

São estes “sofrimentos indizíveis”, muitos deles resultantes de ações radicalmente discriminatórias, que também fizeram com que, a mesma Carta da ONU, dispusesse, em seu artigo primeiro, que a solução dos graves problemas internacionais, em suas diversas dimensões, passava pelo “estímulo e respeito aos direitos humanos”, em que as liberdades fundamentais deveriam ser trabalhadas sem fazer qualquer “distinção por motivo de raça, sexo, idioma ou religião.”

Buscando efetivar tal visão de um direito internacional solidário, humanitário e não discriminador, é que temos o fato de que “*toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão*”, mas também que “*toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei*”, além de que no “*exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem*”, o que implica que interpretações, que possibilitem empregar tais direitos e liberdades contra seus próprios objetivos e finalidades, devem ser afastadas e vedadas.

São estas palavras que sintetizam as relações normativas nas quais está inserido o exercício da liberdade de expressão, como definido em vários dos dispositivos da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, outro documento central da Organização das Nações Unidas, promulgado três anos após a Carta da ONU, no ano de 1948. Tal documento estabelece o ponto de partida do aqui já citado Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que a liberdade de expressão precisa sempre ser confrontada com outro direito fundamental, o direito à igualdade, pensado a partir da crítica da diferença,

³¹³ Julius Streicher foi condenado à morte durante o julgamento realizado pelo Tribunal Penal de Crimes de Guerra de Nuremberg, sob a acusação de incitar, através de suas publicações, o ódio racial contra os judeus, o que teria contribuído na concretização do Holocausto.

isto é, o direito de não sofrer qualquer discriminação ilegítima e abusiva, seja por parte do aparato do Estado, seja por entes privados.

É este Direito Internacional, que surge dos escombros deixados pela experiência histórica do totalitarismo do último conflito em escala mundial e de todas as barbaridades que no período foram perpetradas, tanto pelos vencidos como também pelos vencedores, que procura redefinir o papel do Estado diante das violações dos direitos fundamentais, passando o Estado a poder ser responsabilizado não só quando atua contrariamente a estes direitos, mas também quando se omite diante de ofensas radicais perpetradas nas relações entre particulares.

Como podemos ler com Flávia Piovesan (2012: 41-50), a *Declaração*, por trazer consigo todas as profundas marcas deixadas pela exclusão e descartabilidade radical do ser humano, resultantes de uma disseminação, também radical, de ódio ao *outro*, ao “*estrangeiro*”, existente nos anos entre 1939-1945, incorporou, de modo enfático, ao plano da liberdade, o princípio mais atingido pelo terror totalitário: *a igualdade*.

Nas palavras da própria professora paulista:

[A]o conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a *Declaração* demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. [...] Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade. (PIOVESAN, 2012: 46)

Esta postura deflagrada pela *Declaração Universal* foi seguida por incontáveis instrumentos internacionais como, entre outros, a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e a *Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, instrumentos estes que, em termos do exercício da liberdade de expressão, compartilham a noção de que esta liberdade fundamental é estruturante de um Estado Democrático de Direito, devendo ser a mais ampla possível, o que veda, terminantemente, qualquer mecanismo de censura prévia. Contudo, estes mesmos documentos internacionais afirmam, com base no também fundamental direito de não discriminação, que medidas protetivas podem e devem ser implementadas pelos Estados quando há um abuso do direito de expressão, gerando a possibilidade de que

responsabilizações posteriores ao exercício do livre expressar, com base em todas garantias do devido processo legal, sejam legitimamente aplicadas.

Em outros termos, todos estes documentos realçam a enorme centralidade da liberdade de expressão na conformação de um Estado Democrático de Direito, sendo tal liberdade essencial para potencializar o debate público, pois permite o intercâmbio de visões de mundo e a formação plural da sociedade, em que o direito imprescindível é o de poder divergir das decisões majoritárias. Todavia, também enfatizam que tal direito não é absoluto, podendo ser limitado diante de pretensões abusivas, sendo tais limites, em realidade, condições de possibilidade para o próprio operar da democracia. Isto é, a liberdade de expressão não é sinônimo, no cenário do chamado direito internacional dos direitos humanos, de irresponsabilização ou imunização pelas posições expressadas.

Estas assertivas são verificáveis, por exemplo, no paradigmático caso *Kimel v. Argentina* (2008), em que o jornalista e historiador Eduardo Kimel escreveu sobre o denominado “*O Massacre de São Patrício*”, ocorrido durante o período da última ditadura argentina, no qual cinco religiosos perderam a vida. Em razão da narrativa desenvolvida por Kimel sobre o referido caso, a qual questionou as autoridades encarregadas de averiguar tais assassinatos, os atingidos pelas suspeitas levantadas recorreram ao judiciário, na sua esfera penal, alegando que tinham sido ofendidos em sua honra e integridade moral e funcional.

Nas “instâncias internas”, Kimel acabou por ser condenado criminalmente pelo crime de calúnia, mesmo com uma destas instâncias tendo reconhecido que o mesmo havia realizado uma crítica política e histórica dos fatos, além de ter realizado o seu trabalho com correção ética. Inconformado com tal condenação, o mesmo Kimel conseguiu que sua situação fosse admitida na Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de argumentos que visavam provar que seu direito à liberdade de expressão havia sido ilegitimamente violado, o que ofenderia o disposto na Convenção Interamericana.

Ao decidir o caso, o Tribunal Interamericano declarou, primeiramente, que o exercício da liberdade de expressão não é incondicionado ou absoluto, podendo ser restringido, mas que tais restrições devem mostrar-se não só necessárias ao Estado Democrático de Direito, como também proporcionais aos danos que porventura possam

ter ocorrido quando do exercício abusivo do livre pensar. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso Kimel vs. Argentina*”, 2008, par. 54)³¹⁴

Seguindo esta linha de raciocínio, a Corte, após analisar os dados concernentes ao caso de Kimel, considerou que as normas convencionais permitem a responsabilização pelo exercício ilegítimo da liberdade de expressão, mas que esta responsabilização teria que ser sempre após o “conteúdo da mensagem” ter sido publicamente expresso, ou seja, qualquer “restrição” que seja aplicada previamente é contrária ao estabelecido na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Em outras palavras, limitações, desde que razoáveis, previstas em lei, e que não excedam o necessário, podem ser aplicadas, mas sempre *a posteriori*, jamais antes da liberdade de expressão ser exercida, já que do contrário, estaria sendo configurado uma censura prévia, a qual é terminantemente vedada pela Convenção, pois impede a livre circulação de informações e ideias, o que é central em uma democracia constitucional.

Enfatizando tal vedação à censura prévia e à dimensão de responsabilização posterior, além da circunstância de que o direito penal é de “restrito emprego” em situações que envolvem liberdade de expressão e temas de amplo interesse público, a Corte decidiu que a condenação imposta pelo judiciário argentino tinha sido uma forma de restrição indevida, não se coadunando com os princípios da Convenção Interamericana, determinando que a Argentina tornasse sem efeito tal sentença condenatória criminal imposta anteriormente a Eduardo Kimel.

Destaca-se, assim, o fato de 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*.

Logo, a 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, a igualdade de tratamento e o desafio de sermos iguais dentro de nossas existenciais diferenças, sendo esta posição que justifica e legitima, dentro do direito internacional dos direitos humanos, uma exclusão, qual seja, a dos discursos de ódio, aqueles que incitam a violência contra qualquer forma de vida

³¹⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso Kimel vs. Argentina*”, 2008, par. 54. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/10/2013.

plural, pois, do contrário, teríamos que admitir a existência de uma liberdade constitucional para ofender, humilhar e excluir, o que soa como uma contradição performativa em termos de democracia constitucional.

Reforçando esta postura de não discriminação, de não subordinação, temos, também no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e fundamentais, a *Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância* (2013), que parte do reconhecimento de que o racismo é um fenômeno complexo e repleto de variáveis, ampliado ainda mais em razão das novas tecnologias de informação. Tal convenção anota e realça, em vários dos pontos de seu artigo primeiro, assumindo abertamente o compromisso com a *Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, seja na esfera privada ou na pública, que “*discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência*” que vise denegar direitos fundamentais inseridos nos documentos internacionais, o que impõe, aos Estados signatários, o dever de combater, dentro das garantias constitucionais, todas as expressões de ódio e injustificável intolerância (art.4º)³¹⁵.

Esta vertente, em outro momento de aplicação a um caso concreto, é visível no já citado e paradigmático caso *Olmedo Bustos e Outros v. Chile*, que envolveu a proibição do filme “*A Última Tentação de Cristo*”, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos novamente ressaltou, com base no artigo 13 (4) da Convenção Americana, que a vedação da censura prévia era quase que absoluta, permitindo apenas “responsabilidades ulteriores”, já que, de modo altamente excepcional, restrições previamente estabelecidas só poderiam ser empregadas quando a proteção do desenvolvimento das crianças e adolescentes tivesse em risco. (Corte Interamericana de

³¹⁵ *Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância*. “Capítulo III – Deveres do Estado. Artigo 4º. Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, inclusive: i. apoio público ou privado a atividades racialmente discriminatórias e racistas ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento; ii. publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, inclusive a internet, de qualquer material racista ou racialmente discriminatório que: a) defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância; e b) tolere, justifique ou defenda atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo Direito Internacional, ou promova ou incite a prática desses atos; [...]” Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf>. Acesso em: 07/12/2013.

Direitos Humanos, “*Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*”, 2001, par.70)³¹⁶

Além disso, no mesmo caso, o referido Tribunal, ao afirmar que o Estado chileno havia violado o direito à liberdade de expressão ao proibir a exposição do citado filme, considerando tal proibição como injustificável censura, salientou a enorme relevância de pensarmos a responsabilidade internacional dos Estados, a qual pode advir não só de ações, mas também de omissões por parte deste no que tange a não tomar medidas diante de situações que violem normas da Convenção Americana, reconhecendo que estas violações podem originar-se na dimensão privada, onde se verifica a importância do papel dos poderes públicos na garantia das liberdades e igualdades fundamentais.³¹⁷

Como explica e salienta Antônio Augusto Cançado Trindade, ao recuperar passagens de votos dissidentes de sua autoria, construídos em casos anteriores, um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente

[...] pela simples aprovação e promulgação de uma lei em desarmonia com suas obrigações internacionais de proteção, ou pela não adequação de seu direito interno para assegurar o fiel cumprimento de tais obrigações, ou pela não adoção da legislação necessária para dar cumprimento a estas últimas. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile”, 2001, par. 05, tradução nossa)³¹⁸

Seguindo uma arquitetura normativa similar a da Convenção Americana de Direitos Humanos, também a Convenção Europeia garante uma ampla liberdade de expressão, mas também como a primeira, procura, ao prever fronteiras e responsabilização ao uso abusivo da mesma liberdade, confrontar os discursos de ódio e todas as formas de discriminações injustificadas, o que leva a Corte Europeia dos Direitos Humanos a considerar estes discursos, em suas variadas expressões (xenofobia,

³¹⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*”, 2001, par.70. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/01/2014.

³¹⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*”, 2001, par.72. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/01/2014.

³¹⁸ “[...] por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales internacionales de protección, o por la no-adequación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*”, 2001, voto concorrente, par. 05). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/01/2014.

antisemitismo, racismo por cor, origem ou orientação sexual, entre outros), como contrários aos princípios e ao projeto de sociedade que a Convenção Europeia busca conformar, não estando, portanto, abarcados pelo âmbito protetivo da liberdade de expressão.

Dentro de tal parâmetro normativo, o mesmo tribunal europeu, sempre nos casos concretos, tem procurado diferenciar discursos tidos como políticos, mesmo que exacerbados e de mau gosto, daqueles que, ainda que implicitamente, apenas fomentam e incitam o ódio a dados grupos sociais, visualizando, nestas últimas situações, não o exercício legítimo e garantido da liberdade de expressão como disposto no artigo 10, mas sim o abuso do direito, fazendo incidir o artigo 17, o qual veda qualquer interpretação dos dispositivos convencionais que implique na existência de algum direito de praticar atos contrários aos princípios e liberdades que a mesma Convenção Europeia dos Direitos Humanos abriga.

Um caso que bem ilustra esta posição interpretativa, entre outros que poderiam ser colecionados³¹⁹, é o denominado *Féret v. Bélgica* (2009), o qual versava sobre a condenação, pelo Judiciário belga, por incitamento ao ódio e à discriminação, do presidente do partido de extrema direita *Frente Nacional*, pela edição, publicação e distribuição de panfletos, em período eleitoral, que, entre outros dizeres, conclamavam os belgas a “se levantarem contra a islamificação da Bélgica” (*Stand up against the Islamification of Belgium*) e para “enviarem os desempregados não-europeus para casa” (*Send non-European job-seekers home*), difundindo a imagem de que a comunidade de imigrantes era composta de criminosos e de exploradores dos benefícios do sistema belga.

Em razão de tais fatos, houve um processo criminal, o qual, diga-se, requereu que o Ministério Público belga solicitasse ao parlamento que a imunidade do líder do referido partido fosse levantada, já que o mesmo era também parlamentar. Este processo acabou por levar a uma sentença condenatória de 10 meses de prisão, que foi suspensa e substituída por 250 horas de trabalhos comunitários que envolvessem a integração dos imigrantes, além de declarar a inelegibilidade do condenado por 10 anos. Na visão da Corte belga, tinha ficado claro que o intuito do conteúdo dos folhetos era,

³¹⁹ Ver também: *Jersild v. Dinamarca* (1994), *Lehideux e Isorni v. França* (1998), *Leroy v. França* (2008) e *Faruk Temel v. Turquia* (2011). Disponíveis em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 22/11/2013.

deliberadamente, incitar o ódio, a discriminação e a segregação dos imigrantes e de outras minorias, em razão de “raça, cor ou origem nacional ou étnica”.

O caso acabou sendo levado à Corte Europeia dos Direitos Humanos, já que *Féret* entendeu que seu direito à livre expressão dos seus pensamentos e opiniões, garantido pelas disposições constantes no artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, havia sido violado, o que tornaria a sua condenação ilegítima, abusiva e ilegal.

Não obstante a Corte Europeia reconhecer que havia existido uma interferência no direito à liberdade de expressão, a mesma entendeu que esta interferência, além de estar previamente prevista na legislação belga contra discriminação, também tinha um objetivo legítimo, qual seja, garantir a igualdade de direitos e de não ser injustificadamente discriminado, fundamentos centrais, conjuntamente com o direito de livre pensar, de uma sociedade pluralista e democrática. Nesta linha, a *European Court* afirmou que a decisão belga coadunava-se com a Convenção Europeia no que se referia ao combate aos discursos de ódio que visavam grupos sociais específicos e ao uso ilegítimo da liberdade de expressão.

A referida Corte Europeia acabou por distinguir um discurso aparentemente político do *hate speech*, em que incitar o ódio não é coberto pela liberdade de expressão, já que ofende o direito fundamental de igual respeito e tratamento que os imigrantes possuem, atingindo, de modo reflexo, a toda a sociedade, pois o impacto de tais panfletos foi ainda mais ampliado em razão de sua publicação e distribuição terem ocorrido em um momento eleitoral, o qual sempre atrai grande publicidade.

Em suma, um discurso político pode ser ofensivo, até mesmo propor “soluções duras para o problema da imigração”, mas não deve, ao menos em uma democracia constitucional, poder ser traduzido, descontextualizada e inconsequentemente, como se fosse uma “*simples*” peça de propaganda, pois o mesmo pode revelar-se, ainda que a longo prazo, como um estopim para ações violentas e de radical exclusão. Já que assim sendo, o suposto “discurso político” transmudar-se-ia em “puro ódio”, tornando-se incompatível com o diálogo democrático, o que conduziu que se decidisse que a interferência na liberdade de expressão tinha sido necessária em vista de uma sociedade democrática, não havendo que se falar em violação ilegítima das disposições do artigo

10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas sim em uma responsabilização legitimamente aplicada.³²⁰

De modo similar, enfatizando o direito à não discriminação, a Corte Europeia, em *Norwood v. Reino Unido* (2004), sequer admitiu receber o caso que dizia respeito a um membro do *Partido Nacional Britânico*, condenado com fundamento na legislação anti-discriminatória britânica por ter colocado, em sua janela, uma espécie de pôster de seu partido em que se via uma representação das Torres Gêmeas de Nova York em chamas acompanhada do *slogan* “Islã fora da Grã-Bretanha – Proteja o Povo Britânico” (*Islam out of Britain – Protect the British People*”).

Para a Corte Europeia, não havia que se falar em direito à liberdade de expressão, pois era uma situação em que, claramente, atacava-se um grupo social e incitava o ódio contra o mesmo ao vinculá-lo, como um todo, a um grave ato de terrorismo, o que contrariava frontalmente vários dos princípios proclamados e garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, principalmente, aqueles referentes ao reconhecimento, à paz social e à não discriminação.³²¹

Seguindo este trajeto de revelar que, segundo a Corte Europeia, refletindo a tendência crescente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a liberdade de expressão não é sinônimo de “direito a discriminar” ou de “incitar a exclusão”, temos também o caso que envolveu um discurso de ódio em razão de orientação sexual, o chamado caso *Vejdeland e Outros v. Suécia* (2012), em que os requerentes foram a Corte Europeia visando rever a sua condenação em decorrência da distribuição, em um ambiente escolar, de folhetos tidos como ofensivos, quando confrontados com a legislação sueca, à comunidade homossexual daquele país nórdico, já que afirmavam que a homossexualidade era uma “propensão sexual desviante ou afastada dos padrões” (*deviant sexual proclivity*), tendo um “efeito moralmente destrutivo sobre a substância da sociedade” (*morally destructive effect on the substance of society*), além de ser responsável pela disseminação da AIDS.

Os requerentes, membros de uma *organização da juventude sueca* (National Youth), alegaram que não tinham nenhuma intenção de expressar qualquer desprezo pela comunidade homossexual como grupo, mas sim, de fomentar o debate público a

³²⁰ *Féret v. Bélgica*, 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2009_07_121_ENG_858180.pdf>. Acesso em: 20/11/2013, pp. 21-22.

³²¹ *Norwood v. Reino Unido*, 2004. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 22/11/2013, p.04.

respeito da “falta de objetividade” (*lack of objectivity*) no trato do tema no sistema educacional sueco, sendo, em realidade, reflexo da liberdade de expressão.

O citado tribunal europeu, quando do momento de *dizer o direito*, entendeu que as mensagens contidas nos panfletos distribuídos eram seriamente preconceituosas, ainda que não incitassem, de modo direto, qualquer ato violento, considerando a discriminação, com fundamento na orientação sexual, incluída entre as graves e proibidas hipóteses de discriminação em razão de “raça, origem ou cor” (*race, origin or colour*), levando a Corte a concluir que o direito à liberdade de expressão não havia sido violado, pois as restrições ao mesmo mostraram-se necessárias ao operar de uma sociedade democrática.³²²

Outra situação envolvendo a tensa relação entre os limites da liberdade de expressão e a exteriorização dos discursos de ódio, ocorreu no ano de 2005, na Eslovênia, onde um representante parlamentar, oriundo de um partido extremista, processou uma publicação local por difamação, a qual o teria ofendido com um artigo sobre seu comportamento, traduzido pela revista como radicalmente homofóbico, durante os debates existentes ao tempo em que se votava um projeto de lei que estendia direitos e garantias do casamento a uniões homoafetivas.

Nas instâncias judiciais internas, não obstante reconhecer-se a importância central da liberdade de expressão para a conformação de uma sociedade democrática, a empresa proprietária da revista que publicou a matéria tida como difamatória foi condenada a pagar uma indenização por “danos morais” à imagem do parlamentar, considerando-se, por exemplo, que dizeres como “*cerebral bankrupt*” (bancarrota cerebral, em uma tradução livre), teriam excedido o âmbito legítimo do exercício do *free speech*, revelando-se uma pretensão abusiva a tal direito fundamental por parte da *magazine*.

À título ilustrativo, diga-se que a Corte Constitucional da Eslovênia, por maioria (6 x 3), entendeu que, no caso concreto, a revista não estaria acobertada pela liberdade de expressão e de imprensa, tendo ofendido a honra subjetiva do parlamentar, afastando o argumento da revista de que a crítica não tinha como alvo específico a pessoa do parlamentar, mas sim, o modo como o mesmo, enquanto representante, publicamente eleito, havia se conduzido durante as discussões travadas dentro do parlamento, haja vista que na posição defendida pela revista, o que teria existido não era a exposição de

³²² *Vejdeland e Outros v. Suécia*, 2012. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 22/11/2013, p.05.

uma divergência política a respeito do tema em questão, porém fomento e exaltação de discriminações ofensivas a certos grupos sociais da sociedade eslovena em razão de sua orientação sexual.

A empresa, não concordando com a condenação a ela imposta pelos tribunais eslovenos, recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando que o artigo 10 da Convenção Europeia, referente à liberdade de expressão, havia sido violado, pois no entendimento da proprietária da publicação, o conteúdo da matéria jornalística estaria inserido dentro das acirradas discussões políticas sobre o direito do casamento entre pessoas do mesmo sexo, refletindo os acontecimentos encontrados no próprio espaço parlamentar, além disso, ainda segundo a “editora”, os tribunais da Eslovênia, ao desconsiderarem as falas estereotipadas, os gestos e posturas que visavam denegrir a comunidade homossexual, levados a efeito por vários parlamentares, entre eles o suposto ofendido, teriam desconhecido a dimensão de “resposta” a tais atos que o artigo da revista pretendeu concretizar.

Em outros termos, para os proprietários da revista, o texto publicado, intitulado “*Registration of Same-Sex Civil Partnerships Act adopted*”, apenas era um contraponto, sem dúvida duro, mas ainda assim uma legítima reação pública, ao comportamento, altamente discutível em razão de sua dimensão pejorativamente discriminatória, que pôde ser visto no parlamento esloveno, por parte de certos setores partidários, no momento das discussões sobre o referido projeto de lei sobre uniões homoafetivas.

No ano de 2014, tal caso, denominado *Mladina D.D. Ljubljana v. Slovenia*³²³, foi julgado pela Corte Europeia, ao final do qual, adiante-se, entendeu-se, por unanimidade, que os tribunais eslovenos haviam violado o direito à liberdade de expressão da empresa proprietária da revista questionada, já que, segundo os juízes do tribunal europeu, as fronteiras permissivas das críticas políticas, oriundas do exercício da liberdade de expressão, eram mais amplas quando envolviam debates parlamentares e políticos sobre temas altamente controversos e de grande interesse público, não podendo, em tais situações, as restrições serem aplicadas a partir de uma lógica exclusivamente privada.

³²³ O caso recebeu tal denominação em razão de que *Mladina D.D. Ljubljana* é a companhia eslovena proprietária da revista semanal *Mladina*, na qual, em junho de 2005, foi publicado um artigo que criticava, arduamente, o comportamento de certos parlamentares do *Partido Nacional Esloveno* (Slovenian National Party – SNP), que ao demonstrarem seu repúdio a proposta de reconhecimento de relações civis entre pessoas do mesmo sexo, teriam transcendido o debate político, realizando, em realidade, a expressão de naturalizados “ódios” públicos. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 25/05/2014.

Na visão da *European Court of Human Rights*, a interferência restritiva realizada pelo judiciário esloveno no direito de livre expressão não teria sido “necessária em uma sociedade democrática” (*necessary in a democratic society*), que é o parâmetro de aferição empregado pelo mesmo tribunal em vários de seus *precedentes*, como pode ser verificado nos casos anteriormente abordados. Ou seja, admite-se a existência de restrições e fronteiras à liberdade de expressão, todavia, tais limites precisam funcionar como condição de possibilidade da mesma democracia, o que, na interpretação do tribunal europeu, impõe que assuntos de interesse de toda a coletividade sejam debatidos do modo mais amplo possível, ainda mais quando as controvérsias envolvam parlamentares e suas atitudes como representantes políticos de parcelas da sociedade.³²⁴

Desvela-se que, para a Corte de Direitos Humanos da Europa, o alcance normativo do exercício do direito fundamental da liberdade de expressão é mais amplo em relação à atividade política, aceitando-se, inclusive, ásperas críticas, desde que fundamentadas e com intuito de debater posições sobre assuntos de alto interesse social. Isto é, no que concerne aos políticos no exercício de suas funções públicas, o grau de tolerância com relação a discursos que, no campo das interações particulares/privadas, seriam tipificados como difamatórios, caluniosos ou injuriosos, é maior, pois necessários ao próprio operar dos procedimentos legislativos em um Estado Democrático de Direito.³²⁵

Em suma, o contexto em que o artigo da revista havia sido escrito e publicado, contexto este dominado por disputas argumentativas pesadas, legitimava a maneira como os debates e acontecimentos ocorridos no parlamento haviam sido representados e criticados na publicação, circunstância esta que, segundo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, não tinha recebido a devida atenção por parte das instâncias judiciárias eslovenas. Ou seja, dentro daquele dado contexto, o artigo não fora

³²⁴ Realçando esta postura interpretativa, podemos também lembrar do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, o qual destacou: “*The jurisprudence on incitement also highlights the importance of taking context into account when considering the potential impact of expression. Other factors relating to context that emerge from the jurisprudence, particularly that of the European Court of Human Rights, include the importance of protecting political expression, particularly the expression of opposition views and criticism of the government*” (*The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza e Hassan Ngeze*, 2003, *Summary*, **Direct and Public Incitement To Genocide**, par.88). Disponível em: <<http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Nahimana/judgement/Summary-Media.pdf>>. Acesso em: 02/12/2013.

³²⁵ “The Court has emphasized on many occasions that a politician must in this regard display a greater degree of tolerance than a private individual, especially when he himself makes public statements that are susceptible of criticism ([...] among many other authorities [...])” (*Mladina D.D. Ljubljana v. Slovenia*, 2014). Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid":\["JUDGMENTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 25/05/2014.

construído como uma espécie de “ataque gratuito e pessoal a um parlamentar” (*gratuitous personal attack on the parliamentarian*), porém operou como um “direito de resposta ou contraposição” (*counterpoint/counter-response*) da parte da sociedade que se sentiu atingida por condutas de parlamentares que visavam ridicularizar, menosprezar e, até mesmo, promover estereótipos negativos da comunidade homossexual.³²⁶

Deste modo, a Corte Europeia de Direitos Humanos, com base em argumentos e assertivas como as acima colecionadas, decidiu que teria ocorrido a violação do artigo 10 convencional (liberdade de expressão), circunstância esta que, por si só, foi tida como suficiente para invalidar qualquer exigência, judicialmente imposta, de pagamento ou indenização devida ao parlamentar esloveno que se sentiu ofendido em virtude das críticas realizadas pela publicação *Mladina*, haja vista que, para a mesma Corte, contextos de debates políticos sobre questões socialmente relevantes admitem poucas e excepcionais restrições, ainda mais quando o *criticado* é um político (ou outras *autoridades* públicas) no exercício de suas atividades/funções, sendo que o tribunal europeu, mais uma vez, realçou que qualquer fronteira à liberdade de expressão deve ter como finalidade precípua a manutenção discursiva dos espaços públicos e da própria democracia constitucional, fronteiras estas que se mostram tênues quando tanto o emissor quanto as mensagens/declarações emitidas são *públicas* e dizem respeito a tema de interesse coletivo.³²⁷

Neste ponto, devemos dizer que vislumbramos, em tal decisão, uma confluência com algumas das teses vencedoras expostas no precedente, por nós abordado em páginas anteriores, *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), da Suprema Corte dos Estados Unidos. De modo sintético, podemos colocar que se decidiu que *figuras públicas* estariam mais sujeitas a críticas, mesmo que pesadas, por parte dos órgãos da imprensa, do que outros cidadãos, fixando-se um padrão, principalmente através do voto do juiz *Brennan*, que ainda norteia a aplicação da *First Amendment* em contextos envolvendo o papel do jornalismo diante de condutas e atos das nomeadas “*public*

³²⁶ “The article had not, therefore, been a gratuitous personal attack on the parliamentarian, but a counter-response to the parliamentarian’s own public remarks and, in particular, conduct which could be regarded as a ridicule of homosexuals and promoting negative stereotypes” (*Mladina D.D. Ljubljana v. Slovenia*, 2014). Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 25/05/2014.

³²⁷ “The limits, the Court reiterated, of acceptable criticism were wider as regards a politician, especially when he himself had made controversial public statements, than as regards a private individual” (*Mladina D.D. Ljubljana v. Slovenia*, 2014). Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 25/05/2014.

figures". Estas *figuras públicas*, para terem direito à proteção contra ilegítimas, difamatórias e abusivas reportagens, devem provar que as mesmas foram realizadas com "efetiva e atual má-fé" (*actual malice*) ou temerária desconsideração e irresponsável imprudência quanto à falsidade do conteúdo da matéria publicada (*reckless disregard of falsity*). Assim, a *Supreme Court* procurou garantir o amplo exercício da liberdade da imprensa diante de *autoridades públicas*, consubstanciando a já lembrada e célebre posição de *Brennan* de se favorecer o mais franco e "*robusto debate público*".³²⁸

Por fim, trazemos o caso *Garaudy v. França* (2003), onde a Corte Europeia enfrentou uma situação similar ao nosso 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 a propaganda de ódio racial. Como nos casos anteriores, também neste o requerente alegou que seu direito à liberdade de expressão tinha sido ilegítimamente restringido.

Em sua decisão, a 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 do artigo 10 da Convenção, existindo sim, uma pretensão abusiva a este mesmo direito fundamental, fazendo incidir o artigo 17 do mesmo texto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

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." (tradução nossa)³²⁹

Em outra situação semelhante, o denominado caso *Malcolm Ross v. Canada* (1997), submetido ao *Comitê de Direitos Humanos* das Nações Unidas (órgão previsto

³²⁸ *Ronald Dworkin*, ao escrever sobre o caso *Sullivan*, anotou que a "decisão da Corte liberou a imprensa para fazer investigações e publicar reportagens sem o medo "paralisante" de que um júri pudesse aproveitar um erro factual ou um lapso jornalístico para determinar uma indenização por calúnia e difamação que levasse à bancarrota o órgão de imprensa em questão" (*DWORKIN*, 2006a: 312). Conferir também: (*CORWIN*, 1978: 324-325).

³²⁹ "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. França*, 2003). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 22/11/2013, p.05.

no artigo 28 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos)³³⁰, esta tendência protetiva e anti-discriminatória diante do uso abusivo da liberdade de expressão foi, mais uma vez, realçada e concretizada.

Tratava-se do caso de um professor canadense, Malcolm Ross, que ministrava suas aulas em uma escola secundária de New Brunswick e, ao mesmo tempo, escrevia, publicava e distribuía panfletos nos quais expunha sua forte tendência antissemita, ganhando grande notoriedade em sua comunidade, pois era, em virtude de suas opiniões, convidado a participar de entrevistas, fatos estes que, após a reação da comunidade judaica local e nacional, acabou levando a um processo e posterior demissão por incitamento ao ódio e à discriminação. Inconformado, o referido professor apelou em todas as esferas internas canadenses, alegando que o seu direito à livre expressão tinha sido violado, sempre afirmando que nunca tinha feito qualquer apologia de suas “crenças” em sala de aula, mas somente em seu “tempo livre” (*off-duty*).

Todavia, a decisão, após um longo processo, foi mantida, pois prevaleceu a noção de que o mesmo, por ser professor e lidar com adolescentes em formação, tinha grande influência, ainda que não expusesse seu antissemitismo diretamente aos seus alunos, isto é, a circunstância de difundir suas ideias em ambientes externos à escola não o tornava menos responsável perante o objetivo de sociabilização e integração social que o sistema educacional possui.

Sendo assim, Ross foi à “esfera internacional”, afirmando que certas normas do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, principalmente as disposições do artigo 19³³¹, haviam sido violadas, conseguindo que seu caso fosse aceito pelo *Human Rights Committee*, o qual, não obstante ter admitido analisar o pedido do requerente,

³³⁰ *Malcolm Ross v. Canada*, 1997. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol7en.pdf>>. Acesso em: 14/01/2014, pp. 54-64. Destaque-se que tal atuação só foi possível em razão do denominado “*Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*”, o qual, em rapidíssima síntese, possibilita o encaminhamento de “petições individuais” ao “*Comitê*”, desde que o Estado-parte envolvido na situação de suposta violação dos direitos humanos tenha ratificado o citado protocolo facultativo, protocolo este que exige, por exemplo, em seus artigos 2º e 5º, entre outros requisitos, como uma regra geral de “admissibilidade”, que o cidadão que entenda que algum dos direitos elencados no Pacto dos Direitos Civis e Políticos teriam sido a ele abusivamente denegados, esgote previamente todos os recursos internos disponíveis. Anote-se, por fim, que o Brasil, através do Decreto-Legislativo no. 311/2009, aprovou o texto deste Protocolo Facultativo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaoriginal-113605-pl.html>>. Acesso em: 25/03/2014. Para maior detalhamento do tema, conferir: (PIOVESAN, 2008: 168-174) e (RAMOS, 2004: 209-216).

³³¹ Em termos gerais, este artigo determina que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões”, garantindo ampla liberdade de expressão. Entretanto, o artigo também afirma que o exercício de tal direito fundamental implica em “deveres e responsabilidades especiais”, podendo, com respeito ao devido processo legal, sofrer restrições necessárias ao funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito.

não viu qualquer violação aos dispositivos do referido documento internacional de proteção aos direitos humanos, considerando que as intervenções e restrições aplicadas ao professor canadense tinham sido necessárias para garantir iguais direitos e liberdades.

Verifica-se que esta posição confluía com o já disposto no “*Comentário No. 22*”, de setembro de 1993, do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que abordava o artigo 18 (Liberdade de pensamento, consciência e religião) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Neste “*Comentário*” pode-se ler, entre outros pontos, em seu parágrafo de número oito, um argumento que nos é central, qual seja: restrições a liberdades fundamentais como as do referido art.18 são passíveis de serem implementadas, mas devem estar dispostas em lei e serem interpretadas estritamente, sendo “necessárias” ao próprio operar pluralista das democracias constitucionais, fazendo sobressair o “[...] *direito à igualdade e à não discriminação*”.³³²

Dito de outro modo, o *Comitê* afirmou que a liberdade de expressão traz consigo inúmeras responsabilidades e deveres, que são ainda mais importantes quando a posição do emissor da mensagem discutida é de grande influência social, como no caso de um professor. Assim, admitiu, excepcionalmente, frente a comprovados e injustificáveis discursos de ódio, a redução da amplitude do exercício da liberdade de expressão. Isto é, o referido *Human Rights Committee*, ao fazer prevalecer dimensões protetivas e anti-discriminatórias, enfatizou um aspecto que não pode ser “esquecido” quando da aferição da legitimidade do exercício da liberdade de expressão, o dos impactos de discursos radicais naqueles diretamente atingidos.

No mesmo Canadá, tão influenciado pelas posturas norte-americanas em relação aos discursos de ódio e à liberdade de expressão, temos o famoso precedente *Regina v. Keegstra* (1990)³³³, no qual foi adotada, ao final, uma posição que diverge profundamente da dos seus vizinhos do sul.

³³² “General Comment No.22 (The Right to Freedom of thought, conscience and religion, Art. 18). United Nations CCPR/C/21/Rev.1/Add.4. Human Rights Committee, 1993. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em 18/02/2015.

³³³ Disponível em: <<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii24/1990canlii24.html>>. Acesso em: 13/10/2013. Como escreve Michel Rosenfeld, “[...] *the Canadian protection of freedom of expression like the American relies on the justification from democracy, on that from the pursuit of truth and on that from autonomy. The Canadian conception of autonomy, however, is less individualistic than its American counterpart as it seemingly places equal emphasis on the autonomy of listeners as on that of speakers.*” (ROSENFELD, 2007: 30)

O caso também envolvia um professor de ensino médio, James Keegstra, que, do mesmo modo que Ross, fazia apologia de ideias antissemitas, descrevendo os judeus com uma série de epítetos extremamente ofensivos. Também este caso foi longo e tumultuado, com idas e vindas entre as diversas instâncias do judiciário canadense, pois *Keegstra* apelou sempre afirmando que sua liberdade de expressão tinha sido injusta e ilegitimamente restringida ao ser acusado e condenado, com base na legislação penal, por promover e incitar o ódio contra um grupo social identificável.

Todavia, diferentemente do caso *Ross* acima visto, neste, *Keegstra* não só promovia suas opiniões durante as suas aulas, como as incentivava, já que os alunos que “reproduziram” as suas concepções recebiam notas mais altas. Um destes “ensinamentos” colocava que o Holocausto da Segunda Guerra Mundial teria sido inventado pelos judeus como forma de angariar simpatia internacional aos mesmos e seus interesses.

Por maioria, a Suprema Corte canadense decidiu que era constitucional o limite imposto pelo dispositivo penal ao referido professor, já que o mesmo mostrava-se razoável e necessário, haja vista que restringir discursos de ódio, naquela situação, coadunava-se com a busca de se construir uma sociedade mais equilibrada no Canadá, além de que os danosos efeitos que estes mesmos discursos produzem não trazem *ganho* algum ao exercício da liberdade de expressão. Na visão da maior parte dos membros da Suprema Corte daquele país, James Keegstra tinha excedido o limite do legítimo exercício da liberdade de expressão, pois não havia nenhuma finalidade socialmente justificável que legitimasse o seu intento discursivo ao atacar a comunidade judaica como um todo, constituindo apenas uma difusão de ódio.

Percebe-se, neste caso paradigmático, uma posição que se mostrará por demais relevante em nosso trajeto, que é a ênfase conferida aos impactos que mensagens e falas radicalmente excludentes, como as proferidas por Keegstra, podem produzir na sociedade como um todo e, especialmente, nos atingidos por elas, pois como destacou o Presidente da Corte Suprema Canadense naquele momento: “*O escárnio, a hostilidade e o abuso encorajados pela propaganda de ódio [...] têm um impacto severamente negativo sobre o sentido individual de aceitação e autoestima.*” (tradução nossa)³³⁴

³³⁴ “*The derision, hostility and abuse encouraged by hate propaganda [...] have a severely negative impact on the individual's sense of self-worth and acceptance*” (*Regina v. Keegstra*, 1990). Disponível em: <<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii24/1990canlii24.html>>. Acesso em: 13/10/2013.

Estas formas de lidar com a liberdade de expressão diante dos discursos de ódio podem ser sintetizadas 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 temos tentado 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.

Do exposto, percebe-se que não discriminar é uma das fronteiras aos discursos de ódio que se ocultam por detrás da garantia da liberdade de expressão, mas que tal fronteira requer algumas *condições* para que ela própria não se torne um instrumento de autoritária exclusão. Ou seja, qualquer restrição ao exercício da liberdade de expressão precisa estar prevista em normas previamente legisladas, além de que os fins ou objetivos pretendidos com tais *interferências* devem ser não só legítimos em termos discursivos, como também razoáveis e necessários, funcionando os limites como condição de possibilidade de uma sociedade democrática.

Infere-se das passagens acima, mais uma vez, o grande dilema das democracias modernas, que é manter a sua identidade aberta ao pluralismo e, simultaneamente, edificar fronteiras que garantam o funcionar do próprio sistema de direitos, sem que isto signifique fechar o debate público, isto é, como Habermas afirma, ao refletir sobre discursos fundamentalistas, um *“estado constitucional deve aqui realizar um ato duplo: precisa repelir a animosidade dos inimigos existenciais, enquanto evita trair qualquer de seus próprios princípios [...]”* (HABERMAS, 2004: 08, tradução nossa)³³⁵

Com efeito, podemos verificar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em um árduo processo de universalização, tem sido construído levando em consideração as experiências dolorosas daqueles que são, historicamente, os destinatários preferidos dos discursos de ódio, das exclusões e, até mesmo, de atos genocidas, como, por exemplo, as minorias étnicas e religiosas, os homossexuais, os judeus, ciganos e a comunidade negra, o que faz com que o mesmo, no que mais nos interessa, reconheça que os discursos de ódio são exclusiva e, ousaríamos dizer, “ontologicamente” autoritários, não podendo ser traduzidos em termos de uma democracia constitucional de base pluralista, pois não há como você validar e aplicar, discursivamente, posições que, obsessivamente, pretendem excluir qualquer *alteridade*

³³⁵ *“A constitutional state must perform a twofold act here: it must repel the animosity of existential enemies while avoiding any betrayal of its own principles [...]”* (HABERMAS, 2004: 08)

e negar qualquer diálogo, pois esta dimensão dialógica “[...] *supõe movimentar-se num campo semântico e conceitual que leva em conta a diferença.*” (MATOS, 2006: 60)

Apropriando-nos de uma observação de Erwin Chemerinsky, quando este analisa a tese da *State Action* nos Estados Unidos, realçamos o fato de que não devemos nos esquecer de que a circunstância de ser o “*violador*” um ator privado não torna a violação menos injusta, profunda ou odiosa, e que a força dos grandes conglomerados econômicos, principalmente os vinculados a setores de comunicação social, é capaz de edificar censuras privadas muitas efetivas, pois, como acima dissemos, são vistas como um “*operar natural*” do mercado livre de circulação de ideias e opiniões. (CHEMERINSKY, 1985: 510-511)³³⁶

Um exemplo simples de uma possível censura privada pode ser visto em toda a polêmica envolvendo, no cenário brasileiro, a publicação de biografias não autorizadas pelo “*biografado*”, pois, ao exigir-se tal autorização, estaríamos muito próximos de uma análise prévia do que seria publicamente difundido, o que, ao invés de concretizar uma responsabilização posteriormente aplicada por qualquer dano à imagem da “*figura pública*”, acabaria por impedir, em princípio, que as ideias circulassem livremente.

Em outros termos, apropriando-nos, mais uma vez, de argumentos de *Charles Lawrence*, devemos “[...] *reconhecer que muito da discriminação existente em nossa sociedade ocorre sem a ativa participação do Estado*”, o que implica que saibamos que “[...] *não podemos esperar realizar o ideal constitucional de uma cidadania igualitária se fingirmos que o governo seja o único a discriminar (the only discriminator)*”. (LAWRENCE, 1992: 801, tradução nossa)³³⁷

Aqui se vê que o marco primordial, na perspectiva do Direito Internacional, quando da análise do sentido da liberdade de expressão em democracias constitucionais, é o direito a não discriminação, a igualdade na diversidade, o qual exige, para sua implementação, que a posição tradicional do liberalismo clássico, ainda tão presente nos Estados Unidos como vimos, em que o Estado é o grande *problema*, e o privado é a esfera da solução, em que o primeiro deve permanecer neutro e abster-se de intervir, passa a ser questionada e superada, pois hoje sabemos que, além das esferas pública e privada não se excluírem, mas pressupõem-se, há grande atores privados que possuem

³³⁶ “[...] *the concentration of wealth and power in private hands, for example, in large corporations, makes the effect of private actions in certain cases virtually indistinguishable from the impact of governmental conduct.*” (CHEMERINSKY, 1985: 510-511)

³³⁷ “[...] *recognize that much of the discrimination in our society occurs without the active participation of the state. We know that we could not hope to realize the constitutional ideal of equal citizenship if we pretended that the government was the only discriminator.* (LAWRENCE, 1992: 801)

mais poder de influenciar o debate público que o próprio Estado, sendo capazes, assim, de realizar perversas discriminações, muitas das quais, escondem-se na sombra da liberdade de expressão democraticamente garantida.

Necessitamos, então, discernir os discursos que, não obstante sua ofensividade, estão inseridos em debates políticos e ideológicos daqueles que, em realidade, configuram uma radical aversão a dadas categorias sociais ou a certas visões de vida e de mundo. Pensemos, por exemplo, em dois momentos históricos em que tal distinção se faz clara, o terror do período nazista e os trágicos eventos de Ruanda, rapidamente citados em passagens anteriores, já que, em ambos os casos, discursos que inicialmente poderiam soar como crítica política ao estabelecido, revelaram ser, paulatinamente, verdadeiras propagandas de ódio extremado voltadas, respectivamente, contra os judeus e a etnia dos tutsis.

Nos dois casos, instrumentos, formalmente democráticos, possibilitaram que tais “propagandas” saíssem vitoriosas, já que tanto os nazistas quanto a maioria hutu em Ruanda, alcançaram o poder através de procedimentos eleitorais e legislativos, ainda que a mensagem enviada fosse radicalmente contrária a qualquer visão moderna de constitucionalismo, ou seja, os impactos destes discursos ou não foram previstos ou foram subestimados, já que acabaram por produzir, através de massivo emprego dos meios de comunicação social disponíveis em cada um dos contextos, o holocausto judaico com aproximadamente seis milhões de assassinatos, e o genocídio de quase um milhão de tutsis em Ruanda. (TSESIS, 2009: 501-516)

Guardando as suas próprias especificidades históricas, o que ocorre em situações como estas é que a liberdade de expressão não é exercitada para fazer circular e intercambiar posições, informações e ideias, mas para transmitir e difundir massiva campanha publicitária de ódio, incitando, fomentando e exacerbando preconceitos histórica e naturalizadamente enraizados, o que explica porque um dos fundamentos das sentenças condenatórias, tanto no Tribunal de Nuremberg, quanto no Tribunal Penal Internacional para Ruanda, pelos genocídios perpetrados, fosse o emprego do *hate speech*, mesmo que este não convidasse, explícita e diretamente, ao cometimento de ações violentas. Delimita-se, assim, uma posição frontalmente contrária a qualquer emprego discursivamente ilegítimo dos instrumentos de comunicação de massa e, portanto, da liberdade de expressão.

É importante salientarmos que o próprio Tribunal Penal Internacional para Ruanda buscou estabelecer relações entre o papel desempenhado pelos acusados

naquela Corte internacional e o processo e julgamento de Julius Streicher em Nuremberg, buscando construir argumentos que possibilitassem condenações pelos chamados *crimes contra a humanidade*, ainda que os envolvidos não tivessem feito apelos “claros” para condutas abertamente violentas e genocidas, ou seja, assumiu-se que certos discursos podem funcionar como “pavios”, condicionantes explosivos destes tipos de atos.³³⁸

O que se pode notar, da leitura dos vários instrumentos e decisões internacionais aqui trabalhados, é que o exercício ilegítimo da liberdade de expressão possibilita a sanção posterior do emitente, não permitindo, como regra, o controle prévio do conteúdo, já que tal procedimento configuraria censura, ela própria uma afronta à democracia constitucional. Além disso, exige-se que esta responsabilização seja realmente necessária e proporcional ao abuso cometido, levando em conta não só o conteúdo do discurso, mas também o contexto em que o mesmo ocorreu, o que só ressalta o fato de que a impunidade, como já tivemos oportunidade de colocar, “[...] *recompensa o delito, induz à sua repetição e faz sua propaganda: estimula o delinquente e torna contagioso seu exemplo.*” (GALEANO, 2011: 212)

Denota-se, deste modo, que a partir de uma perspectiva sistematizada dos vários instrumentos internacionais abordados, e de sua aplicação como realizada, por exemplo, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o direito penal não é o mecanismo preferencial no trato dos discursos de ódio, posto ser demasiadamente invasivo em relação à liberdade de expressão, sendo assim “subsidiário”, o que também reflete a preocupação internacional em não criminalizar excessivamente a sociedade, indo de encontro ao postulado *garantista* do Direito Penal³³⁹, o que fica claro quando esta mesma Corte Interamericana de Direitos Humanos, no já lembrado caso “*Kimel*”, afirma que a

³³⁸ Como a própria Corte anotou: “*In considering whether particular expression constitutes a form of incitement on which restrictions would be justified, the international jurisprudence does not include any specific causation requirement linking the expression at issue with the demonstration of a direct effect. In the well-known Nuremberg case of Julius Streicher, there was no allegation that Streicher’s publication Der Stürmer was tied to any particular violence. Much more generally, it was found to have “injected into the minds of thousands of Germans” a “poison” that caused them to support the National Socialist policy of Jewish persecution and extermination.*” (*The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza e Hassan Ngeze*, 2003, *Summary*, **Direct and Public Incitement To Genocide**, par.89) Disponível em: <<http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Nahimana/judgement/Summary-Media.pdf>>. Acesso em: 02/12/2013.

³³⁹ Aqui, a referência é clara aos pensamentos de *Luigi Ferrajoli*, os quais, em apertada síntese, defendem a ideia de que se deve criminalizar tão-somente aquelas condutas que possuam uma dimensão de efetiva ameaça e ofensividade (“*nullum crimen, sine iniuria*”), superando a tendência de criminalizar-se “perigos abstratos”, muitos dos quais, refletem as tensões e os conflitos presentes e constitutivos das relações sociais em sociedades hipercomplexas. Neste ponto, conferir: (FERRAJOLI, 2002)

[...] *tipificação ampla de delitos de calúnia e injúria pode resultar contrária ao princípio da **intervenção mínima** e de ultima ratio do direito penal. Em uma sociedade democrática o poder punitivo só se exerce na medida estritamente necessária para proteger os bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves que os danifiquem ou os ponham em perigo. O contrário conduziria ao exercício abusivo do poder punitivo do Estado.* (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso Kimel vs. Argentina*”, 2008, pars. 71-76, tradução nossa)³⁴⁰

Resulta, assim, que mesmo *mínimo*, pode o direito penal ser empregado no combate aos discursos de ódio. Entretanto, por afetar profundamente a esfera individual, sendo altamente restritivo, deve não só estar previamente previsto em lei, mas também ser extremamente necessário diante do caso concreto. Isto é, o fato de que o direito penal, quando pensado como instrumento contra práticas abusivas do exercício da liberdade de expressão, vincular-se, primeiramente, mais à conduta do que aos resultados que dessa advirão, só faz ressaltar a importância de que todos os princípios que gravitam em torno do devido processo legal sejam efetivamente observados.

Diante desta constatação, o próprio direito penal como que se desloca, saindo de uma dimensão privada em que o impacto das decisões é tido como de interesse exclusivamente dos indivíduos em conflito, tornando-se constitucional, passando a discutir direitos e medidas preventivas, assumindo que certos conflitos vão muito além das partes formalmente envolvidas. Ou seja, passa-se a reconhecer que certos grupos, por sua maior vulnerabilidade social, requerem uma proteção específica diante de real necessidade³⁴¹, em que proteger não é sinônimo de excluir ou censurar, mas sim de prevenir e responsabilizar.

³⁴⁰ “[...] *tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de **intervención mínima** y de ultima ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso Kimel vs. Argentina*”, 2008, pars. 71-76). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/10/2013. Nesta linha, a Corte Interamericana também entendeu que os termos empregados na legislação que embasou a condenação de *Kimel* eram por demais *ambíguos, amplos e vagos* (pars.59-60), o que teria conduzido a uma interpretação por demais restritiva do exercício da liberdade de expressão.

³⁴¹ Talvez esta *necessidade* fique mais clara se recuperamos, neste ponto, o tema da violência doméstica contra as mulheres, pois verificaremos que, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, no Brasil, no período compreendido entre os anos de 2001 a 2011, há uma estimativa que mais de 50 mil homicídios foram praticados contra mulheres (chamados de “feminicídios” ou “femicídios”), sendo que destes, aproximadamente 40% foram praticados por “parceiros íntimos”. Se compararmos tal taxa com a dos homens assassinados, veremos que o percentual cai para próximo de 6%, o que demonstra que a proporção de mulheres assassinadas pelo próprio parceiro é quase 6,6 vezes maior do que a proporção de homens assassinados por suas “parceiras íntimas”. <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em 20/11/2013.

Por consequência, a esfera criminal pode ser pensada e prevista para os casos de abusos do direito à liberdade de expressão, principalmente, quando estejam envolvidos discursos racistas, conformando situações que revelam ser de “extrema gravidade”, em que o contexto concreto permita verificar “[...] *a existência de uma “absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, medidas penais.”*” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Caso Kimel vs. Argentina*”, 2008, par. 78, tradução nossa)³⁴²

Daí, que dentro de contextos sociais altamente complexos, o direito penal, como ressalta Luciano Feldens, “[...] *enquanto instrumento auxiliar na tutela de direitos humanos e fundamentais*” (FELDENS, 2007: 229), demonstra que uma “[...] *intervenção necessariamente mínima não se contrapõe conceitualmente a um Direito penal de intervenção minimamente necessária.*” (FELDENS, 2007: 229)

Em outros termos, conforme uma decisão do Tribunal Constitucional Espanhol dispôs, “*o legislador pode proteger os direitos fundamentais penalmente, e em tal caso, não é possível desconhecer que a proteção penal forma parte do direito fundamental em si mesmo.*” (FELDENS, 2007: 224, tradução nossa)³⁴³

Denota-se, aqui, que a maior presença dos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos em vários ordenamentos jurídicos e decisões judiciais, fortalecendo a noção de que, em uma democracia constitucional, além de não haver espaço para direitos absolutos, também não é possível, discursiva e dialogicamente, legitimarmos posições radicalmente excludentes, como que reflete a tentativa, das instituições internacionais de defesa dos direitos humanos e fundamentais, de refrear uma onda de discursos de ódio que tem atingido várias democracias ocidentais, ampliada também pela crise econômica e um profundo desemprego, situações estas, que historicamente, fazem aparecer o “indesejável estrangeiro”.

Ilustrativamente, uma pesquisa de 2012, realizada na Grã-Bretanha, revelou que mais de 40% dos eleitores britânicos tendiam a apoiar uma agremiação político-partidária que tivesse como proposta “deter totalmente” a imigração, sendo que 37% disseram apoiar propostas que visavam reduzir os números de muçulmanos e a sua presença na sociedade britânica. Destaque-se que quadro semelhante é visto também na

³⁴² “[...] *la existencia de una “absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.”*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso Kimel vs. Argentina*”, 2008, par. 78)

³⁴³ “*El legislador puede proteger los derechos fundamentales penalmente, y en tal caso, no es posible desconocer que la protección penal forma parte del derecho fundamental mismo.*” (FELDENS, 2007: 224)

França, com o partido da *Frente Nacional* conseguindo expressivo número de votos nos pleitos eleitorais, também com um projeto radicalmente contrário à imigração.³⁴⁴

Contudo, esta difusão de discursos de ódio faz-se sentir em outras partes do mundo, como, por exemplo, em Israel, onde outra pesquisa de opinião, também de 2012, revelou que, em relação aos problemas causados em decorrência dos conflitos com os palestinos, a maioria dos israelenses defenderia posturas similares ou próximas às existentes no antigo regime de *apartheid* sul-africano.³⁴⁵

Em suma, em conjunto com a crescente força normativa vinculante dos instrumentos internacionais que lidam com a questão das fronteiras da liberdade de expressão diante dos desafios dos discursos de ódio em democracias constitucionais de base pluralista, a qual propugna por medidas anti-discriminatórias e de responsabilização por pretensões abusivamente levantadas, assistimos o aumento de casos que sinalizam uma crescente e preocupante disseminação de exclusões odiosas, o que, novamente, faz aparecer o dilema da identidade constitucional democrática, de manter sua abertura sem denegar ao seu próprio projeto de inclusão. Isto é, o preço da defesa de uma ampla liberdade de expressão não pode ser sinônimo de pejorativas e humilhantes hierarquias sociais, nem de uma autonomia individual que, em realidade, conforma uma soberania de alguns sobre outros.

Tal conjuntura também explica a enorme preocupação demonstrada pela Organização das Nações Unidas com o emprego da rede mundial de computadores, a internet, para incitar e promover discursos de ódio em escala global, preocupação esta que vai de encontro ao princípio de não discriminação que vem norteando o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Comprovando esta preocupação, foi publicado, em agosto de 2011, o Informe A/66/290 da Assembleia Geral da ONU, onde a questão do emprego abusivo da internet foi várias vezes abordada, sempre ressaltando que tal instrumento de troca de informações, não é, em si mesmo, mal ou bom, já que pode ser empregado tanto para disseminar pensamentos, por exemplo, xenofóbicos, quanto para permitir que grupos perseguidos injustamente possam informar ao mundo sobre sua situação.

Deste modo, a ONU toma enorme cuidado em ressaltar que controle não pode significar censuras ou proibições desproporcionais, pois entende que a internet é,

³⁴⁴Disponível em : < <http://www.cartacapital.com.br/internacional/eleitores-britanicos-tendem-a-apoiar-partido-antimuculmano-mais-que-rejeita-lo/>>. Acesso em: 08/01/2013.

³⁴⁵ Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/maioria-dos-israelenses-apoia-politicas-de-apartheid-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 08/01/2013.

primeiramente, uma ferramenta de importante potencial democrático, entretanto, esta ressalva não impede a Organização das Nações Unidas de afirmar que, ainda que de modo excepcional, os Estados nacionais devem proibir, por exemplo, a pornografia infantil e o incitamento direto e público a atos de violência de base discriminatória e genocidas.³⁴⁶

Ora, todos os argumentos até aqui vistos podem ser reunidos e sintetizados nos debates travados em torno do essencial artigo 4º³⁴⁷, da também central *Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, pois esta dispõe que todos os Estados-partes devem assumir o compromisso de condenar “toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade” de *uns em relação a outros*, seja qual for o fundamento que procure justificar tal hierarquia social.

Além disso, também visando combater todas as formas de incentivo ou transmissão de discursos de ódio, o mesmo dispositivo convencional determina que “medidas positivas” sejam implementadas pelos Estados, entre as quais, destacamos: a) “declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais”; b) “declarar ilegais” organizações que realizem, financiem ou, por qualquer modo, fomentem estes mesmos discursos de ódio; c) “não permitir” qualquer incentivo ou “encorajamento à discriminação racial.”

³⁴⁶ Disponível em: <<http://www.onu.org.br/convencao-da-onu-contra-racismo-busca-meios-de-acabar-com-discurso-discriminatorio-na-internet/>> e <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/449/81/PDF/N1144981.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10/01/2014. A relevância de reflexões sobre o impacto da internet no âmbito da liberdade de expressão pode ser visualizada quando somos informados que, em comparação com os dados de 2009, no ano de 2010 houve um aumento de 88% nas denúncias contra material tido como ofensivo a comunidade homossexual nas redes sociais da internet. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,denuncias-contrahomofobia-na-internet-crescem-88,650584,0.htm>>. Acesso em: 02/12/2013.

³⁴⁷ *Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. “Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, *inter alia*: a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades; c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.”

Como antes visto, já em seu preâmbulo, a *Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial* salienta a dimensão da igualdade e a necessidade de medidas para “eliminar rapidamente” a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações, e para prevenir e combater doutrinas e práticas racistas, o que é refletido na noção de discriminação racial como apresentada no artigo 1º³⁴⁸. Mas é o aqui já destacado artigo 4º que dá o tom, pois este dispositivo foi construído para ser como o ponto de partida de qualquer análise sobre discriminação racial e discursos de ódio, pois nele, a Comunidade Internacional, não obstante qualquer questionamento sobre sua enorme amplitude conceitual, demonstra, de modo inequívoco, que as formas abusivas de discriminação não são passíveis de serem universalizadas em termos normativos.

A relevância dos impactos de tais determinações pode ser vista, por exemplo, na enorme resistência demonstrada pelo Senado dos Estados Unidos em ratificar esta Convenção, refletindo a tradição, por nós demonstrada, de que o Estado deve manter-se neutro diante do âmbito normativo da liberdade de expressão, em que qualquer intervenção restritiva nesta liberdade fundamental, que seja oriunda do Estado, é vista com enorme desconfiança.

Esta resistência é comprovada quando lembramos que este documento internacional foi elaborado em 1965, demorando treze anos para ser submetido aos senadores norte-americanos, levando mais dezesseis anos para ser ratificada pelos mesmos, ratificação esta, repleta de reservas.³⁴⁹

De acordo com informes das Nações Unidas³⁵⁰, os Estados Unidos, já quando da assinatura da referida Convenção, fez constar que o direito ao *free speech*, como previsto em seu texto constitucional, prevaleceria diante de quaisquer exigências convencionais tidas como incompatíveis com a Constituição Norte-Americana.

Após a demorada ratificação, o senado estadunidense elencou, entre outras reservas, não aceitar qualquer obrigação convencional, principalmente a oriunda do acima citado artigo 4º, no que tange a restringir o âmbito do exercício do direito a liberdade de expressão como aplicado no contexto dos Estados Unidos; também ressaltou que a Constituição dos Estados Unidos estabelecia amplas áreas em que a

³⁴⁸ Conferir o texto do citado artigo na página 197 do presente trabalho.

³⁴⁹ Para termos um parâmetro de comparação, devemos anotar que Brasil assinou a mesma Convenção no ano de 1966, ratificando o seu texto em 1968, em pleno período ditatorial.

³⁵⁰ Disponível em: <<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>. Acesso em 10/01/2014.

liberdade e a privacidade dos indivíduos não poderiam sofrer qualquer interferência governamental, ponto central e basilar do sistema democrático norte-americano.

Percebe-se, desta maneira, que a posição dominante nos Estados Unidos vai em sentido contrário à tendência observada no cenário internacional após a Segunda Grande Guerra, caracterizando-se, como entendemos já ter demonstrado, por uma enorme amplitude ou quase irrestrito raio de ação do exercício da garantia da liberdade de expressão diante dos discursos de ódio, quando os envolvidos são atores tidos como *privados*. Esta posição fica nítida em uma situação citada por Kevin Boyle, na qual, ao defender uma organização que afirmava uma suposta “*supremacia branca*”, o advogado que a esta organização representava, para se contrapor às acusações de que seus clientes fomentavam o ódio e a violência, argumentou que: “[D]emonizar *Judeus* ainda é legal sob a Primeira Emenda. É ainda legal neste país ser intolerante. É ainda legal odiar.” (BOYLE, 2001: 489, tradução nossa)³⁵¹

Mary Matsuda, ao escrever sobre esta tensa relação entre a tradição estadunidense da *freedom of speech* e o direito internacional dos direitos humanos no qual emerge a “história das vítimas” dos discursos de ódio (MATSUDA, 1989: 2341-2348), afirma que para um operador do direito, formado na tradição do pensamento liberal, o artigo 4º da Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial seria impraticável e inaplicável no cenário norte-americano, já que abriria uma inconstitucional brecha para intervenções restritivas do governo na dimensão das relações entre particulares, o que afrontaria, por exemplo, o disposto na Primeira Emenda. (MATSUDA, 1989: 2341-2348)

A mesma pensadora, escrevendo antes da ratificação norte-americana, faz questão de realçar a circunstância de que o referido texto convencional, que procura estabelecer políticas de efetivo controle, por parte do sistema internacional, sobre os discursos de ódio, foi realizado com apoio norte-americano, o que demonstraria um apoio dos Estados Unidos a tal abordagem, girando as discussões, assim, em torno do alcance que as restrições e controles podem atingir. (MATSUDA, 1989: 2344-2345)

Todavia, como as reservas mostram, não obstante a posição dos Estados Unidos ser, originariamente, contra os discursos de ódio, na prática, o comprometimento interno com a interpretação dominante da *First Amendment*, a qual é, ousaríamos escrever, extremamente complacente com o fenômeno do *hate speech*, tem sobrepujado os seus

³⁵¹ “[D]emonizing Jews is still legal under the First Amendment. It is still legal in this country to be a bigot. It is still legal to hate.” (BOYLE, 2001: 489)

compromissos internacionais de controlar o impacto destes mesmos discursos na sociedade de modo geral.

Porém, não só os Estados Unidos fizeram importantes reservas quanto à Convenção e, principalmente, o seu paradigmático e anti-discriminatório artigo 4º, também a Arábia Saudita, por exemplo, ressaltou a predominância da denominada *Shariah* (lei islâmica de base religiosa).

Saliente-se ainda, que mesmo sem o peso norte-americano ou da Arábia Saudita, que a reserva realizada pelo Yemen é que desencadeou uma série de objeções de outros países, entre os quais, Austrália, Canadá, Finlândia, França, Alemanha, México ou Holanda, pois na visão destes, a reserva da República Democrática do Yemen, de que a Convenção contra todas as formas de discriminação não significava reconhecer o Estado de Israel ou ter com o mesmo qualquer relacionamento, era contraditória e incompatível com os próprios princípios que gestaram a proposta convencional.³⁵²

Mesmo com tantas reservas, esta tendência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de buscar controlar democraticamente, e do modo efetivo, os discursos de ódio, principalmente quando os mesmos alegam estar cobertos pelo direito fundamental da livre expressão, tem ganhado força normativa, difundindo-se por inúmeros ordenamentos jurídicos.³⁵³ Um destes é o Código Penal francês, o qual, após sofrer alterações em 2005 (Décret n°2005-284), passou a dispor de uma série de normas que sancionam e responsabilizam o que aqui chamaríamos de discriminações ocorridas através de algumas das variadas faces que os discursos de ódio podem revelar, entre elas, por exemplo, a publicação e disseminação de ideias radicalmente ofensivas em razão de cor ou orientação sexual. (Arts. 624-3/4 e 625-7, do CPFr.)³⁵⁴

Ainda seguindo esta linha de análise de legislações que se colocam como fronteiras aos discursos de ódio, devemos também destacar o Código Penal canadense, o qual adotou postura semelhante ao francês, por exemplo, nos seus artigos 318 e 319, os quais determinam medidas contra propaganda, incitamento ou promoção de ódio (*Hate Propaganda*)³⁵⁵ e discriminação negativa contra grupos sociais identificáveis³⁵⁶,

³⁵² Disponível em: <<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>. Acesso em 10/01/2014.

³⁵³ Entre estes, temos, por exemplo, o Código Penal Alemão, o qual, em sua *Seção 130*, tipifica o “incitamento e a disseminação” de ódio, contra segmentos ou setores sociais presentes na sociedade germânica. Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>>. Acesso em: 06/06/2014

³⁵⁴ Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 10/10/2013.

³⁵⁵ A linha divisória entre o que seja “propaganda” e a concretização naturalizada de discursos de ódio em um mundo tão complexo é, em muitos momentos, extremamente tênue, bastando recuperarmos, por exemplo, a circunstância de um “anúncio” trabalhado por Eduardo Galeano, no qual, se apropriando da

assim como o denominado *Ato Britânico de Igualdade* de 2010, que, substituindo legislação anterior, detalha e sanciona fortemente comportamentos e atitudes discriminatórias e incitamentos de ódio contra negros, idosos e por orientação sexual, inclusive criminalizando a publicação ou distribuição de material relativo a tais discursos de ódio.³⁵⁷

Mesmo nos Estados Unidos da América, onde, como já tivemos oportunidade de demonstrar, impera uma enorme resistência a intervenções estatais diante de abusos perpetrados através do exercício ilegítimo da liberdade de expressão, uma legislação federal, o denominado *Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act*, proposto inicialmente pelo então senador Edward Kennedy, amplia a possibilidade do aparato estatal monitorar e combater os “crimes de ódio” baseados em discriminações de “cor, origem nacional, identidade, gênero ou orientação sexual”.³⁵⁸

Referida legislação, reconhece que tais discriminações são um grave problema, destacando um ponto por nós acima dito, qual seja, que o impacto deste tipo de delito não somente atinge a vítima “direta”, mas a comunidade a qual esta pertence como um todo (*impact not only the actual victim but the community sharing the targeted traits of the victim*); além disso, como o artigo 109, par. 5º, da Constituição brasileira de 1988, também este “act” prevê que a jurisdição federal poderá ser exercida contra os *crimes de ódio* em dadas circunstâncias, fomentando o diálogo entre as diversas esferas federativas envolvidas no combate e prevenção deste tipo de situação discriminatória.

No mesmo caminho, temos a lei no. 134/1999, de Portugal, a qual procura estabelecer um patamar mínimo de proteção diante de situações de discriminação negativa³⁵⁹, combatendo certas formas de discursos de ódio originados tanto de pessoas

situação histórica de que a “[...] ditadura militar argentina tinha o costume de enviar muitas de suas vítimas ao fundo do mar. [...] a fábrica de roupas Diesel publicou na revista *Gente* [em abril de 1998] um anúncio que provava a resistência de suas calças a muitas lavagens. Uma fotografia mostrava oito jovens, acorrentados a blocos de cimento em águas profundas, e a legenda dizia: ‘Não são teus primeiros jeans, mas poderiam ser os últimos. Ao menos deixarás um formoso cadáver.’” (GALEANO, 2011: 213)

³⁵⁶Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/index.html>>. Acesso em: 16/04/2013.

³⁵⁷Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf>. Acesso em: 28/11/2013.

³⁵⁸ Assinada pelo Presidente Barack Obama no ano de 2009, esta lei faz referência ao assassinato, em 1998, de um membro da comunidade homossexual, o adolescente *Matthew Shepard* no Estado de Wyoming e, ao também assassinato, por motivos raciais, do afrodescendente *James Byrd Jr.*, falecido no Texas no mesmo ano. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/10/28/hate.crimes/>> e <<http://democrats.senate.gov/2009/07/14/the-matthew-shepard-hate-crimes-prevention-act/>>. Acesso em: 02/01/2014.

³⁵⁹ Discriminações negativas como contraponto das “ações positivas”, já que estas últimas, ao contrário das primeiras, não obstante também distinguem pessoas e situações, podem-se mostrar legítimas, pois, em princípio, pautam-se pela busca de integração social a partir do reconhecimento de certas assimetrias sociais historicamente visualizadas, operando como políticas públicas compensatórias. Exemplo de tais

físicas quanto jurídicas, públicas ou privadas, que visem negar acesso às liberdades fundamentais, violando o princípio da igualdade, salientando, em seu artigo 13º, a importância de que suas normas sejam interpretadas e aplicadas em

[...] harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. (PORTUGAL, 1999)³⁶⁰

Reafirmando este compromisso contra discriminações ilegitimamente realizadas, o qual impõe repensar o sentido do papel do Estado diante das disputas travadas em torno do alcance do exercício constitucional da liberdade de expressão, tivemos, no ano de 2001, em Durban, África do Sul, a Conferência Mundial contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerâncias conexas, organizada pelas Nações Unidas.

A declaração oficial originada deste encontro revela que a ONU está alarmada com o aumento de casos de discriminação, em suas mais variadas formas de expressão, admitindo, inclusive, que o combate a tais manifestações de ódio não tem sido bem-sucedido em razão da impunidade dos perpetradores de tais atos, o que, na visão das Nações Unidas, só encoraja a repetição e a perpetuação destas infelizes situações.³⁶¹

De modo ainda mais detalhado, o Informe desta Conferência Mundial salientou, em seu parágrafo 89, a força persuasiva, no mundo atual, dos meios de comunicação social no que se refere à perpetuação dos discursos de ódio, destacando que, infelizmente,

[...] alguns meios de comunicação, ao promover imagens falsas e estereótipos negativos de grupos e pessoas vulneráveis, em particular imigrantes e refugiados, contribuíram para a difusão de sentimentos

“discrimens” legítimos, entre outros, são as atuais políticas de cotas nas universidades públicas, as quais partem do pressuposto de que há um grave desequilíbrio socioeconômico no trajeto ao ensino de nível superior, desequilíbrio este que, sem uma intervenção estatal na área, acaba operando um verdadeiro controle social através da manutenção de “acessos privilegiados”, chocando-se de frente com as noções, assumidas pelo nosso texto constitucional, tanto de uma meritocracia republicana, quanto da garantia de igualdade de participação política. Ou seja, esta circunstância implica que assumamos que há uma herança de desigualdade, historicamente verificável, que atinge certos grupos sociais, que faz com que o sentido de igual carregue consigo a noção do diferente. Assim, como realça Owen Fiss, ao analisar a “Equal Protection Clause” na Constituição dos Estados Unidos, conjuntamente com a estrutura e os limites normativos do denominado “Antidiscrimination Principle”, “[...] not all discriminations can be prohibited; the word “to discriminate,” once divested of its emotional connotation, simply means to distinguish or to draw a line. The mediating principle of the Equal Protection Clause therefore must be one that prohibits only “arbitrary” discrimination” (FISS, 1976: 109). Sobre tal tema, ver também: (BUNCHAFT; FREITAS; HAASIS, 2011:43-48).

³⁶⁰Disponível em: <http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/LEI_134_99.htm>. Acesso em: 02/01/2014.

³⁶¹Disponível em: <<http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>>. Acesso em: 09/07/2012.

racistas e xenófobos entre o público e, em alguns casos, incentivaram a violência por parte de indivíduos e grupos racistas. (INFORME, A/CONF.189/12, ONU (2001), par. 89, tradução nossa)³⁶²

Também a Resolução 62/142, adotada pela Assembleia Geral da ONU, no ano de 2008, como base em inúmeros documentos por nós já lembrados, reforça, mais uma vez, dentro de um quadro de garantias constitucionais e legais, em que a liberdade de expressão é essencial, a importância de se buscar controlar e responsabilizar os abusos cometidos com fundamento nesta mesma liberdade, reafirmando, categoricamente, que os Estados possuem uma obrigação positiva de tomar medidas legais e judiciais no combate a todas as formas de discursos discriminatórios, conforme estipulado no artigo 4º da Convenção Internacional para eliminação de todas as formas de racismo.³⁶³

Por fim, seguindo esta mesma linha protetiva, anti-discriminatória e não subordinativa, entre tantos documentos internacionais que aqui ainda poderiam ser elencados³⁶⁴, temos o denominado “*Rabat Plan of Action*”³⁶⁵, do Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o qual, em síntese, foi resultado de uma série de encontros (*workshops*) ocorridos, no ano de 2011, em vários países, em que especialistas, estudiosos e observadores, compartilharam experiências e informações sobre modos e estratégias de combate e proibição de falas que defendem posições de ódio, com base em diferenças nacionais, raciais e/ou religiosas, constituindo discursos que incitam violência, principalmente contra grupos que chamaríamos de *hipossuficientes (minorities and vulnerable groups)*, os que sofrem mais duramente os impactos da disseminação de ódios e hostilidades extremadas.

Este *plano de ação*, que recebeu o seu epíteto em razão de ter sido produzido na capital do Marrocos em 2012, enfocando e enfatizando a questão de ódio e da discriminação de base religiosa, chegou a uma série de conclusões e recomendações no

³⁶² “Tomamos nota con pesar de que algunos medios de comunicación, al promover imágenes falsas y estereotipos negativos de grupos y personas vulnerables, en particular migrantes y refugiados, han contribuido a la difusión de sentimientos racistas y xenófobos entre el público y, en algunos casos, han alentado la violencia por parte de individuos y grupos racistas” (INFORME, A/CONF.189/12, ONU (2001), par. 89). Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/215/46/PDF/N0221546.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12/07/2012.

³⁶³ Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/142&Lang=E>. Acesso em: 10/10/2013.

³⁶⁴ Conferir, a título exemplificativo: “General Comment No. 34 (Article 19: Freedoms of opinion and expression). United Nations CCPR/C/GC/34. Human Rights Committee, Geneva, 2011.” Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>>. Acesso em: 11/12/2014.

³⁶⁵ “Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.” Informações, dados e notas disponíveis em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf>. Acesso em: 06/01/2015.

que tange ao estabelecimento legítimo de restrições a práticas que incentivem a difusão do ódio. Um dos muitos pontos trabalhados foi a tensa relação, ainda mais em um Estado Democrático de Direito, entre liberdade de expressão e os discursos de ódio (*hate speech*), sendo reconhecida a centralidade desta liberdade fundamental para a construção de contextos democráticos e o risco, sempre presente, de censuras e restrições ilegítimas e arbitrárias, em que limitações a este direito fundamental devem ser excepcionais, não regra. Todavia, também foi colocado a exigência de que os Estados atuem firmemente, quando necessário, sempre respeitando o devido processo e de modo proporcional, sobre expressões que incitem discriminações violentas, aprovando legislações de cunho tanto preventivo e de longo prazo (como medidas educativas), quanto punitivas, ainda que estas últimas, quando criminais, devam ser empregadas como “último recurso” (*last resort*) diante de situações concretas que as demandem.

“Em resumo, a posição dos instrumentos internacionais de direitos humanos e das instituições encarregadas do seu monitoramento é no sentido de que o hate speech deve ser combatido e punido, e não tolerado em nome da liberdade de expressão.” (SARMENTO, 2006a: 78)

Ora, tudo isto ilumina um ponto que, no devido tempo, revelar-se-á de enorme importância, isto é, que

[N]a esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença (que na Era Hitler foi justificativa para o extermínio e a destruição), percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir, a determinados grupos, uma proteção especial particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isto significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos. (PIOVESAN, 2012: 262)

À luz destas assertivas do direito internacional, podemos verificar que o exercício da liberdade de expressão, por ocorrer em espaços democráticos, não é visto como reflexo de alguma soberania do indivíduo, porém de uma autonomia entre outras autonomias, em que liberdade, igualdade e diferença, ao contrário de excluírem-se, operam pressupondo-se. Desvela-se, assim, que, em uma democracia constitucional, a liberdade de expressão deve procurar realizar duas tarefas centrais, quais sejam: fomentar e potencializar o diálogo e a diversidade, sendo instrumento de emancipação e

autonomia e, ao mesmo tempo, ser parâmetro de aferição e análise daquelas falas que negam, *na raiz*, esta mesma diversidade dialogicamente construída.

Em termos mais diretos, partindo da análise dos debates travados em torno da força vinculante do Direito Internacional dos Direitos Humanos, podemos verificar que o ponto central sobre a liberdade de expressão é como estipular fronteiras em espaços comuns e compartilhados. Aqui, os discursos de ódio surgem com toda força, já que desafiam e testam ainda mais a abertura da identidade constitucional, pois como vimos em vários dos documentos internacionais abordados, restrições não podem significar fechamentos ou enclausuramentos definitivos nem censuras previamente estabelecidas, e nem, tampouco, liberdade de expressão pode ser sinônimo de indiferença ou silenciamento diante dos efeitos dos discursos expressados.

Em realidade, ao menos em democracias constitucionais que necessitam, para legitimar suas tomadas de decisões, de constituir um sentimento de pertença nos participantes das interações sociais cotidianas, o operar do direito revela a tensão entre estabilidade e segurança diante da abertura cognitiva e da contingência estrutural, pois, como a Professora da Universidade Federal do Paraná, *Katya Kozicki*, escreve, dialogando com os pensamentos derridianos, o *“direito pode e deve servir como instrumento de fechamento, mas a sua realidade interna não permite que este fechamento seja inquestionável ou permanente.”* (KOZICKI, 2005: 131)

Todas estas considerações nos mostram que a palavra central na compreensão do direito fundamental à liberdade de expressão é responsabilidade, a qual exige, dentro dos parâmetros aqui vistos, não uma ilusória neutralidade ou abstenção do Estado, mas sua atuação, já que esta passa a ser uma condição necessária da própria democracia constitucional. Ou seja, contextos plurais e socialmente desiguais requerem mecanismos de responsabilização, os quais, como verificamos nas páginas anteriores, por restringirem uma liberdade fundamental, precisam, para serem legítimos, estarem vinculados, em algum nível, com a noção, dialogicamente construída, de uma igualdade na diferença, pois é tal exigência normativa do moderno constitucionalismo que pode justificar, nos casos concretos, que alguns discursos, por serem altamente discriminatórios, não sejam reconhecidos como constitucionais, podendo até mesmo serem criminalizados, para que outros, historicamente silenciados, possam ser ouvidos, fazendo que os *custos e encargos* de uma ampla liberdade de expressão sejam mais simétricos, menos distorcidos.

Apropriando-nos de *André de Carvalho Ramos*, quando o mesmo reflete sobre a “*responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos*”, podemos colocar que, “*de fato, ter responsabilidade significa aceitar sobre si as consequências do próprio atuar e responder por elas.*” (RAMOS, 2004: 58)

Daí,

se alguém rejeita uma pessoa em razão da cor da sua pele, nós não deveríamos exortá-la a demonstrar maior tolerância com aqueles que lhe são diferentes, porque se assim agíssemos, estaríamos como que aceitando o seu preconceito [...]. Pois um racista não deveria ser tolerante, mas simplesmente superar seu racismo. (FORST *apud* HABERMAS, 2003b: 03, tradução nossa)³⁶⁶

O mesmo Habermas, completa esta linha de raciocínio afirmando que em “*situações como esta e outras similares, a resposta apropriada, não é mais tolerância, mas sim crítica aos preconceitos e combate à discriminação, ou seja, a luta por iguais direitos e não por “maior tolerância”.*” (HABERMAS, 2003b: 03, tradução nossa)³⁶⁷

Vemos, assim, que os discursos de ódio são um dos maiores desafios ao arriscado projeto histórico de construção de uma sociedade democrática, de uma sociedade que não precisa de tutores, pois os mesmos não só negam os próprios pressupostos do discurso, já que não reconhecem o *outro* como igual, como também exigem que a mesma democracia constitucional sinalize fronteiras, o que pode, contraditoriamente, levar à denegação de sua própria e necessária abertura e incompletude.

Este desafio é nitidamente visível, ainda mais quando pensamos não só no direito de quem exerce a liberdade de expressão, mas também quando tomamos a sério o impacto sobre a audiência, no caso em que o líder da extrema direita francesa, *Jean Marie Len*, disse em um programa de rádio, que as “câmaras de gás”, onde milhões de pessoas, principalmente judeus, foram assassinadas durante a Segunda Guerra Mundial, era apenas “*um pequeno detalhe*”. (BOYLE, 2001: 498, tradução nossa)³⁶⁸

³⁶⁶ “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: 03)

³⁶⁷ “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”.” (HABERMAS, 2003b: 03). Sintetizando, o mesmo Habermas escreveu que “*tolerance only begins where discrimination ends.*” (HABERMAS, 2004: 11)

³⁶⁸ “In 1987, the leader of the Front National, the far right party in France, Jean Marie Le Pen, was fined for declaring in a radio interview that the mass gassing of Jews was “*un point de detail*” ” (BOYLE, 2001: 498). Cite-se que o mesmo político francês, no ano de 2014, declarou, durante ato político-eleitoral, que “*el Ébola [virus altamente mortal] puede solucionar el problema de la inmigración en tres meses*”.

Desta sorte, a tarefa da responsabilização se mostra ainda mais complexa e, simultaneamente, mais necessária, já que em ambientes plurais como o que nos movemos, demandas antes abafadas e identidades por muito tempo reprimidas pelas estruturas simbólicas de poder passam, cotidianamente, a emergir e a procurar entrar em espaços que lhes eram vedados, colocando em xeque certas “ilusões democráticas” de que “todas” as diferenças seriam, incondicionalmente, convidadas a “participar” e “interagir”, pois os discursos de ódio nos mostram que “*o estrangeiro incomoda. E ele não pode deixar de incomodar, mesmo que não seja essa a sua intenção*”, pois ele é “*aquele que interroga, com sua própria existência, as normas, os usos e costumes da sociedade que o “acolhe”.*” (ENRIQUEZ, 2004: 57)

Dito de outro modo, em uma democracia, como já posto, a *conflituosidade* não é negada, mas reconhecida como insuperável, pois constitutiva, haja vista que “[...] *permanece sensível o enigma de uma sociedade que não possui sua própria definição, que permanece às voltas com sua própria invenção.*” (LEFORT, 1987:26)³⁶⁹

Dáí que a liberdade de expressão pode permitir-nos visualizar vários conflitos até então emudecidos e não problematizados. Porém, isto não garante qualquer resultado socialmente progressista, haja vista que, como vimos em várias das decisões e casos aqui abordados, verificar que os conflitos são a marca primeira das modernas democracias constitucionais não é sinônimo de que os mesmos foram automaticamente superados ou resolvidos *por decreto*, mas apenas que estes conflitos agora não operam inteiramente no pano de fundo de um silêncio naturalizado, ou seja, “*não há nenhuma garantia de que um mundo melhor seja possível e muito menos de que todos os que não desistiram de lutar por ele o concebiam do mesmo modo.*” (SANTOS, 2010: 134)

Neste momento, o trajeto por nós percorrido, principalmente após o diálogo com algum dos principais pontos do Direito Internacional dos Direitos Humanos no que se refere aos limites da liberdade de expressão em ambientes democráticos, permite-nos verificar e afirmar que esta liberdade fundamental, mesmo sendo um dos alicerces do projeto democrático, não é absoluta, ainda mais quando empregada em nome de pretensões discriminatórias injustificáveis, sendo, por isso, indubitável que fronteiras existam, e o sentido destas, em democracias constitucionais, para dialogarmos com

<<http://www.elmundo.es/internacional/2014/05/21/537cf6fde2704e3f098b4586.html>>. Acesso em: 29/05/2014.

³⁶⁹ Devemos sempre lembrar, como o mesmo *Claude Lefort* escreve, ao refletir sobre “*a invenção democrática*”, que a “*democracia que conhecemos instituiu-se por vias selvagens, sob o efeito de reivindicações que se mostraram indomesticáveis*” (LEFORT, 1987: 26).

Hannah Arendt (ARENDR, 2001: 126), vai além da imagem de separação e exclusão, já que também pode representar, potencialmente, espaços de encontro e intercâmbio.

Entretanto, afirmarmos que a liberdade de expressão não é ilimitada, necessitando de fronteiras que quando ultrapassadas possam gerar responsabilização, diz muito pouco sob a legitimidade destas mesmas fronteiras, o que também nos permite, ao nos apropriarmos, novamente, da indagação habermasiana³⁷⁰ que guia nosso trabalho, questionarmos até onde estas fronteiras e os limites em uma democracia constitucional podem ir sem negar a ela própria? Ou seja, qual “*a fronteira das fronteiras*”, a qual, se superada, torna uma necessidade democrática em fonte de autoritarismos e privilégios?

Em suma, qual a base de legitimidade que possibilita, democraticamente, traçarmos a linha que nos permite afirmar que o discurso tornou-se “de ódio”, possibilitando, democraticamente, que a liberdade de expressão seja restringida, e o “falante” responsabilizado? O que diferencia um processo de responsabilização, do estabelecimento, não de legítimas fronteiras, mas sim de “muros” que busquem edificar guetos e censuras?

Além disso, será que ditas *fronteiras*, muitas das quais oriundas das obrigações positivas assumidas pelos Estados na arena internacional, realmente nos tornariam “menores de idade”, não nos reconhecendo, como anotam certos pensadores, como “*cidadãos adultos*” (DWORKIN, 2006a: 319) que são capazes, por si mesmos, de resolverem seus conflitos, suas disputas, sem a necessidade de um ator externo que nos responsabilize? Estaríamos, assim, abrindo uma perigosa brecha para que tutores ou regentes voltassem a pretender assumir o lugar do soberano, reativando uma espécie de “*domínio patriarcal*” (MAUS, 2000: 200), o qual poderia acabar ocultando-se atrás de uma suposta defesa da liberdade de expressão?

São estas complexas e delicadas relações que se estabelecem entre o exercício da liberdade de expressão, os discursos de ódio, as fronteiras da responsabilização e o significado de democracia constitucional que nos guiarão no próximo ponto de nossa caminhada, o último, mas não menos importante, haja vista que nele buscaremos construir certas respostas, não inquestionáveis e nem derradeiras, mas ainda assim respostas.

³⁷⁰ “*How tolerantly may a democracy treat the “enemies” of democracy?*” (HABERMAS, 2004: 08)

3.2 Maiores e Responsáveis: a liberdade de expressão como diálogo

*“Somos todos responsáveis por todos,
por todos os homens perante todos, e eu
mais que os outros”*

Dostoievski

De saída, devemos ressaltar que “restrições” ao exercício da liberdade de expressão sempre ocorreram, sendo a novidade, nos dias de hoje, dentro de um incansável e árduo projeto de aprendizagem democrático, a possibilidade de indagarmos o significado e a legitimidade destas restrições, ou seja, qual a linha divisória que não deve ser transcendida para que continuemos nos movendo em espaços constitucionais?

Se recuperarmos casos como *Schenck*, *Debs*, *Abrams*, *Gitlow*, entre outros por nós trabalhados, quando percorremos parte da história do *free speech* nos Estados Unidos, seremos capazes, com base em argumentos anteriormente desenvolvidos, de identificar que os mesmos casos não conformam necessárias fronteiras, mas sim, ilegítimos silenciamentos, não cumprindo a liberdade de expressão seu papel central, qual seja, de crítica ao estabelecido. Nestes casos, as responsabilizações “cobradas” não visavam garantir a abertura da democracia constitucional e dos direitos fundamentais, porém, proteger “interesses” assentados historicamente de grupos sociais com maior acesso e influência no espaço público de debates.

Ora, se partimos do sentido de que as fronteiras ao exercício da liberdade de expressão devem estar vinculadas, em algum nível normativo, a noção de um pluralismo dialogicamente construído, funcionando não como um “limite externo e desproporcional”, mas como uma necessária “autorrestrição”, condição de possibilidade da própria abertura e incompletude da identidade constitucional, visando garantir o igual direito à divergência e a diferença, veremos, que nestes famosos precedentes norte-americanos, o que existiu foi uma “censura”, ideologicamente imposta, contra aqueles que não se encaixavam aos padrões dominantes da época.

No contexto brasileiro, dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal na década de 1950 também levantaram uma série de indagações semelhantes aos processos e julgamentos estadunidenses do início do século XX, fazendo vir à tona a disputa semântico-pragmática entre as fronteiras legítimas, necessárias a um ambiente que se afirma democrático, e a aplicação de restrições desprovidas de qualquer base de

legitimidade discursivamente concretizada, já que a finalidade destas últimas seria apenas manter e preservar o *status quo*.

O primeiro destes casos, a apelação criminal 1.456/DF (1951)³⁷¹, versava sobre a acusação e posterior condenação, nas instâncias inferiores, de um cidadão “[...] *por ter distribuído e guardar em seu poder panfletos que exaltam o aniversário de um líder totalitário estrangeiro e preconizam a subversão da ordem*”, lembrando que o texto constitucional de 1946, então vigente, garantia o direito fundamental ao exercício da liberdade de pensamento e expressão.

Não obstante esta garantia constitucional, a maioria do STF negou provimento ao apelo, entendendo ser ilegal a citada “*guarda e distribuição de boletins de propaganda comunista com caráter subversivo*”, anotando que “*ser comunista, individualmente, não constitui crime [...]. Mas no caso não se trata apenas disso e sim de fazer propaganda do Partido Comunista, declarado fora da lei [...]*”, ou seja, a decisão “criminalizou uma propaganda”, já que esta incitaria atos violentos e contrários à ordem jurídica.

Nesta perspectiva, o Ministro Hahnemann Guimarães, relator do caso, explicou sua posição afirmando que se filiava

[...] *ao grupo daqueles que consideram inseparáveis do regime moderno a liberdade de opinião e a liberdade de discussão. Não é possível, entretanto, liberdade para propaganda de subversão da ordem por meios violentos.*

O mesmo Ministro ainda salientou, com um silogismo extremamente formalista, que se uma decisão judicial havia colocado o Partido Comunista na ilegalidade, qualquer propaganda ou difusão de suas ideias seriam, por consequência, também ilegais, já que não seria “[...] *possível fazer-se propaganda do regime comunista sem se fazer, ao mesmo tempo, propaganda da violência, para subversão da ordem.*”

O contraponto a tal posição majoritária foi realizado pelo Ministro Nelson Hungria, o qual entendeu que, na situação concreta, “*não haveria crime algum*”, destacando que a Constituição de 1946 não vedava a propaganda “*de qualquer credo político*”, salvo quando tais discursos políticos propugnassem por ações violentas.

Nas próprias palavras do Ministro Hungria, “*fazer propaganda do comunismo ou fazer propaganda do Partido Comunista não é, necessariamente, fazer propaganda*

³⁷¹ Apelação Criminal 1.456/DF, 1951, Rel. Hahnemann Guimarães. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 17/11/2013. Em relação às posições do Ministro Hahnemann Guimarães, conferir também as notas de: (VALADÃO, 2010: 115-121).

de tais processos [violentos]”, ou seja, em seu voto divergente, o sempre lembrado penalista, destacou que se poderia fazer “[...] *o elogio da Revolução Russa, como se faz da Revolução Francesa,*” haja vista que o que então estava proibido era a “organização”, não a “propaganda”.

A segunda situação a alcançar o Supremo Tribunal foi o Habeas Corpus 40.910/PE (1964)³⁷², no qual se afirmava haver um constrangimento ilegal à liberdade de expressão e de cátedra, como então configuradas na Constituição de 1946 (art.145, par. 5º e art. 168, VII). O caso dizia respeito a um professor universitário que havia distribuído, aos seus alunos, um manifesto político em que tecia críticas ao momento político que atravessava o Brasil [ditadura começava a ser implantada], sem fazer qualquer incitamento, direto ou indireto, a prática de ações e atos de violência.

Neste caso, o Ministro Hahnemann Guimarães, também com a relatoria, deferiu o pedido, concedendo a ordem de tolher a respectiva ação penal que havia sido instaurada contra o docente. No entendimento do então membro do STF, o manifesto distribuído refletia as posições políticas pessoais do professor, tecendo críticas desfavoráveis ao momento político, além de clamar aos seus estudantes que assumissem a sua “responsabilidade” pela defesa da liberdade e da democracia, sem, contudo, como já dito, fazer qualquer pedido ou sugestão de protestos violentos.

Saliente-se que neste caso concreto, refletindo o estado de espírito da época, houve um forte debate entre vários dos membros do Supremo Tribunal Federal, ainda que os mesmos tivessem votado no mesmo sentido de conceder o habeas corpus³⁷³, onde se destacam as figuras dos Ministros Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, que ao decidirem que não havia qualquer justa causa para um processo penal contra o professor, o fizeram com um diálogo profundo com o pensamento estadunidense sobre a *free speech*, pensamento este, que ao ser aplicado naquele contexto, conformava uma noção de liberdade de expressão em que a liberdade de cátedra e o poder do diálogo entre os participantes do debate público tornavam-se centrais e necessários para o operar da democracia constitucional, o que, por consequência, fazia com que a restrição desta

³⁷² Habeas Corpus 40.910/PE, 1964, Rel. Hahnemann Guimarães. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 17/11/2013.

³⁷³ A título exemplificativo, temos, por exemplo, a posição do Ministro Pedro Chaves, que, não obstante ressaltar suas posições contrárias ao pensamento esposado pelo professor universitário, também concedeu o habeas corpus, mostrando-se crítico ao modelo norte-americano como citado por seus dois colegas (Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal), pois em sua visão, ambos não haviam considerado as discriminações raciais existente naquele país.

liberdade fundamental fosse ilegítima censura, mesmo que concretizada após a mensagem ter sido proferida, impondo um pesado silêncio.

O Ministro Victor Nunes Leal, chega a citar passagens dos votos proferidos no precedente *Sweezy v. New Hampshire* (1957), que também envolvia um professor socialista e pacifista que tinha sido condenado nas instâncias estaduais dos Estados Unidos por criticar o sistema social e político, o que acabou por levar o seu caso para a Suprema Corte, a qual reformou tal condenação, ressaltando que “*se há um lugar em que o pensamento deve ser o mais livre, este lugar é a universidade [...].*”

Aqui, façamos um rápido parêntesis para observarmos que, posteriormente, já no ano de 1969, estes mesmos dois ministros vivenciariam uma situação que demonstra, com enorme nitidez, a distinção entre uma “fronteira” legítima e uma desnecessária e abusiva “restrição”, isto é, em razão de posições similares às assumidas no caso acima, tanto Evandro Lins e Silva, quanto Victor Nunes Leal, seriam “*aposentados compulsoriamente*”.³⁷⁴

Dito isto, podemos verificar que tanto nos casos norte-americanos, quanto nas duas situações ocorridas no Brasil, as restrições serviram apenas para a manutenção das posições sociais dominantes no período, sendo as críticas políticas realizadas com base na liberdade de expressão taxadas como “perigosamente subversivas”, o que fez com que aqueles que as defenderam publicamente fossem responsabilizados judicialmente por sua “divergência”. Todavia, tais “críticas” originaram-se de uma das dimensões mais importantes que a liberdade de expressão sempre desvelou na história, qual seja, a de potencializar um pensamento que desestrutura posturas socialmente naturalizadas e opções políticas que se pretendem inquestionáveis, dogmáticas, o que, ao inverso dos limites existentes nas situações acima elencadas, é de extrema necessidade para garantir a abertura constitucional.

Estas assertivas sobre as fronteiras da liberdade de expressão são mais claras em ambientes que, ainda que de modo dissimulado, predominam visões autoritárias de mundo, sendo que os limites³⁷⁵, ao contrário de serem pensados como força motriz das próprias práticas e gramáticas constitucionais, surgem como um “muro de censura” que quer nos impedir de olhar para o outro lado e descobrir a presença de narrativas históricas diferenciadas, isto é, se a liberdade de expressão, democraticamente pensada,

³⁷⁴ Através de decreto que tinha como fundamento o Ato Institucional no.05/1968 (AI-5).

³⁷⁵ *Limites* que desvelam um “*duplo sentido*”, já “[...] *podem nos obrigar a obedecer, mas também nos ajudar a dar uma forma construtiva ao turbilhão de nossos desejos.*” (GAGNEBIN, 2008: 12)

é garantia fundamental do discurso público, da ação pela fala, da possibilidade de nomearmos o mundo de maneiras as mais díspares possíveis, então a censura revela ser o seu contrário, tornando-se uma “*bebida amarga*”, para nos apropriarmos da poética letra da música *Cálice*, de Chico Buarque e Gilberto Gil, ela própria, uma verdadeira *apologia* da liberdade de expressão, do direito de informar e ser informado, com transparência e responsabilidade, sendo esta ainda a maior garantia que podemos ter de não vermos, novamente, “*emergir o monstro da lagoa*”.

Agora, mesmo nas modernas democracias constitucionais, como já demonstramos, a censura não se restringe ao poder estatal, pois, em virtude de ter muitas faces, pode advir também da esfera privada e, além disso, este ato de vetar ou interditar a esfera pública de debates a certos atores ou posições, pode ser realizado nas entrelinhas, sem necessidade de qualquer medida aparente que configure algum controle prévio do que será exposto, bastando que tomemos, por exemplo, o modo como a chamada grande mídia aborda e trata dados temas e determinados membros de certos grupos sociais.

Como mostra o professor holandês *Teun van Dijk* (DIJK, 2007: 107-108), geralmente, os imigrantes são representados nos jornais europeus como “*eles*”, como se fosse possível, em uma democracia constitucional de base plural, um acordo por exclusão, um consenso democrático por imposição, gerando, por exemplo, situações discursivas como a apresentada em um periódico inglês de fevereiro de 1989, onde o então Secretário do Governo britânico, Douglas Hurd, advertiu os imigrantes muçulmanos de que eles deveriam “*aprender a viver segundo as leis e costumes britânicos – particularmente para o bem de seus filhos. A alternativa seria o crescimento do ódio público, do ressentimento e do conflito social renovado.*” (DIJK, 2008: 109, destaque nosso)³⁷⁶

Assim, a liberdade de expressão pode revelar-se, por mais paradoxal que possa parecer, mesmo em um Estado Democrático de Direito, quando não problematizada, densificada descontextualizadamente, um efetivo instrumento de manutenção do que “sempre esteve aí”, impedindo, ou ao menos dificultando, transformações sociais que

³⁷⁶ Subjacentes a falas como estas, podemos encontrar o que aqui antes já foi posto, qual seja, o desejo de “*subordinar*”, de “*ser senhor*”, ou como explicitou *Marine Le Pen*, parlamentar francesa vinculada ao partido da *Frente Nacional*, sabidamente contrário a qualquer “*integração dialógica*”, ao expor sua plataforma política de como lidar com o “*problema migratório*” na França: “*That's enough. We wish to become masters in our own home once again*”. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2014/may/21/jean-marie-le-pen-ebola-population-explosion-europe-immigration>>. Acesso em 01/06/2014.

visem combater hábitos e discriminações naturalizadas, podendo gerar, inclusive, espaços discursivos que se reconhecem além da dimensão da responsabilidade pelo exercício desta mesma liberdade.

Neste momento recuperamos, por exemplo, algumas posições que emergiram do infeliz e trágico ataque à redação do periódico francês *Charlie Hebdo*, posições estas que recolocaram em destaque, mais uma vez, o tema do exercício da liberdade de expressão e seus limites, suas fronteiras, em uma democracia constitucional constitutivamente plural e conflituosa. Isto é, logo após este injustificável ato, várias ações de repúdio e manifestações em defesa da liberdade de expressão foram realizadas, tendo sido a mais visível a que reuniu, em Paris, dezenas de representantes de diversos governos, muitos dos quais, como parte da mídia anotou, encontram-se bem distantes de fomentar o *free speech* em seus próprios países.³⁷⁷

Em outras palavras, esta circunstância revela a sempre subjacente possibilidade do uso instrumentalizado da pretensa defesa de um direito, no caso, da liberdade de expressão, em uma apropriação distorcida e deturpada dos compromissos constitucionais. Ou seja, as batalhas por um direito fundamental podem ocultar o desejo de empregar o *outro* como ferramenta de união substancializada, de edificar o *eu* da identidade nacional, ainda mais em tempos de crises econômicas, de desemprego, medo e insegurança, pois aprendemos, com a história, que o ato de “*nomear o outro e mesmo persegui-lo*” pode, em realidade, estar buscando “*criar a identidade do corpo político pela sua negatividade*” (BIGNOTTO, 2004: 68) ou, para recuperarmos argumentos elaborados por *Menelick de Carvalho Netto*, devemos reconhecer que “*arroubos nacionais aparentemente democráticos, certamente podem levar, precisamente, a afirmações extremamente perigosas para a democracia*” (CARVALHO NETTO, 2001: 14).

Explicitando nossos argumentos, podemos destacar que um dos efeitos práticos que podem advir deste cenário de “defesa da livre expressão” é o reforço da “vigilância” estatal na própria dimensão da liberdade de expressão, haja vista que, em nome da

³⁷⁷ Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/ng-interactive/2015/jan/13/charlie-hebdo-attack-world-leaders-paris-press-freedom>>. Acesso em: 25/01/2015. Observe-se que, demonstrando a centralidade de uma liberdade de expressão crítica e contextualizada, temos a conduta altamente questionadora do estudante da London School of Economics, *Daniel Wickham*, o qual apontou, detalhadamente e enquanto a marcha de líderes ocorria, via redes sociais, a enorme contradição performativa entre a defesa “externa” da liberdade de expressão e a repressão e censura “interna” de alguns dos presentes na citada marcha parisiense. Disponível em: <<http://mic.com/articles/108166/one-student-s-epic-tweets-call-out-the-biggest-hypocrites-marching-for-free-speech-in-paris>>. Acesso em: 25/01/2015.

segurança do Estado e da sociedade, inúmeras medidas de controle sobre informações trocadas na internet estão sendo pensadas, inclusive alcançando a própria imprensa, o que, em nossa interpretação, é algo bem diverso de se responsabilizar pelo que é dito ou publicado, já que atingiria, via controles prévios e sigilosos, o exercício desta liberdade fundamental.³⁷⁸

Em suma, com a sabedoria que lhe era peculiar, *Edgar de Godoi da Mata – Machado*, ele próprio vítima de infames e altamente dolorosos discursos de ódio, uma vez escreveu que “[...] *há diversas maneiras de ser anti-democrata e a mais sutil de todas consiste em ser anti-democrata, dizendo-se democrata.*” (MATA-MACHADO, 1975: sp)

Nesta linha crítica, Daniel Sarmiento (2006a) escreve e nos lembra, ao refletir sobre os contextos democráticos em que nos movemos, que são “nesses ares”

[...] *que surgem as questões mais complexas relacionadas à liberdade de expressão, envolvendo a imposição de limites a este direito fundamental, necessários à proteção de outros direitos igualmente importantes, como igualdade, privacidade, honra e devido processo legal.* (SARMENTO, 2006a: 54)

Com efeito, pensar a fronteira da liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito implica que reconheçamos que não há nenhum “*direito de censura*” (MIRANDA ROSA *apud* KUSHNIR, 2004: 83), como se para preservar a “boa liberdade” houvesse a necessidade de vetar certos “pensamentos”. Isto é, não negamos que qualquer limite ou interdição é uma forma de redução do livre discurso, só que tais reduções, quando aplicadas de acordo com princípios constitucionais como o do devido processo legal, ao contrário de apenas desejar silenciar e subordinar o *outro*, como os discursos de ódio procuram fazer, pretendem reforçar a dimensão discursiva e a autonomia³⁷⁹ dos envolvidos, tendo a restrição como fim o fomento da diferença e do pluralismo. Por exemplo, se nos utilizássemos de imagens da economia, diríamos que é o mesmo que se busca realizar quando se restringe os oligopólios ou as grandes fusões de empresas que visam dominar o mercado, ou seja, ampliar o acesso e garantir a

³⁷⁸ Disponível em: <<https://firstlook.org/theintercept/2015/01/20/europe-considers-surveillance-expansion/>>. Acesso em: 25/01/2015. Sobre o tema, também conferir: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/estados-policiais-a-moda-do-201cocidente201d-2769.html?utm_content=buffere7f96&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer>. Acesso em: 25/01/2015.

³⁷⁹ Autonomia aqui, para explicitarmos nossa posição, é “*obtida mediante formas discursivas e autorreflexivas*” (GUSTIN, 2010: 54), o que faz com que a mesma deva “[...] *ser considerada num sentido interativo e dialógico, por isso, também de natureza social e transcultural, que supera a concepção restrita e individualizante da doutrina liberal do mundo moderno [...].*” (GUSTIN, 2010: 54)

diversidade dos participantes, para que todos, ainda que potencialmente, possam participar, com mais igualdade, da liberdade de iniciativa.

Assim, em democracias constitucionais, *a fronteira das fronteiras* ao direito à liberdade de expressão, ainda que diante de discursos altamente odiosos, deve estar voltada a ser fomento, otimização ou ampliação responsável do diálogo e da autonomia dos agentes, o que implica que desloquemos, **não abandonemos**, a proteção desta liberdade fundamental da figura de quem exerce diretamente tal liberdade fundamental, o “emissor/falante”, para o “ouvinte”, a “audiência”, problematizando não só as circunstâncias que gravitam em torno da emissão, como também os impactos e efeitos desta nos contextos e nos destinatários da “fala” proferida.

Esta distinção, conjuntamente com vários dos argumentos mencionados linhas atrás, é que nos permite, por exemplo, verificar que uma proposta, como a chamada “*classificação indicativa*”,³⁸⁰ que estabelece um sistema de quadro de horários para programas, tanto de televisão, quanto de rádio, considerando a adequação para cada faixa etária, não configuraria qualquer censura, sendo em realidade uma “restrição” que, além de prever ampla participação da sociedade civil em sua operação, parte de uma série de estudos sobre os impactos de dados programas em certas faixas etárias, tendo como finalidade efetivar o chamado *princípio da proteção integral da criança e do adolescente*, assumido pela Constituição (art.227) e refletido no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei no. 8.069/1990 – arts. 74-80), o que tornaria esta “classificação” uma condição de possibilidade da própria vivência democrática.

Nesta mesma linha, o relator especial das Nações Unidas para liberdade de expressão, Frank de La Rue, chega a afirmar que “*ninguém pode defender a liberdade de expressão em detrimento dos direitos da criança,*” destacando que o exercício desta liberdade central, o qual, em uma democracia constitucional, deve ser o mais amplo possível, não afasta a esfera da responsabilidade diante de situações comprovadamente abusivas, o que inclui, por óbvio, os mecanismos de comunicação social.³⁸¹

Este tipo de intervenção estatal, cumprindo uma obrigação positiva decorrente de nossa inserção internacional³⁸², lembra-nos que liberdade de expressão não possui

³⁸⁰ Implementada a partir da Portaria no. 1.100/2006 do Ministério da Justiça, sendo seguida por outros instrumentos normativos no mesmo sentido. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/sites/default/files/classificacao.pdf>>. Acesso em 10/11/2013.

³⁸¹ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/classificacao/data/Pages/MJ6BC270E8PTBRIE.htm>> e no site <<http://culturadigital.br/classind/>>. Acessos em 28/09/2013.

³⁸² Por exemplo, artigo 17 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o art.13(4), da Convenção Americana de Direitos Humanos.

apenas o direito de “exteriorizar qualquer pensamento” ou de “informar”, mas também a responsabilização, não só pelo que está sendo “exteriorizado”, mas pelo modo como tal direito é exercido. Saliente-se, ainda, a importância de problematizarmos e contextualizarmos o que o auditório está ouvindo, como recorrentemente temos procurado mostrar, levando-se a sério não só direito de quem emite a fala, porém, simultaneamente, o direito de quem é o destinatário desta mesma fala.

Ora, é também este quadro normativo que nos conduz a ver como censura o famoso caso da proibição do filme *Je Vous Salue Marie* no Brasil, nos mesmos moldes da decisão, antes lembrada, da Corte Interamericana, sobre uma situação similar que envolveu a não exibição da película *A Última Tentação de Cristo* no Chile. O fato é que não há nenhuma finalidade legítima que justifique tais vedações, refletindo, muito mais, visões religiosas de determinados grupos, os quais entram em confronto com os princípios da laicidade e da igualdade que configuram as democracias constitucionais, princípios estes que repelem qualquer discriminação que não vise garantir a própria operação dos Estados Democráticos de Direito.

Também entendemos que a proibição, mais recente, do intitulado “*A Serbian Film – Terror Sem Limites*”, mostrou-se desproporcional, também configurando uma inconstitucional censura prévia. Contudo, ao contrário dos casos do parágrafo anterior, entendemos que o enredo do filme, de extrema violência, inclusive contra crianças, faz com que a sua situação possa ser traduzida como um discurso de incitamento de atos violentos, o que poderia exigir que os poderes públicos intervissem no acesso ao mesmo, jamais impedindo, através, por exemplo, de salas e horários especiais para sua projeção, em que os responsáveis por sua projeção tivessem o dever de informar o público do alto grau de violência presente nas cenas, em linha similar à proposta da ação indicativa.³⁸³

Em síntese, neste último caso, revela-se uma série de características que permeiam as fronteiras da liberdade de expressão, qual seja: regular é diverso de censurar; há uma responsabilidade, perante os “ouvintes”, daqueles que realizam a “expressão”, ainda mais quando esta é de extrema violência; e, por fim, que qualquer

³⁸³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/53790-justica-libera-exibicao-do-longa-a-serbian-film-no-pais.shtml>> Acesso em: 20/01/2014. Conferir também a sentença da justiça federal que liberou a exibição do citado filme. Disponível em: <<http://processual.trf1.gov.br/consultaProcessual/numeroProcesso.php?secao=MG&enviar=ok>>. Acesso em: 07/11/2013.

intervenção estatal, para ser legítima, deve fomentar a autonomia dos participantes da arena pública.

Nesta altura, já podemos vislumbrar que a circunstância do Estado ter de intervir, dentro de parâmetros e padrões constitucionais, sendo a legitimidade discursivamente construída, não implica que o mesmo esteja nos tratando como “cidadãos menores de idade”, que precisam de “alguém” que “tome conta”, dizendo o que ler, ver ou ouvir, pois, o ato de limitar e responsabilizar é, ao inverso, reconhecer-nos como maiores e autônomos e, por isso mesmo, imputáveis por nossas escolhas e ações.

Desta maneira, não obstante reconhecermos a enorme pertinência de refletirmos sobre o nível de interferência estatal no âmbito da liberdade de expressão, discordamos, por exemplo, de certas posições defendidas por Ronald Dworkin (2005, 2006). Tal pensador, partindo de um ponto de vista demasiadamente individualista, entende que o papel do Estado é de ser neutro, respeitando a nossa autônoma igualdade, ainda que dentro de relações privadas que, historicamente, mostram-se assimétricas, pois obrigações positivas são vistas como decisões heterônomas oriundas de tutores, concretizando ações paternalistas que nos tratam como cidadãos imaturos.

Ora, se somos uma sociedade de maiores de idade, e não de menores que precisam ser tutelados, podemos e devemos ser responsabilizados por nossas ações e omissões, mas não porque *algo* externo a nós, uma coerção ou algum dogma, por exemplo, pretenda nos dizer como devemos agir, mas sim porque somos capazes, mesmo que potencialmente, de pensar livre, com autonomia dialógica, de decidir crítica, intersubjetiva e reflexivamente sobre qual sentido de mundo e de pessoa queremos constituir.³⁸⁴

Em suma, exigir que o Estado se abstenha de intervir, ainda que diante de discursos altamente excludentes, como propõe Dworkin, ao criticar projetos legislativos que pretendam evitar as já lembradas “*marchas neonazistas ou desfiles racistas com os participantes vestidos com lençóis brancos*” (DWORKIN, 2005: 514), pode ser lido como uma espécie de “infantilização”, pois se somos “cidadãos adultos”, somos também imputáveis, fazendo com que não só possamos como devemos ser responsabilizados pelo exercício abusivo e ilegítimo da liberdade de expressão.

³⁸⁴ Ver: (ARENDDT, 2004: 77-257).

Aqui, ao afirmarmos a dimensão democrática e de maioria de uma responsabilização por pretensões abusivamente levantadas a direitos fundamentais, recuperamos e retomamos, como forma de ressaltar, posição por nós já dita, qual seja, que os direitos fundamentais não são apenas voltados contra o aparato estatal, ainda que tal perspectiva seja, em princípio, a chave de interpretação predominante, pois os mesmos, ainda que de modo excepcional, também exigem obrigações positivas em decorrência dos chamados “imperativos de tutela” (CANARIS, 2003) por parte do mesmo Estado diante de relações entre particulares marcadas por assimetrias entre os sujeitos de direito envolvidos, onde esta exigência protetiva ou tutelar não é sinônimo de menoridade, mas de responsabilização constitucionalmente necessária.

Assim, sempre levando a sério o sistema de direitos e garantias fundamentais presentes, por exemplo, em nosso texto constitucional, como também os princípios vetores do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mesmo uma intervenção penal pode ser requerida, diante de circunstâncias históricas e fáticas que, comprovadamente, revelem que certos grupos sociais, por sua maior hipossuficiência contextual, são mais suscetíveis de serem atingidos ou “impactados” pelos efeitos e consequências advindas dos discursos de ódio, como forma de prevenir que os danos sejam socialmente ampliados. Realça-se assim, que em um Estado Democrático de Direito, um “garantismo penal negativo” (intervenção mínima/proibição de excesso), não é contrário ou incompatível com um “garantismo positivo” (proibição de proteção deficiente ou insuficiente), haja vista que o Estado, como por nós já posto, pode descumprir os direitos fundamentais “positivados” na Constituição tanto por *exceder-se* como também por *omitir-se*. (STRECK, 2011: 12-13, 18)³⁸⁵

Daí que assumirmos nossa responsabilização, pelo lugar que queremos ocupar no mundo, implica que nos vermos como *maiores* não seja sinônimo de imunização ou alguma espécie de anistia prévia sobre as consequências de nossas “falas”, o que leva que não desconsideremos toda a historicidade presente nos contextos em que a liberdade

³⁸⁵ Conferir o já lembrado: (FELDENS, 2007). Em linha próxima, ao decidir um recurso extraordinário, o Ministro Gilmar Mendes escreveu que “quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”. RE 418.376/MS, 2007, Rel. Ministro Marco Aurélio. Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 01/03/2014.

de expressão é exercida, contextos estes que nos mostram que a igualdade, em tensa confluência com a liberdade, é outro pilar das modernas democracias, porém, uma igualdade não “matemática”, nem de “mesmos”, já que parte da história, sendo, por isso, uma igualdade de diferenças.

Há, neste ponto, uma necessária desconstrução de argumentos que se pautam por raciocínios, aqui já expostos, de que quanto mais discurso melhor, onde o debate franco e vigoroso é defendido como o melhor “remédio” para os efeitos dos discursos de ódio em democracias constitucionais, já que a “responsabilização” reconhece que estes discursos de ódio podem revelar um enorme potencial de infligir profundas humilhações e dores em seus “alvos preferidos”, os quais, em grande parte, fazem parte de grupos sociais historicamente vulneráveis, que, por esta razão, possuem menor poder de acesso e influência na esfera pública de debates. Isso exige, conforme tivemos oportunidade de verificar em diversos “documentos” internacionais sobre os direitos humanos, que o Estado supere a sua histórica letargia diante de quadros recorrentes de exclusão social, não para substituir a cidadania, mas para atuar em conjunto com a mesma.³⁸⁶

A intervenção direta do Estado, no campo da liberdade de expressão, é sempre preocupante, sendo compreensível, historicamente, a desconfiança de que os “governos” apoderem-se dos espaços públicos. Entretanto, sua omissão também o é, denotando que, diante de contextos, cada dia mais complexos socialmente, a simples posição abstencionista não mais consegue dar respostas constitucionalmente adequadas, haja vista que o risco de “privatização” da dimensão da liberdade de expressão não mais advém só do poder estatal, bastando que pensemos no enorme poder de influenciar da denominada “grande mídia”.

Em síntese, observa-se que

sob as condições de uma sociedade complexa como a atual, o sistema de direitos fundamentais não pode mais ser interpretado à luz dos históricos direitos liberais de defesa da esfera privada contra o Estado. O exercício da autonomia privada encontra-se ameaçado não apenas por uma Administração Público-Estatal, tantas vezes privatizada e desvinculada da formação do poder comunicativo, mas

³⁸⁶ Como ensina Antônio Augusto Cançado Trindade: “Un Estado puede [...] tener su responsabilidad internacional comprometida, a mi modo de ver, por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales internacionales de protección, o por la no-adequación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas. Es llegado el tiempo de dar precisión al alcance de las obligaciones legislativas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos[...].”(Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso A Última Tentación de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile”, 2001, voto concorrente, par. 06) Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 10/01/2014.

também por posições desiguais de poder social e econômico.
(CATTONI DE OLIVEIRA, 2007b: 111)

Ou seja, é relevante que nos inquietemos com as interferências estatais no campo da privacidade dos cidadãos, como, por exemplo, nos casos aqui já lembrados de acesso ilegal a documentos eletrônicos e leitura de *e-mails*. Contudo, não podemos desconsiderar o impacto perverso que certas atitudes entre particulares podem ter sobre os indivíduos, como o emprego de discursos por demais humilhantes e/ou ofensivos nas redes sociais, fazendo-nos novamente lembrar e retomar a importância de não desprezarmos a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, indo além daquela “*concepção minimalista dos direitos fundamentais*” (GRIMM, 2007: 154), ainda tão dominante, por exemplo, no contexto dos Estados Unidos.³⁸⁷

Percebe-se que, no campo da liberdade de expressão e dos discursos de ódio, o Estado não pode mais ser visto somente como um observador externo, nada tendo a ver como as pretensões levantadas no espaço público, já que tal posicionamento pode acabar por deturpar ainda mais o sentido legítimo deste mesmo direito fundamental, ou seja, como anota Owen Fiss, “[...] *já não é possível supor que o setor privado é só liberdade, tampouco podemos seguir supondo que o Estado é só censura*”, pois “[...] *no mundo moderno, o Estado pode tanto enriquecer, como empobrecer o debate público.*” (FISS, 1997, tradução nossa)³⁸⁸

Em sentido próximo, Thomas Emerson, professor emérito de Yale, ao refletir sobre o “lado afirmativo da Primeira Emenda”, escreveu ainda no início da década de 1980, que as

graves distorções no sistema [de liberdade de expressão] não podem ser apagadas ou eliminadas sem medidas que vão além das tradicionais salvaguardas para proteger a expressão contra interferências governamentais, não obstante tais salvaguardas ainda continuarem sendo cruciais. O papel ampliado do governo em promover e participar no sistema traz com ele sérios perigos, mas também um grande potencial. (EMERSON, 1981: 848, tradução nossa)³⁸⁹

³⁸⁷ Sobre a tensão existente, no contexto estadunidense, entre posições ditas “*minimalistas*” e “*maximalistas*” a respeito do papel e da legitimidade das decisões da jurisdição constitucional diante dos desafios de efetividade dos direitos fundamentais das minorias, conferir, o interessante artigo: (BUNCHAFT, 2011).

³⁸⁸ “*Así como ya no es posible suponer que el sector privado es todo libertad, tampoco podemos seguir suponiendo que el Estado es todo censura. [...] Nos recuerda que en el mundo moderno el Estado puede tanto enriquecer, como empobrecer, el debate público*” (FISS, 1997: 30).

³⁸⁹ “*Grave distortions in the system cannot be eased or eliminated without measures that go beyond the traditional safeguards to protect expression against governmental interference, as crucial as those safeguards continue to be. The expanding role of government in promoting and participating in the system brings with it serious dangers but also carries a great potential.*” (EMERSON, 1981: 848)

Uma dessas distorções origina-se do desconhecimento, quando da aferição do âmbito protetivo da liberdade de expressão, de que nem todas as diferenças ou pluralismos realizam a democracia constitucional, bastando nos remetermos a discursos homogeneizantes, nostálgicos de uma unidade substancial, onde dizer igualdade é sinônimo de mesmo, de *nós*, como um contraponto a tudo e todos que estão *do outro lado*. Ou seja, será que a liberdade de expressão, como mecanismo anti-discriminatório, questionador do estabelecido, justificaria, ao fim e ao cabo, discursos, como os de ódio, que negam os pressupostos do próprio discurso?

Se partirmos da circunstância de que o “objetivo” da liberdade de expressão é o diálogo, ainda que conflituoso, não a imposição do silêncio, a nossa resposta deverá ser negativa, nos impondo, então, que também desconstruamos uma representação naturalizada de uma certa “diversidade”, desfazendo vãs ilusões de que a democracia constitucional é capaz, incondicionalmente, de abrir-se a “todas as diferenças”, sejam de que matizes forem, já que estas mesmas “diversidades” devem sempre ser analisadas a partir das disputas ocorridas na “história”, ou seja, “*caso se queira tornar o sistema de direitos efetivo por via democrática, é preciso que se considerem as diferenças com uma sensibilidade sempre maior para o contexto.*” (HABERMAS, 2002a: 237)

Diferenças que realizam a autonomia, o espaço compartilhado do comum, não as diferenças que procuram concretizar a soberania autossuficiente de “sua” verdade, limites que uma democracia constitucional que afirma o pluralismo não pode tangenciar, sob pena de obscurecer todas as lutas por reconhecimento de direitos fundamentais que, como vimos, vêm sendo historicamente travadas em nosso trajeto de aprendizagem. Isto é, a necessária crítica diante de pretensões que buscam afirmar posições e diferenças que, ao final, caso “legitimadas”, negarão este mesmo espaço aberto para o *diferente*, por onde entraram, solidificando a nossa identidade constitucional.³⁹⁰

³⁹⁰ Em outros termos, dizer que um Estado Democrático de Direito acolhe e reconhece as diferenças, por maior que seja o desafio, não é sinônimo de “neutralidade” ou “passiva abstenção” diante destas mesmas “diferenças” exteriorizadas, haja vista que existem “diferenças” não emancipatórias, as quais negam os próprios pressupostos discursivos e dialógicos que permeiam o projeto democrático, ou seja, a pretensão de uma inclusão “total” acaba “operando contrafactualmente” (ROSENFELD, 2003: 114), pois esta “abertura” ao diferente e divergente, se “*levado até um extremo lógico, [...] seria destrutiva para o constitucionalismo e para o sujeito constitucional na medida em que o eu excludente asseguraria sua identidade através da subordinação e da opressão daqueles que julga diferentes*” (ROSENFELD, 2003: 115). Sobre o tema, ver também: (CATTONI, 2013: 137-140).

Soa como uma contradição performativa pensarmos a liberdade de expressão como um direito fundamental de abafar, não refletindo uma identidade constitucional plural e sempre carente de total concretização, mas sim um desejo de expandir interdições e muros, de ampliar territórios inacessíveis aos que são diferentes de *nós*, de um *eu* que procura a tudo dominar e representar, onde o encontro com o *outro* deve ser reprimido, pois ele ameaça entrar na exclusividade deste *nosso* espaço.

Adotando-se uma posição mais crítica, descortinamos que a liberdade de expressão deve ser sempre interpretada levando-se em consideração o postulado da igualdade, não apenas em sua dimensão formal e abstrata, posta fora da história, já que as experiências históricas devem poder ser compartilhadas durante a construção dos processos decisórios, pois só assim os envolvidos podem vir a se sentir efetivamente como participantes, livres e iguais, na construção da identidade constitucional, pois esta identidade não será indiferente à sua voz, realizando uma inclusão social, mas uma inclusão aberta e “sensível para as diferenças” (HABERMAS, 2002a: 164-167), diferenças estas, elas próprias, que podem ser questionadas e criticadas, indo além do anacrônico maniqueísmo que separa o mundo e a vida em dois polos sempre contrários.

Em termos outros, somos

livres para sermos diferentes, uma vez que somos diferentes, plurais, em dotes e potencialidades desde o nascimento e nos reconhecemos o direito de sermos diferentes e de exercermos as nossas diferenças, ou seja, sermos livres e de exercermos nossas liberdades. E, ainda assim, ou melhor, precisamente por isso, nos respeitamos como iguais. (CARVALHO NETTO, 2003: 143)

Pode-se dizer, todavia, que nem todas as diferenças ou pluralismos são democráticos e constitucionais, revelando ser, em realidade, pretensões abusivas à liberdade de expressão. Assim, a questão é com que base de legitimidade tal distinção pode ser feita. Novamente voltamos à questão das “fronteiras”, as quais, como vimos, só podem ser estabelecidas *a posteriori* e no caso concreto, percorrendo todo o devido processo, onde a “restrição e a responsabilização” são, elas próprias, dialogicamente concretizadas, não a imposição de alguma “visão” preferencial de mundo.

Estes elementos de “aferição” são de extrema importância, já que, por exemplo, se um grupo racista pode, ainda que seja de difícil visualização, soltar um comunicado “não racista”, ou questionar uma posição social em que, não obstante sua ofensividade, não deixe de ser parte de argumentos que estão sendo debatidos na arena pública, é o caminho democrático da responsabilização que nos possibilita verificar que a sua base

de legitimidade, por ser discursiva, não pode refletir “preconceitos inversos”, pois, do contrário, recairíamos na mesma lógica binária que estamos criticando.

É, portanto, um erro representar o pluralismo da democracia moderna como sendo um pluralismo total, cuja única restrição a ser considerada seria a de resultar acorde com um conjunto de procedimentos considerados neutros. Uma tal concepção, bastante vinculada à ilusão liberal da “neutralidade do Estado”, esquece que não há procedimentos fora de qualquer referência a normas, já que tais regras “regulativas” só têm sentido em relação a regras “constitutivas”, que são necessariamente de uma outra natureza. (MOUFFE, 1994: 105)

Outra pensadora, a norte-americana Nancy Fraser (2006, 2007), ao construir, com o fim de lidar com as questões que gravitam em torno das noções de reconhecimento e da subordinação social, o que ela denomina de *modelo de status*, que, *grosso modo*, significa *paridade normativa* entre parceiros que se reconhecem como iguais nas interações sociais, desenvolve uma linha argumentativa que pode nos ajudar a demarcar a linha divisória entre um exercício legítimo e o outro, abusivamente realizado, da liberdade de expressão.

Com efeito, Nancy Fraser procura sair de estratégias de reconhecimento de diferença que são isolacionistas, contrárias a interações sociais, assumindo que, ao invés de exigirmos que “certas identidades” sejam reconhecidas, deveríamos nos questionar sobre como os membros destas “identidades” interagem socialmente, ou seja, o não reconhecimento passa muito mais pela privação do direito de “igual participação na vida social”, do que o reconhecimento de uma “identidade específica”. (FRASER, 2007: 107)

Daí que não deveríamos apelar para saídas que, além de não partirem do pressuposto normativo do reconhecimento recíproco, empregando argumentos dicotômicos/dualistas do tipo “*a minha visão de mundo é melhor ou mais moderna que a ‘sua’*”, fazendo imperar uma espécie de “superioridade não aberta ao discurso”³⁹¹,

³⁹¹ Importa salientar que, em nossas cada vez mais complexas sociedades, estratégias argumentativas reducionistas do tipo “*nós/eles*” ou “*amigos/inimigos*” não são exclusividade de algum setor específico, sendo justificadas, em inúmeros momentos, com base em alguma representação de mundo, em que a dimensão dialógica, central em uma esfera pública de debates, é fechada por uma constante, quase paroquial e não problematizada, reafirmação de diferenças absolutizadas, ainda que com fundamento em pretensões de mais democracia, pluralismo, liberdade e menor opressão, pois o *outro*, ontologicamente configurado, seja qual for sua cor, origem, religião, orientação, continua sendo o *inimigo* a ser derrotado, tomado como ininteligível em si mesmo. Assim, a própria ideia de fundamentalismo ou de concepção substancialista de vida precisa ser pensada para além dos tradicionais estereótipos que os identificam, *aprioristicamente*, com certos grupos sociais, assumindo que a falibilidade é constitutiva de qualquer tradução do social, pois nenhum intérprete tem acesso privilegiado e inquestionável *à verdade*. Apropriando-nos de Habermas, podemos anotar que a marca determinante de “*visões de mundo*”

também dificultam a verificação da existência ou não de subordinação social nos casos concretos, haja vista que para Nancy Fraser e seu modelo de *status*, o “[...] *não reconhecimento aparece quando as instituições estruturam a interação de acordo com normas culturais que impedem a paridade de participação.*” (FRASER, 2007: 108)

Assim, para a pensadora estadunidense, reconhecer uma diferença significa procurar “*superar estruturas subordinativas*” (FRASER, 2007: 109), onde nenhuma identidade é hipostasiada, já que o interesse é centrado na análise de como as relações sociais são institucionalizadas e aplicadas, indo além das questões de fundo ético. Nessa linha, a igualdade resulta de uma abordagem deontológica (FRASER, 2007: 109), não dependendo de algum valor específico e que a todos una, sendo produto de escolhas políticas que visam desconstruir e transcender “*padrões institucionalizados e assentados de valoração cultural*”, quando estes “*constituem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente “os outros” ou simplesmente invisíveis [...].*” (FRASER, 2007: 107-108)

Deste modo, Fraser é capaz de afirmar que injusto não é só que alguém não reconheça o *outro* como igual, mas que tal não reconhecimento impeça indivíduos ou grupos inteiros de participar de modo integral e em igualdade de condições nas interações sociais concretas, isto é, “*o não reconhecimento é errado porque constitui uma forma de subordinação institucionalizada e, portanto, uma séria violação da justiça*”. (FRASER, 2007: 112)³⁹²

Fraser, então, entende que “reconhecer as diferenças é muito pouco”, pois o essencial é quebrarmos as estruturas de subordinação através de ações que visem

fundamentalistas” não é oriunda tão-somente de sua origem, de *quem* a emite, mas, principalmente, do fato de que estas espécies de “visões dogmatizadas” “[...] *não concedem nenhum espaço à reflexão sobre sua relação com imagens de mundo alheias, nem mesmo com imagens de mundo com as quais partilham o mesmo universo discursivo, e contra cujas reivindicações de validação podem impor-se sem dificuldade, apenas com base em fundamentos racionais. Visões de mundo fundamentalistas não dão nenhuma chance a ‘reasonable disagreement’.*” (HABERMAS, 2002a: 253)

³⁹² Em linha confluyente, diríamos nós, com certos argumentos de Nancy Fraser, o já muitas vezes lembrado Charles Lawrence, ao ressaltar a necessidade de confrontarmos a liberdade de expressão, como disposta na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, com a exigência, também constitucional (*Fourteenth Amendment’s Equal Protection Clause*), de igualdade de tratamento entre os cidadãos, escreve e realça que “*when hate speech is employed with the purpose and effect of maintaining established systems of caste and subordination, it violates that core value [igual respeito e proteção]. Hate speech often prevents its victims from exercising legal rights guaranteed by the Constitution and civil rights statutes*” (LAWRENCE, 1992: 792). O mesmo Charles Lawrence também lembra que o “[...] *hate speech frequently silences its victims, who, more often than not, are those who are already heard from least*” (LAWRENCE, 1992: 792), daí destacar a relevância de “metodologias” que “[...] *give special attention to the structures of subordination and the voices of the subordinated*” (LAWRENCE, 1992: 792).

construir contextos de “paridade participativa”. Sendo assim, faz-se necessário desconstruirmos “os próprios termos em que as diferenças atribuídas são atualmente elaboradas” (FRASER, 2007: 123), pois aí seremos capazes de visualizar quais “obstáculos” cada uma das “diferenças” enfrenta, se é que enfrenta, em suas lutas por “paridade”. Isto é, não podemos ficar presos a critérios como os de busca por “autorrealização” pessoal como forma de justificar reivindicações ou pretensões extremistas oriundas, por exemplo, de “identidades racistas”, contrárias a qualquer contato com o *outro*, já que este ato de se “autorrealizar” implica silenciar a todos que não compartilham a mesma representação de mundo.

Todo este arcabouço teórico fica mais claro quando tomamos emprestado o exemplo empregado pela mesma Nancy Fraser (2006: 44-45), o qual diz respeito aos questionamentos que gravitam em torno do reconhecimento normativo do casamento de pessoas do mesmo sexo, questionamentos estes, que podem ser respondidos sem utilizarmos qualquer argumento que se fundamente em valores de “vida boa”. Dito de outra forma, a denegação de tal “paridade matrimonial” reflete uma cultura heterossexual não problematizada, aceita como se natural fosse, impedindo que gays e lésbicas exerçam seus direitos de igual inserção e participação, tão somente porque sua visão de vida não se encaixa no “normal”, o que, claramente, demonstra ser uma situação de ilegítima e injustificada discriminação, a qual, sem que recorramos a qualquer valoração ética da situação, precisa ser superada para que uma paridade normativa seja implementada, onde a “*diferença possa realizar a diferença*”.³⁹³

Indo de encontro ao que temos defendido, Nancy Fraser ressalta que esta “paridade” deve ser aplicada em termos dialógico e discursivo, possibilitando que debatamos os “*padrões culturais de participação e integração social existentes*” (FRASER, 2006: 47). Isso demonstra que, em uma democracia constitucional, nenhuma pretensão de validade tornada pública, nem qualquer decisão sobre a mesma, está imune de ser criticada, revista e revertida.

Ora, ainda que de modo extremamente sucinto, esta posição elaborada por Nancy Fraser pode ser um instrumental valioso para demarcarmos as fronteiras dos

³⁹³ No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal considerou procedente a ADI 4.277/DF, impetrada pela Procuradoria-Geral da República que tinha como pedido a chamada *interpretação conforme* do artigo 1.723 do Código Civil, visando que qualquer sentido interpretativo do mesmo dispositivo civilista, que denegasse o reconhecimento da denominada “*união homoafetiva*”, fosse tido como inconstitucional. Neste caso, mais uma vez, podemos ver a enorme importância de confrontarmos o âmbito normativo da liberdade com a noção de uma igualdade na diferença, denotando uma opção hermenêutica contra critérios ilegítimos de discriminação aplicados em situações fáticas semelhantes.

discursos de ódio em uma democracia constitucional, sem precisarmos de continuamente recorrer, como ponto de partida, a elementos ou parâmetros éticos e axiológicos. Tal posição possibilita-nos aferir, por exemplo, que discursos de ódio que desconsideram radicalmente o *outro*, pretendendo negar a este o direito de igual acesso participativo, onde o reconhecimento é para excluir, não se encontram cobertos pelo manto legitimador da liberdade de expressão, haja vista que procuram “manter ou colocar” quaisquer “outras diferenças” em situações de inferioridade e de subordinação.

Assim, não há como desvincularmos a aferição da legitimidade das pretensões normativas levantadas quando do exercício da liberdade de expressão da historicidade presente nos contextos de aplicação, principalmente em relação àqueles grupos sociais com menor poder de influência diante de estruturas assentadas de opressão ou, como *Owen Fiss* denomina, “*disadvantaged group*” (FISS, 1976: 157). Isto é, faz-se necessário refletirmos sobre a liberdade de expressão a partir de posições não subordinativas e hierarquizantes, mas sim de emancipação, em que a igualdade de acesso a esta liberdade fundamental possa ser construída recíproca e discursivamente, demonstrando, mais uma vez, o que temos procurado destacar em nosso trajeto: *uma liberdade de expressão dialogicamente orientada, inserida na história, não admite ser traduzida como fonte legítima para manutenção de preconceitos e exclusões naturalizadas*.³⁹⁴

Esta moldura argumentativa nos mostra que o ato de reconhecer uma dada identidade e suas demandas, revela muito pouco dos impactos deste “reconhecimento” nos contextos concretos, já que podemos reconhecer com o intuito de negar o “próprio reconhecimento”, bastando que pensemos, por exemplo, no caso dos judeus na Alemanha nazista ou da população negra na África do Sul do período do *apartheid*, onde a liberdade de expressão foi empregada, majoritariamente, para “marcar” as diferenças com intuito de subordinar e inferiorizar, onde a única “diferença” que contava era a que ousaríamos chamar de “diferenças hegemônicas e não divergentes”.

Dáí que quando um discurso de ódio pretende ser reconhecido com o mesmo direito à liberdade de expressão, reivindicando uma igualdade de tratamento com, por exemplo, discursos contrários à discriminação, afirmando que ele próprio é uma “diferença”, na linha do pensamento liberal que antes abordamos, o qual confere

³⁹⁴ Neste sentido, o mesmo Owen Fiss também escreve, ao refletir sobre a igualdade, que: “*The concern should be with those laws or practices that particularly hurt a disadvantaged group. [...] what is critical, [...], is that the state law or practice aggravates (or perpetuates?) the subordinate position of a specially disadvantaged group. This is what the Equal Protection Clause prohibits.*” (FISS, 1976: 157)

preferência a “quem” expressa seu discurso, entendemos, ao contrário, que as consequências deste mesmo discurso extremista não podem ser desconsideradas, já que se assim agíssemos, optando por uma ilusória neutralidade com fundamento em uma igualdade descontextualizada, não seríamos capazes de verificar, como Boaventura de Sousa Santos destaca, que políticas igualitárias que desconhecem que há diferenças que inferiorizam são, em realidade, políticas excludentes, pois como o mesmo professor português anota, este pensamento racista “[...] *tanto se afirma pela absolutização das diferenças como pela negação absoluta das diferenças.*” (SANTOS, 2010: 313)

Em outras palavras, pode-se assinalar as diferenças, como acontece os discursos de ódio, para denegar a diversidade, para reforçar o “medo” e, por consequência, o ressentimento diante do “*estranho outro*” (TODOROV, 2010), daquele que ameaça a “minha/nossa” posição autorreferida de mundo, de sociedade, circunstância esta que, infelizmente, é verificável em inúmeras passagens da trajetória histórica do fenômeno humano, onde a diferença é marcada

[...] *para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, objeto de compra e venda (vide a escravidão) ou de campos de extermínio (vide o nazismo). Neste sentido, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo da homofobia, da xenofobia e outras práticas de intolerância.* (PIOVESAN, 2012: 271)³⁹⁵

Nesta mesma linha, em que o próprio reconhecimento das diferenças é posto entre parêntesis, Lilia Moritz Schwartz nos lembra que, já no início do século XX, Nina Rodrigues visualizava que “[...] *éramos diferentes, e essa diferença deveria ser, de fato, levada a sério. O problema não era o diagnóstico, mas sim a solução*” (SCHWARTZ, 2007: 314), isto é, há muito nos “vemos” como “diferentes”, todavia, tal

³⁹⁵ Ressalte-se que estas reflexões mostram-se ainda mais necessárias em períodos de recessão econômica, pois, nestes momentos, os discursos de ódio revelam-se mais “sedutores”, sendo o *outro* visto como o indesejável produtor de todas as mazelas sociais, fazendo com que a liberdade de expressão, quando não contextualizada e problematizada, possa tornar-se, paradoxalmente, haja vista que com suporte em vários dos princípios centrais de um Estado Democrático de Direito, vetor de difusão de “radicais exclusões”, já que, em razão da defesa do pluralismo e do mais amplo debate público, é tomada como se fosse a garantia de espaços imunes à responsabilização pelos impactos das “mensagens emitidas”. Este cenário pôde ser verificado nas eleições para o parlamento europeu em 2014, onde partidos que empregam o *hate speech*, ainda que subliminarmente e com fundamento na possibilidade de expressarem suas “críticas políticas”, tiveram um crescimento que não deve ser desconsiderado em qualquer análise sobre o projeto constitucional-democrático. Por exemplo, a já vista *Frente Nacional*, partido francês que defende propostas tidas como xenófobas e racistas, saiu de um percentual de pouco mais de 6% em 2009 para o patamar de 25%. Tal crescimento de partidos que ousaríamos definir como “anti” (*antiEuropa* [contrários a qualquer ideia de “integração”], *islamofóbicos*, *antisemitas*, *anti-imigrantes*, *anti-ciganos* etc) foi verificado também na Alemanha, Áustria, Croácia, Dinamarca e Hungria, entre outros. Disponível em: < <http://www.lamarea.com/2014/05/26/resultados-de-la-extrema-derecha-en-europa-por-paises/>>. Acesso em: 29/05/2014

“reconhecimento”, no Brasil, quase sempre foi excludente, onde visualizar a “diferença” fez, até pouco tempo, *pequena diferença* na nossa estrutura social hierarquizante.

Ou seja, devemos ter em mente, quando analisamos os *limites das fronteiras* aos discursos de ódio, que estes mesmos discursos, por toda a sua pesada carga histórica, nada têm de normal ou natural, sendo construções cognitivas resultantes, em certa medida, de neutralidades, de “políticas de apaziguamento”³⁹⁶, de não responsabilizações, de (des)aprendizados sociais fundamentados na indiferença diante do outro que pode ser humilhado e excluído naturalizadamente. Isso requer uma enorme atenção do judiciário, não para censurar tais discursos, mas para reconhecer que os argumentos de suas decisões – as quais são a base de sua legitimidade - são mensagens encaminhadas à sociedade e, quando estas decisões, diante de situações que envolvam abusos da liberdade de expressão, desconhecem e distorcem o impacto deste ódio nos grupos atingidos, apegando-se a um excesso de formalismo, elas podem ser “traduzidas” como se alguns fossem mais cidadãos que outros, podendo gerar um deslegitimador e contagioso sentimento de não pertença constitucional por parte dos atingidos pelos discursos de ódio.

Observa-se assim, que toda decisão, política ou jurídica, sobre a relação entre liberdade de expressão e discursos de ódio, deve levar a sério a possibilidade de que este tipo de discurso, que visa humilhar e denegrir, pode ser traduzido até mesmo como se fossem *instruções* (WALDRON, 2010: 1610), ou seja, recuperando o mesmo *Waldron*, precisamos procurar contextualizar as falas proferidas, ainda mais quando as mesmas são radicalmente excludentes, sendo que “*a ênfase deve recair sobre a dignidade das pessoas preferencialmente do que nas ofensas proferidas*”. (WALDRON, 2010: 1612)

Tal “ausência constitucional” pode ser vista na situação, descrita pelo muitas vezes lembrado Eduardo Galeano, que, ao escrever sobre a violência doméstica e todo o discurso de ódio que subjaz por detrás desta na América do Sul, narra uma conversa

³⁹⁶ “Política de Apaziguamento” é uma referência direta aos eventos diplomáticos ocorridos pouco tempo antes da Segunda Guerra Mundial ser deflagrada, em que se ressalta o chamado “Acordo de Munique” (1938), no qual França e Inglaterra, com receio de um novo grande conflito com a Alemanha, cederam, continuamente, a todas as pressões e pretensões territoriais que o governo nazista colocava, mesmo que tivessem que “virar as costas” a aliados e países amigos, o que foi comprovado com a “entrega” da antiga República da Tcheco-Eslováquia, acreditando que, assim agindo, com enorme “neutralidade”, a “paz” e a “liberdade” seriam mantidas, mesmo que ao “custo” de alguns “poucos”, o “preço” necessário para manter a Europa livre de conflitos armados. Aqui, não há como não refletirmos sobre este “preço” que “esta” liberdade tem imposto a certos grupos e, até mesmo, populações inteiras. Diga-se também, que ao contrário do esperado, principalmente pelo governo inglês do então Primeiro-Ministro Chamberlain, o governo nazista, diante de tanta “inação”, sentiu-se ainda mais confiante para dar início ao conflito que tanto se queria evitar. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/397522/Munich-Agreement>>. Acesso em: 17/10/2013.

com uma mulher vítima de tal violência, que bem poderia valer para vários outros grupos historicamente vulneráveis, qual seja: “*Eu tenho o mesmo medo que minha mãe tinha, e minha mãe tinha o mesmo medo que minha avó tinha.*” (GALEANO, 2011: 73).

Esta pequena narrativa revela o que temos tentado ressaltar, que é o peso dos impactos dos discursos de ódio nos que são atingidos, e como estes impactos podem, *por gerações*, condicionar as imagens de mundo, estruturando o tecido social, perdurando simbolicamente, em que esta perversa persistência, para ser quebrada, necessita não só que iluminemos estes discursos de ódio, mas que imputações e responsabilizações sejam demandadas e aplicadas, por mais difícil que seja para a sociedade nomear os “seus fantasmas”.

Podemos dizer, ao nos apropriarmos de certos *insights* de um pensador como *Richard Delgado*, quando este reflete sobre os efeitos de linguagens racistas fundamentadas na cor dos indivíduos atingidos, que o discurso de ódio “[...] *ferre a dignidade e o autorrespeito da pessoa a quem é endereçado, comunicando a mensagem de que as distinções de raça são distinções de mérito, dignidade, status e personalidade*” (DELGADO, 1982: 135-136, tradução nossa), ou seja, as “*minorias podem vir a acreditar nas frequentes acusações de que são preguiçosas, ignorantes, sujas e supersticiosas.*” (DELGADO, 1982: 137, tradução nossa)³⁹⁷

Nesta altura, descortinamos que a liberdade de expressão garante e fomenta o potencial crítico do pluralismo de diferenças, das divergências, contudo, a mesma, por ser exercida “entre homens”, autônomos, mas não soberanos, revela-se conflituosa. Isto é, qualquer consenso se dá com base na possibilidade de dissensos democraticamente realizados, exigindo limites e fronteiras que nos responsabilizem por pretensões abusivamente levantadas, predominando uma noção de maioria dialógica que resulta, por exemplo, em legislações e medidas anti-discriminatórias, as quais podem vir a construir o sentimento de pertença constitucional daqueles atingidos pelos discursos de ódio, potencializando o compromisso democrático com um projeto constitucional de reconhecimento em que as narrativas dos setores historicamente excluídos e subordinados possa vir a emergir durante os processos decisórios.

³⁹⁷ “[...] *injures the dignity and self-regard of the person to whom it is addressed, communicating the message that distinctions of race are distinctions of merit, dignity, status, and personhood*” (DELGADO, 1982: 135-136), ou seja, “[M]inorities may come to believe the frequent accusations that they are lazy, ignorant, dirty, and superstitious.” (DELGADO, 1982: 137)

Assim, esta concepção de uma liberdade de expressão que caminha junto com o princípio da igualdade na diferença revela, ao contrário das pretensões levantadas nos discursos de ódio, nos quais o ato de reconhecer é mecanismo de isolar e emudecer, que as fronteiras, em um Estado Democrático de Direito, são construídas para permitir que as experiências constitucionais sejam compartilhadas e questionadas, em que lutar por igualdade é, simultaneamente, buscar as diferenças, não para excluir ou perpetuar opressões e silêncios, mas incluir, dialogar, onde restringir/limitar é condição de possibilidade da própria diversidade. Isto é, desvela-se a necessidade de pensarmos as interações sociais a partir “[...] *de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.*” (SANTOS; NUNES, 2003: 43)

Ou, como escreve Menelick de Carvalho Netto,

[A] *liberdade só é livre se houver igualdade, a igualdade só é igual se houver liberdade. Igualdade, portanto, é igualdade nas diferenças, como iguais, nos respeitamos, embora possamos ter distintas religiões ou diversas opções sexuais, por exemplo.* (CARVALHO NETTO, 2002: 11)

Esta tensão, historicamente posta, entre liberdade de expressão e a luta por uma igualdade que incorpore a diferença sempre ocorreu, como vários dos casos e situações antes abordadas revelam. Entretanto, com a maior abertura participativa que as democracias constitucionais possibilitam, muitos conflitos, antes abafados ou discursos por demais naturalizados que não eram problematizados, tornam-se “conflitos”, disputas por deslocamentos de sentido, já que quanto mais grupos historicamente silenciados procuram ser *ouvidos*, mais os discursos de ódio explicitam-se, desafiando, crescentemente, o raio de ação da liberdade de expressão, ou seja, condutas, identidades e mobilidades sociais tidas, historicamente, como divergentes ou desviantes, tendem, ao serem explicitadas publicamente, a gerar “respostas enfurecidas”, “mixofóbicas” (BAUMAN, 2007: 96).³⁹⁸

³⁹⁸ Entre tantas que cotidianamente são relatadas, podemos visualizar estas respostas quando tomamos a experiência vivida pela bela morena Flora Coquerel, uma jovem francesa, estudante universitária, com pouco mais de 19 anos, que foi eleita Miss França, e com tal vitória, provocou uma verdadeira onda de ofensas de teor racista nas redes sociais, as quais diziam, entre outros pesados impropérios, que os “mestiços são o câncer da raça branca” ou que “a verdadeira beleza de nossos ancestrais não existe mais.” Ou no caso de uma aluna de uma grande universidade brasileira, violentamente agredida, dentro do próprio campus universitário, em razão de sua orientação sexual. Disponíveis em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20131210-miss-france-e-alvo-de-comentarios-racistas-nas-redes-sociais>> e <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2013-02-22/aluna-da-unb-leva-chutes-soco-e-e-chamada-de-lesbica-nojenta-no-campus.html>>. Acesso em: 22/02/2013.

Deste modo, ao enfatizarmos a conflituosa interação entre liberdade, igualdade e diferença a partir de uma posição emancipatória, dialógica e discursiva, procuramos demonstrar a enorme centralidade, na conformação das democracias constitucionais de base pluralista, do fato de que “*temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza*”, assim como “*temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.*” (SANTOS, 2010: 313)

Em termos diversos, as disputas atuais que gravitam, ainda que indiretamente, ao redor da liberdade de expressão, revelam que os tempos em que “consensos por exclusão” eram impostos sem questionamentos ficaram para trás, já que grupos sociais historicamente invisibilizados, como, por exemplo, os negros, homossexuais ou índios, não mais se satisfazem com as explicações oficiais sobre seu papel na sociedade, isto é, não mais se satisfazem com uma “[...] *paz do silêncio, da não-democracia*” (JANINE RIBEIRO, 2004:223), buscando, ao romper com verdadeiros “códigos de postura” refratários a qualquer indagação e transformação, destampar “diferenças” estruturais não problematizadas.

Dentro deste quadro de disputas, temos, por exemplo, as controvérsias que giram em torno de algumas das obras de Monteiro Lobato, tendo inclusive chegado ao Supremo Tribunal Federal³⁹⁹ o questionamento, por parte de setores do movimento negro, sobre a “aquisição”, pelo Ministério da Educação, como material didático, do livro “Caçadas de Pedrinho”, em virtude do mesmo ser tido como racialmente discriminador [haveria, por exemplo, uma estigmatização da figura da *Tia Nastácia*], contrariando os princípios de uma educação não-racista. Para os representantes dos movimentos negros, o livro poderia conduzir a estereótipos negativos a respeito da população afrodescendente. Deste modo, o movimento negro entende que esta situação exigiria que os professores que trabalharão com tal material tenham um acompanhamento constante e uma qualificação ou formação continuada para saberem lidar, criticamente, com o contexto em que a obra foi escrita. Além disso, tal movimento

³⁹⁹Mandado de Segurança, 30.952/DF (2011), Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4165433>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217743&caixaBusca=N>>. Acessos em: 10/01/2014. Informe-se que, ao final de 2014, o Ministro Relator, sem adentrar ao mérito, declarando a incompetência do Supremo Tribunal diante do caso, decidiu que, *in verbis*: “[...] nego seguimento ao mandado de segurança, na forma do art. 21, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, ficando prejudicado o exame do pedido de liminar. Publique-se. Intimem-se.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4165433>>. Acesso em: 23/12/2014.

requer que uma espécie de “nota explicativa” sobre o conteúdo dos livros seja colocada nos mesmos, como forma de alertar, informar e orientar, tanto os docentes, quanto aos alunos.

Diga-se, aqui, que em uma democracia constitucional aberta à divergência e ao contingente, espaço de problematização do estabelecido, este desconforto com representações de mundo assentadas no tempo é potencializado, fazendo com que o sentido de legítimo não decorra de alguma espécie de *decurso de prazo* que imuniza certas posições. Ao contrário, legitimidade, como antes exposto, passa a ser construída intersubjetiva e, principalmente, discursivamente.

Observe-se que indagações, como as relativas a passagens da obra de Monteiro Lobato, não são exclusividade do contexto brasileiro. Exemplificativamente, fazendo um rápido parêntesis, tomemos todo o debate que tem sido produzido em torno da figura, tradicionalíssima durante o período natalino na Holanda, denominado de *Zwarte Piet* (“Pedro Preto”, em tradução livre). Esta figura seria o ajudante do nosso Papai Noel (*Sinterklass*, em holandês), quando as pessoas pintam os seus rostos de preto e desfilam pelas ruas de várias cidades dos *Países Baixos*. Ora, para a comunidade afrodescendente holandesa, este personagem, originado, segundo alguns estudiosos, dos tempos da escravidão colonial, refletiria a persistência de estereótipos racistas. Assim, parcela da população que se vê atingida pela mensagem subliminar passou a organizar movimentos contrários às festividades do *Zwarte Piet*, tendo, inclusive, levado suas demandas até as instituições judiciais holandesas, e até mesmo a ONU emitiu uma nota sobre o assunto. Por fim, ressalte-se que foram construídas propostas que visam não apenas manter a tradicional festa, como também reconhecer a legitimidade das questões levantadas pelos setores afrodescendentes, isto é, foi colocado a alternativa de se pintarem os rostos de todas as cores, absorvendo um elemento plural para o mesmo evento natalino.⁴⁰⁰

Não obstante sabermos que estes casos, em virtude das inúmeras variáveis e abordagens argumentativas existentes sobre os mesmos, valem, por si só, outro trabalho, não nos furtamos de anotar que, para além das decisões das causas propriamente ditas, demonstra-se a relevância de que o “*processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos*”

⁴⁰⁰ Dados e informações disponíveis, entre outros: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/38229/corte+holandesa+adia+decisao+sobre+racismo+em+personagem+natalino.shtml>>; <<http://www.amsterdamherald.com/index.php/rss/1202-20140702-more-awareness-racism-netherlands-wake-zwarte-piet-debate>> e <<http://www.iamexpat.nl/read-and-discuss/expat-page/news/united-nations-investigates-zwarte-piet-racism-netherlands>>. Acessos em: 11/12/2014.

das circunstâncias epistêmicas (HABERMAS, 2002b: 59). Daí, que o fato de ser Monteiro Lobato um dos maiores escritores de literatura infantil da história brasileira, não o torna imune a ser debatido na atualidade por aqueles que não se sentem confortáveis, para dizermos o mínimo, com algumas de suas representações.

Assim, não há como negarmos o fato de que a referida ida ao STF destampou uma questão por muito tempo adormecida no contexto social brasileiro, qual seja, o impacto de enraizadas visões e representações raciais da sociedade, onde o mesmo STF é chamado a atuar como verdadeira jurisdição constitucional, dentro de uma dimensão contra-majoritária pautada pela noção de uma *igualdade entre diversos*, já que potencializadora de abalos e rupturas com o naturalizadamente estabelecido.

Neste ponto, valemo-nos de Marianne Braig, quando a mesma destaca que

[A] *fachada que, tradicionalmente, recobriu a forma brasileira de lidar com o racismo vem se mostrando quebradiça. No centro das preocupações se encontra uma pergunta cada vez mais premente: qual é a melhor maneira de enfrentar o racismo e as desvantagens culturais e socioeconômicas que ele acarreta para vastos contingentes da população brasileira?* (BRAIG, 2006: 07)

Entendemos, com fundamento no trajeto por nós percorrido, e ainda que sabedores dos riscos⁴⁰¹ e contingências que estão sempre presentes em qualquer escolha, já que esta é sempre uma entre incontáveis outras, que um caminho para lidarmos com estas novas disputas é aquele que nos conduz pelas trilhas da não discriminação e da admissão da igualdade na diferença, em que as consequências dos discursos são levadas a sério, sendo visível, em nossa perspectiva, nos “*estatutos protetivos*”, anteriormente citados e, em termos judiciais, principalmente, nos argumentos vencedores presentes nos casos sobre literatura revisionista (HC 82.424), violência doméstica (ADI 4.424) e reconhecimento da união homoafetiva (ADI 4.277).

Em termos outros, tanto nas legislações compensatórias, quanto nas decisões do STF, há uma clara opção por uma interpretação dos direitos fundamentais que se insere

⁴⁰¹ Risco este que, por ser constitutivo das gramáticas democráticas, pode concretizar-se quando, em uma situação concreta, confundimos um “documentário” ou “entrevista”, com “propaganda ou apologia” do ódio, fato este que ocorreu no caso *Jersild v. Dinamarca* (1994), no qual um jornalista foi processado e condenado por “abrir espaço” televisivo a membros de um grupo radicalmente contra os imigrantes, já que teria contribuído para disseminar o “ódio”. No Tribunal europeu para direitos humanos, onde o caso chegou, o referido jornalista alegou que sua liberdade de expressão havia sido violada, requerendo que sua condenação fosse revista, apelo este que foi atendido pelo tribunal, já que o mesmo entendeu que, na verdade, tratava-se de um documentário que versava sobre um tema de interesse de toda a sociedade – a imigração, implicando que os envolvidos fossem “escutados” e seus “argumentos” explicitados. Ou seja, para a Corte Europeia, o fato dos “entrevistados serem racistas”, não faz, por “associação”, com que o “jornalista” também seja assim visto. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em: 22/11/2013, p.03.

na história, em que a igualdade não é só “textual”, mas procura ser também “contextual”. Ou seja, discriminações existem, mas somente aquelas tidas como transformadoras e com potencial emancipador e anti-hierarquizante, necessárias ao próprio funcionamento do Estado Democrático de Direito, podem vir a ser legitimadas argumentativa e discursivamente.⁴⁰²

E tal “saída” não seria novidade, já que mesmo em um contexto tão infenso a qualquer “interferência” estatal na liberdade de expressão, como o estadunidense, por entender que a mesma volta-se apenas contra este Estado, existem regulações e responsabilizações por abusos que não são vistas como “restrições ilegítimas”, bastando que pensemos, por exemplo, nas questões sobre o impacto das campanhas publicitárias de cunho comercial⁴⁰³. No Brasil, além desta seara “comercial”, a qual é trabalhada no Código de Defesa do Consumidor, temos também os limites presentes na legislação eleitoral e no constitucional *direito de resposta* (art.5º, inc. V).

Em realidade, como temos procurado demonstrar, há, atualmente, uma significativa tendência no sentido de ampliar o quadro normativo da responsabilização que ultrapassa, inclusive, a questão jurídica propriamente dita, tornando-se uma exigência crescente em contextos que se afirmam democráticos, o que pôde ser verificado, por exemplo, no caso ocorrido nos Estados Unidos, no início do ano de 2014, envolvendo o proprietário (*Donald Sterling*) de um time/franquia de basquetebol profissional (*Los Angeles Clippers*), o qual teria pronunciado, em uma conversa com uma pessoa próxima, tornada pública pela imprensa, uma série de epítetos racistas e sexistas, incluindo dizeres ofensivos ao lendário jogador *Magic Johnson*.

Ora, em razão do “vazamento” do referido diálogo, inúmeros protestos de todos os envolvidos com o basquete profissional (jogadores, técnicos, anunciantes e “fans”) foram realizados, além de várias reações contrárias advindas de amplos setores da

⁴⁰² Ressalte-se, mais uma vez, que esta posição já era visível no parágrafo final do “*General Comment No. 18*” (1989), do *Human Rights Committee*, das Nações Unidas, no qual se lê que: “[...] *the Committee observes that not every differentiation of treatment will constitute discrimination, if the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant* [International Covenant on Civil and Political Rights].” “*General Comment No. 18: Non-discrimination.*” (Thirty-seventh session, 1989). Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em: 18/02/2015.

⁴⁰³ Ilustrativamente, podemos citar o caso de uma grande marca de refrigerante (Pepsi), a qual teve de “retirar” de circulação uma propaganda, postada na Internet, que foi tida como de alto teor racista. O anúncio, de aproximadamente sessenta segundos, “foi descrito como “provavelmente o comercial mais racista da história” pelo acadêmico negro americano *Boyce Watkins*”, ouvido pela BBC. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130502_pepsi_comercial_bg.shtml>. Acesso em: 10/10/2013.

sociedade civil, o que fez com que a N.B.A. (maior entidade organizadora e responsável do basquete profissional estadunidense), “banisse”, vitaliciamente, o referido proprietário de qualquer atividade ou presença em treinos/jogos por ela efetivados, além de aplicar a mais elevada multa que seu estatuto previa.⁴⁰⁴

A relevância de uma situação como esta encontra-se na circunstância da mesma ter ocorrido nos Estados Unidos onde, como vimos, a Suprema Corte, recorrentemente e com raríssimas exceções, admite os discursos de ódio, entendendo que os mesmos estão cobertos pelo manto da liberdade de expressão como conformada na *Primeira Emenda*. Ou seja, este caso revela que o *hate speech*, não obstante a jurisprudência/doutrina predominante no cenário estadunidense, é um problema constitucional que diz respeito a toda a sociedade norte-americana, e não somente àqueles grupos historicamente atingidos, o que pode ser interpretado como um certo *descompasso* entre a posição consolidada na Suprema Corte e o imperativo, socialmente colocado, de responsabilização dos abusos cometidos no exercício do *free speech*, sendo que a reação de parte considerável da sociedade não foi no sentido de silenciar o emissor da mensagem de ódio, mas de vê-lo como imputável pelas consequências de suas falas.⁴⁰⁵

Denota-se, assim, que não há como negarmos que o âmbito normativo do exercício da liberdade de expressão altera-se diante dos contextos, dos discursos proferidos ou do modo como os mesmos são realizados ou recebidos, entretanto, em qualquer situação, a responsabilização, inclusive a criminal, não se mostra incompatível ou contrária ao projeto democrático, desde que se respeite o mesmo projeto e suas garantias fundamentais do devido processo legal, pois o inesgotável movimento do moderno constitucionalismo impõe que o “(con)texto constitucional” não seja lido como se representasse uma espécie de começo original, fora da história, mas que possa

⁴⁰⁴ Segundo o responsável máximo da N.B.A., “*the views expressed by Mr. Sterling are deeply offensive and harmful, [...] We stand together in condemning Mr. Sterling’s views. They simply have no place in the N.B.A.*” Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/04/30/sports/basketball/nba-donald-sterling-los-angeles-clippers.html?hp&_r=0>. Acesso em: 29/04/2014.

⁴⁰⁵ Situação similar foi vista na Espanha, pois, antes mesmo de qualquer atitude judicial, uma torcedora de um time de futebol, em razão de ter sido flagrada pela imprensa, durante uma partida, realizando gestos racistas para um jogador de origem africana, foi severamente responsabilizada, no âmbito de suas relações privadas, com base em um *Código de Ética* do seu local de trabalho (Clube Barcelona) que dispõe, desde 2010, que são contrários aos princípios da citada entidade, podendo gerar demissão do emprego, qualquer “*discriminación o trato inadecuado de género, raza, color, nacionalidad, creencia, religión, opinión política, estado, orientación sexual, minusvalía o cualquier otra circunstancia personal protegida por el derecho, tanto respecto a empleados, directivos, socios o proveedores*”. Disponível em: <http://deportes.elpais.com/deportes/2014/05/19/actualidad/1400511961_550404.html>. Acesso em: 20/05/2014.

ser interpretado como um processo, sempre carente de plena completude, complexo e contingente, de efetivação de uma cidadania *não subordinada*.

Em suma, como escreve e assinala *Marcelo Cattoni*, a partir de uma “*leitura discursiva e reconstrutiva*”, não só podemos como devemos

[...] *virar o texto constitucional contra a exclusão que, ao contrário de se ancorar em uma lei natural, como se não fosse, [...] também uma construção histórica e social, na verdade, permanece vinculada à pré-compreensão social e política, não problematizada, de intérpretes, especializados ou não, que vivenciam essa Constituição* (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006: 52)

Este *choque* de uma interpretação que “*desestabiliza e desestrutura*”, pautada por uma dimensão da igualdade que não só se dá a conhecer nas diferenças, como também problematiza estas mesmas diferenças, é que pode tornar possível e legítimo responsabilizar-nos pelas pretensões abusivas ao exercício da liberdade de expressão, as quais não só negam o diálogo, como procuram impor hierarquias e subordinações sociais assentadas em silêncios e esquecimentos.

Diante desse panorama, vislumbramos que levar a sério as narrativas de violências, tanto *as passadas, quanto as presentes*, implica que não desconheçamos os perversos efeitos que os discursos podem produzir a longo prazo, permitindo que suas vítimas possam falar e ser ouvidas, sentir-se inseridas constitucionalmente. É necessário configurar uma liberdade de expressão mais compromissada com o projeto democrático do que com um suposto *mercado livre de ideias*, posto não ser a liberdade de expressão uma “*liberdade para gerar medo*”. Por conseguinte, autonomia é sinônimo de estar com *outros*, ainda que discordando destes, não de soberania que isola e exclui. Liberdade de expressão pensada, interpretada e aplicada a partir da circunstância de que o “*melhor que o mundo tem está nos muitos mundos que o mundo contém [...]*.” (GALEANO, 2011: 25)

Importa, então, ressaltarmos que os discursos de ódio são incompatíveis com “*esta*” liberdade de expressão, pois procuram recuperar a normatividade de práticas autoritárias e opressivas, as quais têm sido questionadas, principalmente após o radicalismo totalitário da primeira metade do século XX, no decorrer do longo e, por muitas vezes altamente doloroso, processo histórico de aprendizagem e de afirmação dos direitos fundamentais, já que por demais pejorativas e excludentes. Além disso, é importante que não percamos de vista de que estes “discursos de ódio” não estão, como verificamos, vinculados exclusivamente a períodos explicitamente ditatoriais, já que

estão presentes, mesmo que em nível simbólico, em muitas de nossas condutas e gramáticas cotidianas, vivenciadas sem qualquer problematização.

Portanto, o que fica é que talvez não devêssemos nos perguntar *o que a liberdade de expressão é*, mas sim *o que pode tornar-se*, ainda mais quando confrontada com falas extremistas, rompendo com vãs e pretensiosas ilusões de encontrarmos *a teoria geral* que pretenda abarcar todas as situações concretas de aplicação normativa, como se fosse produtivo termos alguma referência inquestionável. Em democracias constitucionais como as aqui assumidas, qualquer instituto normativo é sempre uma (re)construção, podendo sempre ser diferente, já que se antes éramos vistos como *criaturas*, agora reconhecemo-nos *criadores*, “*humanos, demasiadamente humanos*”, para nos utilizarmos de uma imagem nietzschiana, mas, ainda assim, criadores autônomos de nós mesmos e, por esta razão, responsáveis, perante outras “autonomias”, por nossas ações, nossos julgamentos, por nosso sentido de mundo.

Dito isto, podemos colocar, partindo de todos os argumentos anteriormente elaborados, como uma espécie de síntese não derradeira, que haveria muito mais a dizer e muitas outras facetas que poderiam ser trabalhadas. Todavia, tal desejo, extremamente sedutor, ressalte-se, deve ser controlado, pois, de certo modo, em qualquer campo de pesquisa percorrido por homens e mulheres, há sempre algo mais a dizer, já que os nossos olhares são datados e nossos conhecimentos sempre limitados. *Insuficiência conceitual* não é um problema a ser eliminado, mas potencial fonte de novas interpretações, debates e, simultaneamente, riscos, já que somos humanos, não deuses que conseguiriam esgotar qualquer tema.

Daí nos valermos, novamente, em nosso trajeto de pensar a liberdade de expressão e os discursos de ódio, de Lilia Moritz Schwarcz, quando a mesma, ao refletir sobre o racismo, escreve que “*questões desse tipo são melhores para pensar do que para resolver: vale mais incomodar e provocar do que estar à cata de receitas fáceis e prontas, ou poções mágicas que anunciem o final derradeiro do problema.*” (SCHWARCZ, 2001: 11)

4 CONCLUSÃO

O acesso a um amplo exercício da liberdade de expressão mostra-se essencial em um Estado que se afirma democrático e constitucional. Entretanto, reconhecer esta centralidade não pode significar o desconhecimento da historicidade subjacente a qualquer *ato de fala*, o que desvela o fato de que palavras são capazes de violentar, de incitar ódios mortais, refletindo certas persistências opressivas que se deslocaram e ocultaram-se por detrás da pretensa defesa deste mesmo direito fundamental, o qual, em virtude das disputas travadas em torno de sua amplitude e âmbito normativo, revela ser também um importante instrumento de desconstrução de certos tipos de *falas*, em nosso caso, dos discursos de ódio.

Discursos de ódio tomados como uma *linguagem* que busca disseminar, de modo radical, estereótipos opressivos e exclusões não problematizadas, resposta reativa ao encontro daquelas diversidades que abalam visões de mundo assentadas, tidas, por muito tempo, como inquestionáveis, já que tomadas como *naturais*, mas que, em uma democracia constitucional pluralista, abrem-se a críticas e desconstruções. Isto é, tais discursos, que podem aparecer sob diferentes formas, estando, por exemplo, nas entrelinhas de certas falas que se colocam como humorísticas, refletem, ao não questionarem as heranças que nos chegam, a pretensão de se manter intocável o quadro social, ocultando, através de *perversas naturalizações*, situações de segregação, discriminação e subordinação presentes em inúmeros momentos de nossas práticas cotidianas.

Ora, estes discursos de profundo rancor com o *outro*, com aquele inesperado, aquele que não reconhece e aceita o seu *lugar* e o seu *papel* nas estruturas da sociedade, impõem aos contemporâneos Estados Democrático de Direito um complexo problema, já que estes assumem o pluralismo como fundamento de seu projeto, sendo a liberdade de expressão instrumento essencial para a tarefa de se potencializar a abertura ao divergente e ao dissolvente. Contudo, é por esta mesma *brecha democrática* que os discursos de ódio entram, conduzindo as democracias constitucionais ao encontro de um dilema, qual seja: *fechar tal passagem a estes discursos intolerantes não seria um contrassenso da própria democracia?* Isto é: *como devem as democracias constitucionais agirem diante de “pluralismos” que negam a própria “pluralidade”?* *Como estabelecer fronteiras que não signifiquem, elas próprias, negar a abertura da identidade constitucional?*

Ora, o trajeto por nós percorrido nos levou a abordar tais indagações a partir da história, das disputas pelas memórias e seus deslocamentos, das experiências e violências simbolicamente configuradas, das marcas profundas deixadas pela constitutiva tensão entre liberdade e igualdade, em que, ao final, emergiu a dimensão da responsabilização, a qual, ao contrário de uma autoritária censura, não interdita, aprioristicamente, a *fala*, por mais odiosa que esta seja, não sendo um *cala a boca*, pois ela própria resulta de um sistema de garantias e direitos fundamentais, que mesmo o mais dos *pusilânimes falantes* tem acesso, fazendo com que limites e restrições sejam, em realidade, condição de possibilidade do sempre arriscado projeto de aprendizagem democrático.

Responsabilização esta que reconhece que as *palavras excluem, marcam, ferem e matam*, demonstrando que dizermos *não* aos discursos de ódio é, simultaneamente, afirmarmos a liberdade de expressão como instrumento de emancipação e autonomia, de diálogo, não de autossuficiência ou soberania, pois, do contrário, é como se postulássemos um direito de fazer silenciar através das palavras. Daí a relevância de sempre estarmos atentos, na singularidade dos casos concretos, às demandas que, por detrás da liberdade de expressão, buscam sufocar e abafar esta mesma liberdade fundamental.

Assim, não há uma liberdade de expressão ilimitada, incondicionada ou absoluta, já que não se reprime impunemente a história, seus simbolismos, seus não ditos, pois não se desconhece os profundos efeitos que os discursos de ódio podem causar naqueles que são seus destinatários, o que não é sinônimo de censura, seja esta estatal ou privada, mas ao inverso, significa que liberdade de expressão não é um direito apenas em sua dimensão vertical, contra o Estado, mas que também exige, em certas situações e condições, 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. Ou seja, realça-se que a diferença que o constitucionalismo garante é a que realiza e potencializa a própria diversidade, conformada dialogicamente, não aquela repressiva e silenciadora.

Comprova-se, assim, a hipótese de que o estabelecimento de fronteiras ao exercício da liberdade de expressão não se contrapõe aos compromissos existentes em um Estado Democrático de Direito de base pluralista, já que a responsabilização oriunda destes mesmos limites é, ela própria, construída discursivamente, em contraditório, não

imposta por *tutores de inimputáveis* ou *guardiões de alguma visão moral de mundo*. Isto é, responsabilizar, como condição de possibilidade do próprio operar deste mesmo Estado Democrático de Direito, surge não como uma censura prévia do que pode ser dito e exposto, mas resulta da decisão de não ignorar os impactos e danos, na autoestima constitucional dos cidadãos atingidos, de discursos radicais e profundamente excludentes.

Porém, registre-se que, inegavelmente, qualquer responsabilização opera como uma restrição ao âmbito do exercício da liberdade de expressão, ainda que indiretamente e mesma que estabelecida *a posteriori*. Todavia, como já dito, em uma democracia constitucional, este ato de restringir é construído intersubjetivamente, em contraditório, entre cidadãos autônomos, não imposto por algum soberano ou líder inquestionável, nem oriunda daqueles projetos de vida que se pretendem acima dos demais, consagrados e autorizados por alguma qualificação *natural*.

Deste modo, responsabilizar, em um Estado Democrático de Direito, e não obstante todos os riscos sempre presentes em qualquer escolha, inclusive no ato de “não escolher”, não é sinônimo de censura, pois não se vincula a qualquer opção previamente dada do que pode ser dito, mas converge com os compromissos constitucionais, historicamente conquistados, de igualdade e liberdade, nos quais o ato de intervir no âmbito normativo do exercício da liberdade de expressão, é, simultaneamente, fator que potencializa esta mesma liberdade.

Observe-se, desta maneira, que restringir e responsabilizar não é edificar uma barreira intransponível aos discursos, mesmo os de ódio, mas ao reverso, é garantir a própria possibilidade de se 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, sendo passível de ser responsabilizado e sancionado por eventuais excessos ilegítimos.

Nessa linha, liberdade de expressão só tem seu âmbito normativo construído quando posta diante das exigências oriundas do princípio da igualdade, de uma igualdade historicamente traduzida, intersubjetivamente disputada, aberta ao diverso e à divergência, mas que também impõe refletirmos e problematizarmos o próprio sentido do pluralismo, assumindo que não somos *menores de idade*, e que, por esta razão, somos, todos, ainda que potencialmente, capazes e imputáveis, responsabilizáveis por nossas opções, ações e omissões, por nossas *falas* e pelos impactos destas naqueles que as ouvem.

Em outros termos, liberdade, mas também *igualdade de expressão*, implicando contexto, historicidade e compromissos com a diferença que busca realizar a diferença, com a abertura ao *outro*, não o seu inverso, o fechamento, a opressão e subordinação, a banalização naturalizada dos efeitos de falas odiosas. Responsabilizar, assim, é uma quebra, uma ruptura com o não problematizado, com o aceito como se natural fosse, possibilitando a emergência de vozes antes abafadas, as quais, historicamente, encontram-se imersas em uma distorcida relação de poder, situação que é perceptível nos inúmeros e infelizes exemplos, cotidianamente vistos, nos grandes meios de comunicação social, os quais insistem e persistem na manutenção e difusão de estereótipos sobre certos setores de nossa sociedade, como as mulheres, nordestinos e a população afro-descendente, entre outros grupos sociais que aqui poderiam ser colecionados. Ou seja, liberdade de expressão não deve ser pensada sem considerar a dimensão da igualdade historicamente construída, haja vista que não há como se negar que gramáticas de ódio reforçam e mantêm desigualdades fáticas socialmente enraizadas.

Em suma, necessidade de se pensar a partir de uma igualdade participativa, na história, de *status* e de reciprocidade, na diversidade, como uma fronteira a posições argumentativas que defendem a existência, como um *custo* de vivermos em democracia, de um suposto direito à liberdade de expressão para subordinar e ofender, para propagar mensagens de ódios. Isto é, uma igualdade que demonstra que o exercício da liberdade de expressão não é um assunto de exclusivo *interesse privado*, nem se volta apenas contra o Estado, fazendo com que o ato de responsabilizar, de estabelecer limites, seja reflexo dos compromissos constitucionais que visam romper com a sobreposição naturalizada de representações negativas, pejorativas e inferiorizadoras de certos grupos sociais.

Emerge assim uma liberdade de expressão dialógica, constitucional, em que o *outro*, o que abala o *estabelecido*, não pode mais ser silenciado em nome desta mesma liberdade, pois se a existência democrática tem um *preço a se pagar*, este não pode ser a dor e a humilhação daqueles que, historicamente, não conseguiam mais do que *sussurrar*, cidadãos inaudíveis, *alvos preferencias* de discursos de ódio, já que, em democracias constitucionais, a *liberdade* de expressão não pode ser traduzida como se fosse uma liberdade de tudo poder dizer, sem nada precisar ouvir. Isto é, precisamos irmos além da lógica mercadológica, pois, do contrário, teremos uma liberdade fundamental transmutada em “mero ato de vender um produto, uma propaganda”, não

fomento de debates, muitas vezes conflituosos, sem dúvida, mas ainda assim uma abertura para discutirmos ideias, potencializando a diversidade, instrumento de emancipação e autonomia, não de insultos e humilhações.

Sendo assim, discursos que só fazem negar e desqualificar o *outro*, procurando conformar um mundo de *mesmos*, em que a identidade pessoal é construída apenas e exclusivamente na negação de qualquer *diverso*, no qual a singularidade advém da opressão, do ato de silenciar subordinando, 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. Ou seja, por pretenderem fechar a própria *porta aberta* por onde entraram.

Estes pressupostos nos conduzem a visualizar que liberdade de expressão e responsabilização não são excludentes, mas se pressupõem em tensão, impondo a problematização das possíveis consequências de falas de ódio, não desconhecendo a enorme assimetria existente entre os diversos atores sociais. Isto é, precisamos admitir que a defesa intransigente da liberdade de expressão, quando não *inserida* no processo histórico, pode ocultar a circunstância, por exemplo, de que, na atualidade, os grandes grupos de mídia e comunicação social são capazes de censurar e silenciar de um modo até mais efetivo do que o próprio Estado.

Assim, sancionar os discursos de ódio, através de intervenções positivas, da construção, por exemplo, de um microssistema de ações coletivas de responsabilização ou de medidas que ampliem a capacidade de resposta de indivíduos ou grupos que se sentirem atingidos por falas tidas como odiosas, difusoras de violência, pode desvelar ser um caminho constitucionalmente mais adequado do que deixar tal tarefa ao *mercado livre de ideias*, já que a *livre concorrência*, em muitos momentos, transmuda-se em mecanismo de subordinação e silêncio, traduzindo liberdade de expressão como um “*bem*”, não um “*direito*”.

Um dos espaços em que esta tensa relação entre liberdade de expressão e discursos de ódio é mais visível é o cenário estadunidense, no qual, não obstante todas as objeções que possam ser levantadas, os debates são altamente produtivos, impressionando a quantidade incalculável de dados, estudos e posições que se perguntam se a *First Amendment* abarcaria ou não o *hate speech*, além também da própria antiguidade destes debates, demonstrando a relevância de tal tema para a própria construção da democracia constitucional.

E é este enorme material de pesquisa, no qual os precedentes assumem papel central, narrando parte considerável das disputas ocorridas sobre o sentido e alcance do *free speech*, que revela que a posição da Suprema Corte, de defender a mais ampla liberdade de expressão, mesmo para os discursos mais odiosos, não vendo com bons olhos as tentativas de interferência estatal nesta seara, *nem sempre foi assim*. Isto é, ao contrário do que uma leitura rápida, restrita apenas a certas decisões paradigmáticas, pode transparecer, a *Supreme Court* já foi bastante dura com discursos tidos como radicais, ainda que estes não conduzissem a um “perigo iminente”, haja vista os chamados *Red Cases* do início do século XX. Além destes, que são os que mais chamam a atenção, verifica-se também que em inúmeras situações, a Suprema Corte admitiu a contenção do *falante* em nome da “ordem pública e da paz social”.

Em outras palavras, para além do mérito de tais decisões, denota-se que não há como negar que fronteiras foram estabelecidas e responsabilizações aplicadas, o que comprova que a tese de que a afirmação de que os Estados Unidos são como uma *ilha* em termos da amplitude da liberdade de expressão diante dos discursos de ódio precisa ser contextualizada. Ou seja, houveram limites e penalizações, mas o vetor de tais ações sempre caminhou junto com o *establishment*, onde as restrições estavam (e ainda estão) mais ligadas a *questões de polícia* e de *segurança nacional*, do que em análises sobre os impactos dos discursos de ódio em suas vítimas, as quais, muitas vezes, são silenciadas uma segunda vez na indiferença dos discursos de aplicação.

De certo modo, a Suprema Corte atua, majoritariamente, como uma instituição do assentado, do estabelecido, pois mesmo quando ela passa a decidir a favor de uma liberdade de expressão mais ampla, ainda que diante de falas altamente radicais, como fez, por exemplo, em *Brandenburg*, em realidade ela pouco altera o quadro social dominante, pois o *preço* desta ampliação democrática continua a ser arcado pelos *outsiders*. Isto é, o que se transforma são as justificativas apresentadas, pois os argumentos passam a ter de ser mais sofisticados e complexos em razão da presença de movimentos sociais como, por exemplo, os de luta pelo reconhecimento dos direitos, porém, estas posições, predominantemente, não implicaram maior *sensibilidade constitucional* diante das *cruzes em chama*, nem representaram maior abertura aos atingidos por estas profundas violências, tanto as visíveis, quanto as simbólicas.

Percebe-se que, no presente contexto norte-americano, o *free speech* volta-se, principalmente, contra o Estado, o qual se vê impedido de interferir no alcance da liberdade de expressão entre os particulares, ainda que diante de discursos de ódio,

refletindo um individualismo exacerbado e um desejo inalcançável e incoerente de neutralidade, em que a aplicação horizontal dos direitos fundamentais é vista com enorme desconfiança, não sendo bem recebida no meio juspolítico. Isto é, ao contrário do que percebemos em outros ordenamentos nacionais, sem falarmos nos inúmeros documentos e convenções de direito internacional de direitos humanos, o *hate speech*, segundo a posição hegemônica na Suprema Corte, mostra-se abarcado e protegido pela *Primeira Emenda*, predominando a tese de que o combate aos discursos de ódio deve ser mais discurso e menos Estado.

Entretanto, tal quadro normativo está longe de ser homogêneo, não conflituoso e linear, bastando que recuperemos todos os embates travados por pensadores como *Catharine Mackinnon*, *Richard Delgado*, *Charles Lawrence* e *Mary Matsuda*, entre outros, os quais propugnam, não obstante suas especificidades, uma liberdade de expressão que seja confrontada com o simbólico, com uma igualdade que conflua com a noção de não subordinação, em que *palavras* não são *apenas palavras*, pois carregadas de historicidade, o que legitimaria uma ressignificação do *free speech*, fazendo com que os discursos de ódio não sejam mais protegidos, indo além de enfatizar a importância da *fala*, mas dando *voz aos impactos silenciadores* naqueles com menor poder de influência nos espaços públicos.

Para estes estudiosos, eles próprios tidos como *outsiders*, mais próximos das teses defendidas no direito internacional, posições como, por exemplo, as de *Ronald Dworkin*, defensor ferrenho de uma irrestrita *freedom of speech*, são tidas como injustificáveis quando levamos a história e suas lutas a sério, quando assumimos que *um homem usando um lençol branco* possui um significado de violência que não pode ser desconsiderado na análise dos casos concretos, não havendo, em uma democracia constitucional, nenhum direito a humilhar, ridicularizar, ofender ou ameaçar, ainda que sob a *veste* do *free speech*, pois admitir tais “*direitos*” seria transformar, como acima posto, a liberdade de expressão em seu *reverso*, ou seja, um instrumento “*legitimador*” da manutenção de subordinações e servidões estereotipizadas.

Com efeito, combater os discursos de ódio com a defesa de que quanto *mais discurso melhor*, não obstante a sedução de tal posição, pode acabar, quando esta tese é tomada de modo quase absoluto, por se tornar um doloroso fardo para os afetados por tais discursos, já que pode ser traduzida como se fosse uma autorização ou legalização da ofensa, da não punibilidade do que é dito, como se as narrativas deste atingidos

fossem secundárias e menos relevantes para a conformação da identidade constitucional.

Em suma, como anotam *Chueiri e Ramos* (2013: 558), dialogando com *Owen Fiss* sobre liberdade de expressão, e após realçarem os aspectos “*associativos*” e de “*reciprocidade*” existentes em comunidades que se afirmam democráticas, “*se a disseminação de obras de conteúdo racista e discriminatório faz com que os discriminados não possam participar da discussão, então mais expressão será certamente pior.*” (CHUEIRI; RAMOS, 2013: 558)

Desta maneira, as análises não devem ficar vinculadas a algum *direito preferencial* de *quem* enuncia, pois as consequências do *que* está sendo expressado não podem ser desconsideradas, além do risco, sempre presente, do uso instrumentalizado da defesa da liberdade de expressão, em que esta mesma liberdade pode vir a ser empregada para ocultar o desejo de unidade homogeneizante, de perpetuação da ordem estabelecida, da persistência, não problematizada, de hierarquias e papéis sociais.

Um exemplo singelo, já antes exposto, deste emprego instrumental da defesa da liberdade de expressão pôde ser verificado logo após ao trágico e infeliz atentado a revista *Charlie Hebdo*, ocorrido na França, pois a denominada *Marcha dos Líderes*, organizada como uma resposta internacional ao referido ato terrorista, em prol de uma liberdade de expressão franca e sem medo, foi composta de inúmeros chefes de estado e de governo que, em seus próprios países, negam e reprimem esta mesma liberdade fundamental que, naquela manhã fria de janeiro em Paris, diziam defender.

Daí que não devemos subestimar as consequências das *mensagens* enviadas à sociedade, seja através de propostas legislativas ou de decisões judiciais, ainda mais quando o tema é liberdade de expressão e discursos de ódio, haja vista que o simbólico é um elemento estruturante das relações sociais. Ou seja, como em qualquer tema do campo constitucional, em virtude da carga de historicidade presente, ainda que esta não seja assumida, toda decisão emitida indica a posição institucional sobre aquele dado assunto, podendo, conforme a linha argumentativa vencedora, ser traduzida como uma vedação ou uma autorização a certas condutas. Esta circunstância, como vimos, pode ser comprovada em inúmeros documentos e julgados internacionais, nos quais aflora a preocupação com a difusão, ainda que não desejada, de discursos de ódio através da defesa do campo protetivo da liberdade de expressão.

Sendo assim, ao contrário da presente posição dominante na Suprema Corte dos Estados Unidos, entendemos, em sintonia com todo um crescente movimento

internacional de combate às várias faces dos discursos de ódio, à disseminação de preconceitos pejorativos, que a liberdade de expressão não protege a difusão de ódio, nem que esta *difusão* seja um preço a se pagar, pois não interpretamos esta liberdade, central à democracia constitucional, como se o seu alcance e significado adviessem de alguma espécie de *jogo especulativo da livre concorrência das ideias*. Isto é, a defesa intransigente de um suposto *mercado livre argumentativo*, da neutralidade e não interferência do Estado nos assuntos considerados exclusivamente “privados”, desconsidera as dolorosas consequências dos discursos de ódio na imagem e na autorrepresentação daqueles cidadãos atingidos, como se estes impactos, estas marcas, fossem inevitáveis *danos colaterais* oriundos da própria vivência democrática, como se a perpetuação de insultos e humilhações fosse o custo que certos grupos sociais tivessem, em nome da liberdade de expressão de “*todos*”, de financiar geracionalmente.

Em síntese, em contextos de hipercomplexidade social, marcados por incontestáveis desigualdades fáticas, a liberdade de expressão não deve ser restringida à sua face de defesa contra o Estado, refletindo apenas uma obrigação verticalizada de *não-fazer*, mas sim, como colocado, ser trabalhada a partir de posições que visualizam a sua dimensão horizontal, da necessidade de ações positivas, sobressaindo a denominada exigência constitucional de *proteção eficiente* no que tange aos (des)encontros inter-privados. Isto é, liberdade de expressão para além da órbita exclusivamente individualista, como um direito que só se dá a conhecer em sociedade, deslocando-se da posição liberal clássica, que entende que o Estado não deve atuar na esfera das relações entre os indivíduos, ainda que diante de discursos que só fazem propagar e disseminar o ódio e a exclusão radical, para aquela posição que assume que a inação ou inércia do Estado pode ser um risco tão grave quanto a sua presença.

Deste modo, devemos admitir que graves ameaças aos direitos fundamentais não se originam apenas dos poderes públicos, mas também podem existir nas relações entre particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, o que implica que a *abstenção* estatal, no que tange às interações privadas, pode ser tão ou mais perversa do que sua *ação*. Isto é, em termos de liberdade de expressão e discursos de ódio, as exigências ou imperativos de tutela e proteção dos indivíduos, principalmente daqueles grupos historicamente hipossuficientes, não se voltam somente contra o aparato do Estado, mas também são necessárias, por exemplo, em razão da distorção verificável no *mercado livre de ideias*, na seara privada, a qual, registre-se, não é mais contrária ao público, haja vista que este não é mais reduzido ao estatal.

Do exposto, comprova-se, mais uma vez, que o grande desafio das modernas democracias constitucionais de base pluralista, abertas ao contingente, ao devir, e para o qual não há saída fácil advinda de alguma *teoria geral da liberdade de expressão*, é trabalhar a tensão entre as exigências de salvaguardar e reforçar o pluralismo e a necessidade de estabelecer fronteiras a este mesmo pluralismo, sem que tais limites signifiquem censura, estagnação ou ossificação da identidade constitucional, mas sejam condição de possibilidade para a quebra e ruptura com estruturas assentadas de invisibilização e subordinação social.

Por conseguinte, entendemos que a abordagem deste desafio deve pautar-se pela análise dos casos concretos, não como se estes fossem apenas *assuntos de polícia*, mas sim como questão constitucional, de historicidade, nos quais a ênfase deve recair nas diferenças que realizam a diversidade, em que a liberdade de expressão não é apenas um direito de falar, escrever ou representar *o que e como* quiser, porém, também, de possibilitar o descortinar, o destampar e o desvelar de conflitos emudecidos, fazendo com que, por exemplo, o simbolismo presente no verbo *judiar* ou em certos sinônimos ainda encontrados em dicionários do que seja *branco*, *negro* ou *cigano*, possa ser problematizado, posto em *disputa*.

Além disso, não devemos negar que as discriminações negativas que “vemos hoje” não implicam que outras já não existam, estando ocultadas, por exemplo, nas relações *intramuros* dos inúmeros grupos sociais existentes, pois visões dicotômicas do tipo *eu/outro*, *senhor/escravo*, *tirano/tiranete*, entre outros epítetos empregados, podem estar presentes em qualquer agrupamento social. Isto é, discursos de ódio, em alguma de suas várias faces, podem se fazer sentir em generalizações do tipo, *a mulher*, *o negro*, *o homossexual*, *o evangélico* e assim por diante, pois estes singulares podem estar sombreando e silenciando o plural interno. Daí que quando afirmamos que os discursos de ódio não são abarcados pela liberdade de expressão, podendo ser responsabilizados, devemos procurar romper com esta lógica reducionista, dual e linear de traduzir o mundo, pois pretensões ilegítimas a direito podem originar-se de qualquer setor ou *local* da sociedade, até mesmo daqueles que, historicamente, são os mais atingidos por estas mesmas mensagens de ódio.

Por fim, faz-se necessário realçar que, de todas as leituras por nós empreendidas, o que sobressai é que os questionamentos e problematizações sobre o alcance protetivo do exercício da liberdade de expressão não admitem respostas últimas, prontas e acabadas, haja vista que a própria incompreensibilidade, as próprias tensões e conflitos,

que perpassam a relação entre discursos de ódio e esta liberdade fundamental, são altamente produtivos em termos democráticos, pois podem possibilitar que experiências e memórias sejam relidas, abaladas, deslocadas e, talvez, já que o risco de *quedas e retrocessos* não pode ser eliminado, retraduzidas e reincorporadas de um modo emancipador, não subordinativo, pois sabedores que a identidade constitucional pode ser sempre *outra*.

Temos que reconhecer que interpretações e decisões *passadas* influenciam mas não vinculam inteiramente o *presente*, pois somos seres datados, historicamente situados, inseridos dentro do mundo, não um *terceiro excluído* que possa *ver e construir todas* as respostas. Assim, sob pena de cairmos em uma sedutora contradição performativa, devemos reforçar que em termos de aplicação de um direito fundamental como a liberdade de expressão, qualquer pretensão de edificarmos *saídas derradeiras* ou *garantias perfeitas* para os problemas existentes só servem, ao final, para comprovar que a responsabilidade pelas *respostas* será sempre *nossa*, não havendo método ou caminho interpretativo que seja capaz de nos libertar da tarefa de escolher e decidir, de agirmos como o que somos, herdeiros e construtores de *nosso* mundo.

Trata-se, portanto, de assumimos que o

[...] *essencial é que nós devemos continuar esta discussão. Ela deve ser uma discussão na qual as vítimas dos discursos racistas sejam ouvidas. Nós devemos estar atentos ao objetivo do ideal constitucional de igualdade assim como ao ideal de uma expressão sem entraves, livre e desembaraçada. Assim, não pode existir nenhum discurso verdadeiramente livre onde ainda existam senhores e escravos.* (LAWRENCE, 1990: 481, tradução nossa)⁴⁰⁶

Em outros termos, em cenários de crescente complexidade social, *líquidos*, que desestruturam tradicionais hábitos de vida, que se são capazes de aproximar as pessoas, também permitem a emergência de camadas de odiosos preconceitos até então imersos nas entrelinhas dos não ditos das relações *privadas*, dúvidas e incertezas quanto ao âmbito normativo da liberdade de expressão em sua relação com os discursos de ódio, ao contrário de serem contraproducentes, são elementos que podem dificultar danosas ossificações, silenciamentos, operando como fomento de necessárias problematizações sobre o sentido e âmbito dos direitos fundamentais, de *pertença constitucional*.

⁴⁰⁶ “Most importantly, we must continue this discussion. It must be a discussion in which the victims of racist speech are heard. We must be as attentive to the achievement of the constitutional ideal of equality as we are to the ideal of untrammelled expression. There can be no true free speech where there are still masters and slaves.” (LAWRENCE, 1990: 481)

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

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

ALEMANHA CONTROVÉRSIA. *Portal da Revista Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/alemanha-tenta-proibir-extrema-direita-de-exibir-filme-anti-isla/>>. Acesso em: 08/01/2013.

APTHEKER, Herbert. *The Era of McCartyism: First Published as History and Reality*. New York: Marzani & Munsell, 1962.

AQUINO, Rubin Santos Leão de; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa; AGOSTINHO, Carlos Gilberto Werneck; ROEDEL, Hiran. *Sociedade Brasileira: uma história através dos movimentos sociais*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

AQUINO, Rubin Santos Leão de; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa; AGOSTINHO, Carlos Gilberto Werneck; ROEDEL, Hiran. *Sociedade Brasileira: uma história através dos movimentos sociais – da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 5ª. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Volume I (Pensar). Trad. João C.S. Duarte. Lisboa, Instituto Piaget, 1999.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AREOPAGUS. *Portal da Ancient History*. Disponível em: <<http://ancienthistory.about.com/od/athens/g/092310-Areopagus.htm>>. Acesso em: 28/10/2013.

ARGENTINA. LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACION. *Portal do Governo Argentino*. Disponível em: <<http://www.argentina.gob.ar/pais/94-ley-de-servicios-de-comunicacion-audiovisual.php>>. Acesso em: 10/09/2013.

AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilan C.B., Política do Reconhecimento, Raça e Democracia no Brasil. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, Vol. 56, no.01, 2013, pp.39-68.

BALKIN, Jack M; SIEGEL, Reva B. The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination? In: *Yale Law School: Public Law & Legal*

Theory (Research Paper Series), No. 34. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380800>. Acesso em: 26/12/2014.

BARCELONA DESPIDE A UNA TRABAJADORA DEL CLUB POR RACISTA. *Portal do El País*. Disponível em: <http://deportes.elpais.com/deportes/2014/05/19/actualidad/1400511961_550404.html>. Acesso em: 20/05/2014.

BARUS-MICHEL, Jacqueline. A democracia ou a sociedade sem pai. In: ARAÚJO, José N.; SOUKI, Léa G.; FARIA, Carlos A. P. de (Orgs.). *Figura Paterna e Ordem Social: tutela, autoridade e legitimidade nas sociedades contemporâneas*. Belo Horizonte: Autêntica/PUC Minas, 2001, pp. 29-39.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BENJAMIN, Walter. *Illuminations*. Trad. H. Zohn. New York: Schocken Books, 1985.

BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. Trad. Celeste H. M. Ribeiro de Sousa [et.al.]. São Paulo: Cultrix: Editora da USP, 1986.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Democracia, Liberdade de Expressão e Dissenso: “Marcha da Maconha” e limites constitucionais à interpretação do art. 287 do CP. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 19, Vol. 91, jul./ago. 2011, pp. 489-530. (Jurisprudência Comentada)

BIGNOTTO, Newton. Tolerância e Diferença. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e Barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 61-79.

BINENBOJM, Gustavo; NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Prefácio. In: FISS, Owen N. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp.01-24.

BIRCHAL, Telma de Souza. Ceticismo e História da Filosofia: o conflito sobre o conflito das filosofias. In: *Revista Kriterion*, no. 93, jun. 1996, pp. 195-205.

BLASI, Vincent. *Milton's Areopagitica and The Modern First Amendment*. Occasional Papers/Yale Law School Legal Scholarship Repository. 1995. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/6>. Acesso em: 10/10/2013.

BLOCH, Marc. *Introducción a la História*. México, D.F.: F.C. Económica, 1957.

BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, O ofício de historiador*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOURDIEU, Pierre ; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Trad. de Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. (Série Educação em questão)

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. Introdução, organização e seleção Sergio Miceli. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BOYLE, Kevin. Hate Speech – The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*. Vol. 53:2, 2001, pp. 488-502.

BRAIG, Marianne. Prefácio. In: COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, pp. 07-09.

BRASIL. Lei no. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *DOU*, Brasília, 01 out. 1997.

BRASIL. Lei no. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. *DOU*, Brasília, 07 ago. 2006.

BRASIL. Lei no. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema de Políticas Públicas sobre Drogas e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 24 ago. 2006.

BRASIL. Lei no. 7.716 (com alterações), de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. *DOU*, Brasília, 6 jan. 1989.

BRASIL. Decreto-Legislativo 311/2009. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>>. Acesso em: 25/03/2014.

BRASIL. Lei no. 5.700, de 01 de setembro de 1971. Dispõe sobre a forma e a apresentação dos Símbolos Nacionais. *DOU*, Brasília, 02 set. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5700compilado.htm>. Acesso em: 19/11/2013.

BRASIL. Lei no. 5.443, de 28 de maio de 1968. Dispõe sobre a forma e a apresentação dos Símbolos Nacionais. *DOU*, Brasília, 30 mai. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5443.htm>. Acesso: 19/11/2013.

BRASIL. Lei no. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações. *DOU*, Brasília, 18 nov. 2011. (edição extra)

BRASIL. Lei no. 12.966, de 24 de abril de 2014. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12966.htm>.

Acesso em 29/04/2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito RIDEEL*. 16ª. ed. São Paulo: RIDEEL, 2013a, pp. 21-111.

BRASIL IMPÉRIO. Constituição (1824). *Portal da Presidência da República* (Legislação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 12/12/2013.

BRASIL. Constituição (1891). *Portal da Presidência da República* (Legislação). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm Acesso em: 12/12/2013.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 12/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 1.114/DF, 1949. Rel. Ministro Lafayette de Andrada. *Diário de Justiça*, Rio de Janeiro, 26 jan. 1950. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 17/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ, 2005. Rel. originária Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Ferreira Mendes. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 24/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531/SC, 1997. Rel. Min. Francisco Rezek. Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio. *Diário de*

Justiça, Brasília, 13 mar. 1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 11/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF, 2010. Rel. Ministro Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 26/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF, 2010. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 11/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 418.376/MS, 2007. Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa. *Diário de Justiça*, Brasília, 23 mar. 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 01/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.856/RJ, 2011. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 11/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274/DF, 2011. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 23/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS, 2003. Rel. Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão Ministro Presidente Maurício Corrêa. *Diário de Justiça*, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 11/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus, 18.620/PR, 2008, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501874971&dt_publicacao=28/10/2008>. Acesso em: 12/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª. Turma. Recurso Especial, 157.805/DF, 1999, Rel. Min. Jorge Scartezzini. *Diário de Justiça*, Brasília, Seção I, set, 1999, p. 87.

BRASIL (2008). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 911.183/SC, 2008, Rel. Min. Feliz Fischer. Relator para o acórdão Min. Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602768515&dt_publicacao=08/06/2009>. Acesso em 06/01/2014.

BRASIL (2013b). Tribunal Federal da 4ª. Região. Apelação Criminal nº 0004943-15.2009.404.7108/RS, 2013, Rel. Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene. Boletim Jurídico, no. 135, jun. 2013, pp. 10-33. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. (Publicações/Boletim Jurídico). Acesso em: 04/01/2014.

BRIGITTE BARDOT. *Portal do Daily Mail*. Disponível em : <<http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-1023969/Brigitte-Bardot-fined-12-000-racial-hatred-claiming-Muslims-destroying-France.html>>. Acesso em: 10/01/2013.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. In: *Direito, Estado e Sociedade*. No. 38. Jan/Jun. 2011, pp.154-180.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; FREITAS, Beatriz Ferreira de; HAASIS, Christiane de Carvalho. *A Equal Protection e a discriminação por orientação sexual na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Vol.35, no. 01, jan./jun. 2011, pp. 41-59.

BUTLER, Judith P., *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York (NY): Routledge, 1997.

CAMARGOS, Marcia Mascarenhas; SACCHETTA, Vladimir. Procura-se Peter Pan. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (org.). *Minorias Silenciadas: história da censura no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado; Fapesp, 2002, pp. 207-235.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.225-245.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Rompendo o silêncio: a historiografia sobre o anti-semitismo no Brasil. In: *Cadernos de História* (PUC-MINAS). Vol.13, no. 18. 2012, pp. 79-97.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O antissemitismo na Era Vargas: fantasmas de uma geração (1930-1945)*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

CARNEIRO, Maria Luíza Tucci. *O Racismo na História do Brasil: mito e realidade*. São Paulo: Ática, 2000.

CARVALHO, Nara Pereira. *A Formação da Liberdade Religiosa: peculiaridades e vicissitudes no Brasil*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Revista Fórum Administrativo*, n.º 01, Belo Horizonte: Fórum Limitada, março, 2001. pp. 11-20.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006, pp.19-28.

CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CASO BASQUETE ESTADOS UNIDOS (N.B.A.) *Portal do New York Times*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/04/30/sports/basketball/nba-donald-sterling-los-angeles-clippers.html?hp&_r=0>. Acesso em: 29/04/2014.

CASO DICIONÁRIO CIGANO I. *Portal da Procuradoria da República de Minas Gerais* (Notícias). Disponível em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/direitos-do-cidadao/mpf-vai-a-justica-para-mudar-verbete-do-dicionario-houaiss>>. Acesso em: 04/12/2014.

CASO DICIONÁRIO CIGANO II. *Portal do Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/dicionario-mostrar-definicao-pejorativa.pdf>>. Acesso em: 04/12/2014.

CASO ERBAKAN. *Portal da Corte Europeia dos Direitos Humanos (ECHR)*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1728198-1812055>>. Acesso em 26/04/2014.

CASO SKOKIE - *Collin v. Smith* – United States Court of Appeals, Seventh Circuit (1978). Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/collinvsmit.htm>>. Acesso em: 27/10/2015.

CASO FÉRET. In: *Information Note on the Court's Case-Law*, no. 121, jul. 2009, pp.21-22. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2009_07_121_ENG_858180.pdf>. Acesso em: 20/11/2013.

CASO RUANDA. *Portal do International Criminal Tribunal For Rwanda*. Disponível em:<<http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Nahimana/judgement/Summary-Media.pdf>>. Acesso em: 02/12/2013.

CASO ZWARTE PIET (HOLANDA). *Portais de Notícias*. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/38229/corte+holandesa+adia+decisao+sobre+racismo+em+personagem+natalino.shtml>>;<<http://www.amsterdamherald.com/index.php/rss/1202-20140702-more-awareness-racism-netherlands-wake-zwarte-piet-debate>> e <<http://www.iamexpat.nl/read-and-discuss/expat-page/news/united-nations-investigates-zwarte-piet-racism-netherlands>>. Acessos em: 11/12/2014.

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

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

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e Democracia no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b, pp. 97-112.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Comentário ao art. 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 137-140.

CHAUI, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking State Action. In: *Northwestern University Law Review*. Vol.80, no.03, fall, 1985, pp. 503-557.

CHEMERINSKY, Erwin. Content Neutrality as a central problem of freedom of speech: problems in the Supreme Court's application. In: *Southern California Law Review*. Vol. 74, 2000, pp. 49-64.

CHUEIRI, Vera Karam de; RAMOS, Diego Motta. Liberdade de Expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol.14, no.104, Out.2012/Jan.2013, pp.553-579.

CIBERBULLYING NO CANADÁ. *Portal do Último Segundo Ig/Mundo*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/bbc/2012-10-16/suicidio-de-menina-de-15-anos-cria-debate-sobre-cyberbullying-no-canada.html>>. Acesso em: 07/10/2013.

CIBERBULLYING NOS ESTADOS UNIDOS. *Portal do New York Times*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2013/09/14/us/suicide-of-girl-after-bullying-raises-worries-on-web-sites.html?pagewanted=all&r=0>>. Acesso em: 07/10/2013.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2ª. edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000.

CIVIL RIGHTS CASES. *Portal do Oyez Project/Chicago-Kent College of Law*. Disponível em: < http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1882/1882_2>. Acesso em: 02/12/2013.

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA I. *Portal do Ministério da Justiça*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/classificacao/data/Pages/MJ6BC270E8PTBRIE.htm>>. Acesso em: 28/09/2013.

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA II. *Portal Cultura Digital*. Disponível em: <<http://culturadigital.br/classind/>>. Acesso em: 28/09/2013.

CÓDIGO PENAL ALEMÃO. *Portal da Comparative Law Society*. Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>>. Acesso em: 06/06/2014.

CÓDIGO PENAL FRANCÊS. *Portal do Service Public De La Diffusion Du Droit*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 10/10/2013.

CÓDIGO PENAL CANADENSE. *Portal do Governo Canadense*. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/index.html>>. Acesso em: 16/04/2013.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA. *Portal da Organização dos Estados Americanos (OEA)*. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf>. Acesso em: 07/12/2013.

CONVENÇÃO ONU/INTERNET. *Portal da ONU Brasil*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/convencao-da-onu-contraracismo-busca-meios-de-acabar-com-discurso-discriminatorio-na-internet/>> Acesso em: 10/01/2014.

CORNELL UNIVERSITY. *Portal Legal Information Institute*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/cases/topics/tog_freedom_of_speech.html>. Último Acesso em: 10/12/2013.

CORWIN, Edward S. *The Constitution and what it means today*. 14^a ed. Revised by Harold W. Chase and Craig R. Ducat. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1978.

COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. (Humanitas)

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença*. 3^a ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

DANIEL. In: A BÍBLIA: tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2003.

DANTAS, Carolina Vianna. *Um diálogo dos tempos: racismo e antirracismo na Primeira República e o trabalho com biografias de personagens negros em sala de aula na atualidade*. (2011) Disponível em: <http://www.xiconlab.eventos.dype.com.br/resources/anais/3/1301609132_ARQUIVO_comunicacaoCarolinaViannaDantasconlab.pdf>. Acesso em: 12/12/2013.

DEBATES CONVENÇÃO INTERNACIONAL CONTRA TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. *Portal da ONU*. (United Nations Treaty Collection) Disponível em: <<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>. Acesso em 10/01/2014.

DEBORD, Guy. *A Sociedade Espetáculo*. Trad. Estela dos S. Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DECISÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEBATE/CANDIDATO À PRESIDÊNCIA. *Portal da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaConsulta.aspx?idItem=57802&idPagina=1>>. Acesso em: 16/03/2015.

DECISÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEBATE/CANDIDATO À PRESIDÊNCIA. *Portal do Estado de São Paulo*. <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/03/doc_42291898-levy.pdf>. Acesso em: 16/03/2015.

DECISÃO. OFENSA TWITTER. *Portal da Justiça Federal* (Seção Judiciária de São Paulo) Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120516pre-conceitomayara.pdf>>. Acesso em: 08/01/2014.

DECISÕES SELECIONADAS. COMITÊ SOBRE DIREITOS HUMANOS (ONU). *Portal do Alto Comissariado para Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol7en.pdf>>. Acesso em: 14/01/2014.

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *Portal da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>>. Acesso em: 18/09/2013.

DECKER, John F. Overbreadth Outside The First Amendment. In: *New Mexico Law Review*. Vol. 34, winter, 2004, pp. 53-107.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEBATE/CANDIDATO À PRESIDÊNCIA. *Portal da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/ACP_LEVY_dano%20moral%20coletivo.pdf>. Acesso em 04/12/2014.

DELGADO, Richard. Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 17, 1982, pp. 133-181.

DELGADO, Richard. Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision. In: *Northwestern University Law Review*. Vol. 85, No. 2, 1991, pp.343-387. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2104287>>. Acesso em: 02/02/2014.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ills? In: *Cornell Law Review*. Vol. 07 (Issue 6), september, 1992, pp. 1258-1297.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã...Diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Trad. Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

DERRIDA, Jacques. Fuerza de Ley: El Fundamento Místico de La Autoridad. In: *Doxa*. no. 11, 1992, pp. 129-191.

DESENVOLVIMENTO GLOBAL. *Portal do PNUD*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH_global_2011.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Ranking2011>. Acesso em: 07/05/2013.

DICIONÁRIO/IHGB. *Portal do IHGB*. Disponível em: <<http://www.ihgb.org.br/rihgb.php?s=19>>. Acesso em: 12/12/2013.

DIJK, Teun A. van. *Racismo y análisis crítico de los medios*. Trad. Montserrat Basté Kraan. Barcelona: Paidós, 1997.

DIJK, Teun A. van. *Discurso e Poder*. Trad. Judith Hoffnagel [et.al.]. São Paulo: Contexto, 2008.

DISCRIMINAÇÃO EM ELEVADORES COMBATIDA POR CAMPANHA. *Portal do Ministério Público do Estado de Pernambuco*. Disponível em: <http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/clipagem20101905_discriminacao>. Acesso em: 08/05/2013.

DISCRIMINAÇÃO NA INTERNET. *Portal do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,denuncias-contra-homofobia-na-internet-crescem-88,650584,0.htm>>. Acesso em: 02/12/2013.

DISCURSOS DE ÓDIO/DEFINIÇÃO. *Portal da Human Rights Watch*. Disponível em: <<http://www.hrw.org/>>. Acesso em: 18/10/2013.

DOCUMENTO A/66/290 (ONU). *Portal das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/449/81/PDF/N1144981.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10/01/2014.

DOMINGUES, Petrônio. “Vai Ficar Tudo Preto”: Monteiro Lopes e a cor na política. In: *Revista Novos Estudos Cebrap*. no.95, mar. 2013, pp. 59-81.

DUARTE, Rebeca Oliveira. *Devemos ser intolerantes com qualquer tipo de racismo* (2005). *Portal do Consultor Jurídico* (Conjur). Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2005-ago-18/racismo_violacao_atinge_todos_campos_vida>.

Acesso em: 06/01/2014.

DUARTE, André. *O Pensamento à Sombra da Ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule. *Portal do The New York Review of Books*. March 23, 2006b. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2006/mar/23/the-right-to-ridicule/>>. Acesso em: 29/01/2015.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e Direito)

ELEIÇÃO PARLAMENTO EUROPEU/2014. *Portal da Revista La Marea*. Disponível em: <<http://www.lamarea.com/2014/05/26/resultados-de-la-extrema-derecha-en-europa-por-paises/>>. Acesso em: 29/05/2014

ELEITORES BRITÂNICOS. PESQUISA. *Portal da Revista Carta Capital*. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/eleitores-britanicos-tendem-a-apoiar-partido-antimuculmano-mais-que-rejeita-lo/>>. Acesso em: 08/01/2013.

EMERSON, Thomas I. The Affirmative Side of The First Amendment. In: *Georgia Law Review*. Vol. 15, no.04, summer, 1981, pp. 795-849.

EMERSON, Thomas I. First Amendment Doctrine and The Burger Court. In: *California Law Review*. Vol.68, 1980, pp. 422-481.

EMERSON, Thomas I. Toward a General Theory of the First Amendment. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 72, 1963, pp. 877-956.

ENEM/DOMÉSTICAS. *Portal Terra/Notícias*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/mec-ve-pergunta-inadequada-sobre-domesticas-em-questionario-do-enem,536ee10641bfe310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 04/08/2013.

ENRIQUEZ, Eugène. O outro, semelhante ou o inimigo? In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e Barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp.45-60.

EQUALITY ACT. UK. (2010). *Portal do Governo Britânico*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf>. Acesso em: 28/11/2013.

ESTADOS POLICIAIS À MODA DO “OCIDENTE”. *Portal da Revista Carta Capital* (Blog *Outras Palavras*). Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/estados-policiais-a-moda-do-201cocidente201d-2769.html?utm_content=buffere7f96&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer>. Acesso em: 25/01/2015.

ESTUDANTES CONTRA A AÇÃO AFIRMATIVA. *Portal Notícias Terra*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/eua-estudantes-organizam-venda-de-bolos-9racista39-contra-acao-afirmativa,2f8a1a4045cea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 02/09/2013.

ESTUDO/FEMINICIDIO NO BRASIL. *Portal do IPEA*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_1eilagarcia.pdf>. Acesso em: 20/11/2013.

EXPULSION OF TWO OKLAHOMA STUDENTS OVER VIDEO LEADS TO FREE SPEECH DEBATE. *Portal do New York Times*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/03/12/us/expulsion-of-two-oklahoma-students-leads-to-free-speech-debate.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&module=second-column-region®ion=top-news&WT.nav=top-news&_r=0>. Acesso em: 12/03/2015

EUA INVESTIGAM CRIMES CONTRA SIKHS. *Portal G1/Globo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/06/eua-investigacao-crimes-contra-sikhs-hindus-e-arabes.html>> Acesso em: 28/10/2013.

EUROPE CONSIDERS SURVEILLANCE EXPANSION AFTER DEADLY ATTACKS. *Portal do The Intercept*. Disponível em: <<https://firstlook.org/theintercept/2015/01/20/europe-considers-surveillance-expansion/>>. Acesso em: 25/01/2015.

FARBER, Daniel A.; ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P. *Constitutional Law: Themes for the Constitution's Third Century*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1993. (American Casebook Series)

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade (uma introdução à política do direito)*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996.

- FELDENS, Luciano. Deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. no.01, out./dez. 2007, pp. 214-230.
- FERNÁNDEZ, J. Manuel. La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica. In: *Cuadernos de Trabajo Social*, v.18, 2005, pp.7-31.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.
- FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FISS, Owen M. Free Speech and Social Structure. In: *Iowa Law Review*. Vol.71, 1986, pp. 1405-1426. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2211&context=fss_papers. Acesso em: 12/04/2015.
- FISS, Owen M. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. Trad. Jorge F. Malem Seña. México, D.F.: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1997.
- FISS, Owen M. The Supreme Court and The Problem of Hate Speech. In: *Capital University Law Review*. Vol.24, no.02, 1995, pp.281-291.
- FISS, Owen M. Groups and the Equal Protection Clause. In: *Philosophy and Public Affairs*. Vol.5(2), 1976, pp. 107-177. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Fiss_groups.pdf. Acesso em 10/09/2013.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: *Lua Nova*. São Paulo, n. 70, 2007, pp. 101-138.
- FRASER, Nancy. La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. In: *Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Madrid: Ediciones Morata; A Coruña: Fundación Paideia Galiza, 2006, pp.17-88.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 14ª.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. (Coleção Leitura)

FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma ilusão, O mal – estar na civilização e outros trabalhos*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1974. (Vol. XXI)

GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GADAMER, Hans – Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Lembrar Escrever Esquecer*. São Paulo: Editora 34, 2006.

GAGNEBIN, Jeanne M. *Sete aulas sobre linguagem, memória e história*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. *História e Narração em Walter Benjamin*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. Apresentação. In: *Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. AGAMBEM, Giorgio. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

GALEANO, Eduardo. *De Pernas Pro Ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2011.

GELLMAN, Susan. Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws. In: *U.C.L.A. Law Review*. Vol.39, dec. 1991, pp. 333-396.

GENERAL COMMENT No. 18 (Non-discrimination). United Nations. Human Rights Committee, 1989. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em: 18/02/2015.

GENERAL COMMENT No.22 (The Right to Freedom of thought, conscience and religion, Art. 18). United Nations CCPR/C/21/Rev.1/Add.4. Human Rights Committee, 1993. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em 18/02/2015.

GENERAL COMMENT No. 34 (Article 19: Freedoms of opinion and expression). United Nations CCPR/C/GC/34. Human Rights Committee, Geneva, 2011.” Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>>. Acesso em: 11/12/2014.

GÊNESIS. In: A BÍBLIA: tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2003.

GIROLDO, Ramiro; SANTOS, Rosana Cristina Zanelatto. Transfigurações Utópicas em O Presidente Negro de Monteiro Lobato. In: *FronteiraZ* (Revista Digital do Programa de Estudos Pós-Graduados em Literatura e Crítica Literária – PUC-SP). no.04, 2009. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/fronteiraz/article/view/12469>>. Acesso em: 12/12/2013.

GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos Movimentos Sociais: Paradigmas Clássicos e Contemporâneos*. São Paulo: Loyola, 1997.

GOMES CANOTILHO, J.J.; MACHADO, Jónatas E.M. *“Reality Shows” e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. (Coleção *Argumentum*)

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRATUITOUS AMERICAN APPAREL ADS BANNED. *Portal do The Guardian (UK)*. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/media/2012/apr/04/american-apparel-ads-banned-advertising-watchdog>>. Acesso em: 09/10/2013.

GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. Trad. Eduardo Mendonça. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 149-165.

GRINBERG, KEILA. *Por que Rui Barbosa mandou queimar os documentos da escravidão?*, 2011. Disponível em: <<http://chc.cienciahoje.uol.com.br/por-que-rui-barbosa-mandou-queimar-os-documentos-da-escravidao/>>. Acesso em: 30/07/2015.

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

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº6, 2000, pp. 85-102.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Uma Pedagogia da Emancipação. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mendes (Coords.). *Pedagogia da Emancipação: desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; VIEIRA, Margarida Luiza de Mato. *Semeando Democracia: a trajetória do socialismo democrático no Brasil*. Contagem (MG): Editora Palesa, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2vls.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

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

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002a.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destrancendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002b.

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. Intolerance and discrimination. *I.CON*. Oxford University Press and New York University School of Law, v.1, n.1, 2003b, pp. 2-12.

HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerance – The Pacemaker for Cultural Rights. *Royal Institute of Philosophy*. n.79, 2004, pp. 05-18.

HARVEY, David. *Espaços da Esperança*. São Paulo: Loyola, 2004.

HECLER'S VETO CASE. *Hedges v. Wauconda Community School District*, United States Court of Appeals, 1993. *Portal OpenJurist*. Disponível em: <<http://openjurist.org/9/f3d/1295/hedges-v-wauconda-community-unit-school-district-no>>. Acesso em: 18/04/2015.

HILL, Christopher. *O Mundo de Ponta-Cabeça: ideias radicais durante a Revolução Inglesa de 1640*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

HITLER'S 'MEIN KAMPF' MAY RETURN TO GERMANY. *Portal da Deutsche Welle*. Disponível em: <<http://www.dw.de/hitlers-mein-kampf-may-return-to-germany/a-16720062>>. Acesso em: 26/07/2014.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HUMOR CONTROVÉRSIA I. Disponível em: <<http://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/04/adelaide-personagem-do-zorra-total-e-denunciada-por-racismo.htm>>. Acesso em: 06/06/2013.

HUMOR CONTROVÉRSIA II. Disponível em: <<http://br.tv.yahoo.com/blogs/notas-tv/justi%C3%A7a-notificar%C3%A1-tat%C3%A1-werneck-por-causa-piada-com-155719614.html>>. Acesso em: 04/11/2013.

HUMOR CONTROVÉRSIA III. Disponível em: <<http://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2014/09/16/sexo-e-as-negas-estreia-em-meio-a-polemica-de-racismo.htm>>. Acesso em: 08/11/2014.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. (Vol. VIII)

INFORME ANISTIA INTERNACIONAL. *Portal da Anistia Internacional* (O estado dos direitos humanos no mundo) (2013). Disponível em: <<http://www.amnesty.org/pt-br/region/greece/report-2013>>. Acesso em: 17/10/2013.

INFORME A/CONF.189/12. ONU (2001). Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/215/46/PDF/N0221546.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12/07/2012.

INFORME HUMAN RIGHTS WATCH (2012). Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2012/04/25/beyond-breivik-hate-europe-rise>>. Acesso em: 18/10/2013.

IRMÃOS SCHOLL. *Portal da Deutsche Welle* (Brasil). Disponível em: <<http://www.dw.de/h%C3%A1-70-anos-irm%C3%A3os-scholl-eram-executados-pelo-regime-nazista/a-16610961>>. Acesso 09/10/2013.

ISRAEL. PESQUISA. *Portal da Revista Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/maioria-dos-israelenses-apoia-politicas-de-apartheid-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 08/01/2013.

ITUASSU, Arthur. Apresentação à edição brasileira. KING, Martin Luther. *Um apelo à consciência*. Editado por Clayborne Carson e Kris Shepard. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

JANINE RIBEIRO, Renato. *Civilização sem Guerra*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e Barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 207-225.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Cultrix, 1971.

JORNAL DO IRÃ VAI SATIRIZAR HOLOCAUSTO EM CHARGES. *Portal BBC* (Brasil). Disponível em:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/02/060207_pressreview.shtml.

Acesso em: 05/09/2013.

JURISPRUDÊNCIA. *Portal da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*.

Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Último

Acesso em: 10/01/2014.

JURISPRUDÊNCIA. *Portal da Corte Europeia dos Direitos Humanos (ECHR)*.

Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>.

Último Acesso em: 22/11/2013.

JURISPRUDÊNCIA. *Portal do Canadian Legal Information Institute (CanLII)*.

<<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii24/1990canlii24.html>>. Acesso

em: 13/10/2013.

KAHN, Leo. *Julgamento em Nuremberg: epílogo da tragédia*. Trad. Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1973.

KING, Martin Luther. *Um apelo à consciência*. Editado por Clayborne Carson e Kris Shepard. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, pp.129-143.

KUSHNIR, Beatriz. *Cães de Guarda: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

LACAN, Jacques. *O Seminário – o eu na teoria de Freud e na técnica da psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

LACAN, Jacques. O estádio do espelho como formador da função do eu. In: *Escritos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

LACOMBE, AMERICO JACOBINA; SILVA, EDUARDO; BARBOSA, FRANCISCO DE ASSIS; FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. *Rui Barbosa e a queima dos arquivos*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa (FCR), 1988.

LAFER, Celso. Parecer. O caso Ellwanger: antissemitismo como crime da prática do racismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, no. 162, Abr./Jun. 2004, pp. 53-90. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4>>.

Acesso em: 22/11/2013.

- LANGTON, Rae. Speech acts and unspeakable acts. In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22(4), 1993, pp. 293-330.
- LAWRENCE, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on the campus. In: *Duke Law Journal*. Vol. 1990, no.03, jun. 1990, pp.431-483.
- LAWRENCE, Charles R. Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment. In: *Villanova Law Review*. Vol. 37, no.04, 1992, pp.787-804.
- LAWRENCE, Charles R. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism. In: *Stanford Law Review*. Vol. 39, no. 02, jan. 1987, pp. 317-388.
- LEANZA, Cheryl A. Heckler's veto case law as a resource for democratic discourse. In: *Hofstra Law Review*, Vol. 35, pp. 1305-1319. Disponível em: <http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v35n03_cc10_leanza_final.pdf>. Acesso em: 17/04/2015.
- LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática: os Limites da Dominação Totalitária*. Trad. Isabel Marva Loureiro. 2.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- LEFORT, Claude. *Pensando o Político: Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- LE GOFF, Jacques. *A História Nova*. Trad. Eduardo Brandão. 4.^aed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Trad. Bernardo Leitão... [et al.]. 5.^a ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2003.
- LEI GAYSSOT. *Portal do Senado Francês*. Disponível em : <<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/a87880043.html>>. Acesso em: 11/10/2013.
- LEIS DE NUREMBERG. *Portal do United States Holocaust Memorial Museum*. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007903>>. Acesso em: 20/03/2013.
- LEVISSE-TOUZÉ, Christine. A vitória póstuma da Rosa Branca. In: *História Viva*, São Paulo, no. 41, ano IV, mar. 2007, pp. 38-41.
- LEY DE MEDIOS. *Portal do La Nacion*. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1633863-triunfo-del-gobierno-la-corte-suprema-declaro-constitucional-la-ley-de-medios>>. Acesso em: 30/10/2013.
- LIMA, Venício Artur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2.^a ed. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

- LINZER, Peter. White Liberal Looks at Racist Speech. In: *St. John's Law Review*, Vol. 65, no.01, winter, 1991, pp.187-244.
- LOBATO, Monteiro. *A Onda Verde e o Presidente Negro* [ou o Choque das Raças]. 4^a.ed. São Paulo: Brasiliense, 1951.
- LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H. *The American Constitution: cases – comments – questions*. 7^a. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1991. (American Casebook Series)
- LODE, Eric. Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning. In: *California Law Review*, Vol. 87, Issue 6, Article 3, December, 1999, pp. 1469-1544.
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: Aviso de Incêndio*. Trad. Wanda N. Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- MACKINNON, Catharine A. Not a Moral Issue. In: *Yale Law & Policy Review*, Vol. 02, no.02, spring, 1984, pp. 321-345.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, no. 58, nov., 2000, pp. 183 – 202.
- MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia Analítica: de Wittgenstein à redescoberta da mente*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito (UFMG), 1997.
- MAIA, Maurício. Censura, um processo de ação e reação. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (org.). *Minorias Silenciadas: história da censura no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado; Fapesp, 2002, pp. 469-511.
- MARCHA DE LÍDERES PELO CHARLIE HEBDO (CRÍTICA DE DANIEL WICKHAM). *Portal do Mic.Com*. Disponível em: <<http://mic.com/articles/108166/one-student-s-epic-tweets-call-out-the-biggest-hypocrites-marching-for-free-speech-in-paris>>. Acesso em: 25/01/2015.
- MARCUSE, Herbert. Repressive Tolerance. In: WOLFF, Robert Paul; MOORE JR.; BARRINGTON; MARCUSE, Herbert. *A Critique of pure tolerance*. Boston: Beacon Press, 1965, pp.81-117.
- MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade Industrial: o homem unidimensional*. 5^a ed., Trad. Giasone Rebuá, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

MATA-MACHADO, Edgar Godói da. *Memorial de ideias políticas*. Belo Horizonte: Veja, 1975.

MATOS, Olgária. *Discretas Esperanças: reflexões filosóficas sobre o mundo contemporâneo*. São Paulo: Editora Nova Alexandria, 2006.

MATSUDA, Mary. Public Response To Racist Speech: considering the victim's story. In: *Michigan Law Review*, Michigan, Vol. 87, aug. 1989, pp. 2320-2381.

MATTHEW SHEPARD ACT I. *Portal da CNN*. Disponível em <<http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/10/28/hate.crimes/>>. Acesso em: 02/01/2014.

MATTHEW SHEPARD ACT II. *Portal do Senado Norte-Americano* (Democratas). Disponível em: <<http://democrats.senate.gov/2009/07/14/the-matthew-shepard-hate-crimes-prevention-act/>>. Acesso em: 02/01/2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, Vol. 04)

MCALLISTER, Stephen R. Would Other Countries Protect The Phelps's Funeral Picketing? In: *Cardozo Law Review (DE NOVO)*. 2010, pp. 408-417.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal: Império e República*. 3ª.ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENSAGENS RACISTAS NO TWITTER. *Portal do Globo Esporte (Londres)*. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/futebol-ingles/noticia/2012/03/homem-e-presos-por-ofender-muamba-com-mensagens-racistas-no-twitter.html>>. Acesso em: 02/09/2013.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos*. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2012.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *A Liberdade; Utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Clássicos)

- MILTON, John. *Areopagitica: a speech for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*. Rockville (Maryland): Arc Manor, 2008. (Classic Reprints)
- MINISTRA FRANCESA ALVO DE RACISMO. *Portal Br. Notícias Yahoo*. Disponível em: <http://br.noticias.yahoo.com/ministra-negra-esquerda-%C3%A9-novo-alvo-dos-racistas-193306429.html>>. Acesso em: 18/11/2013.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970/1972. Vol.5.
- MOREL, Marco. Apresentação a MOREL, Edmar. *A Revolta da Chibata*. 5ª.ed., São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. n°. 2, jul/dez, 1994, pp. 91 – 107.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2ª.ed., Max Limonad: São Paulo, 2000.
- NABUCO, Joaquim. *O Abolicionista*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Vol.07)
- NEIBURG, Federico. Apresentação à edição brasileira. In: ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, pp. 07-11.
- NIETZSCHE, Friederich W. *Ecce Homo*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- NOLTE, Ernst. O Passado que não quer passar: um discurso que pôde ser escrito, mas não proferido. Trad.: Márcio Suzuki. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 25, out. 1989, pp. 10-15.
- NOTIFICAÇÃO DE JON SOBRINO. *Portal do Vaticano*. Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20061126_nota-sobrino_po.html>. Acesso em: 10/07/2013.
- NOVAES, Aduino (Org.). *O Avesso da Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUEVA LEY DE MEDIOS ARGENTINA. *Portal da Deutsche Welle* (Brasil). Disponível em: <www.dw.de/nueva-ley-de-medios-argentina-est%C3%A1-en-juego-la-libre-prensa/a-16432269>. Acesso em: 10/09/2013.

OBAMA VÍTIMA DE RACISMO. *Portal Br. Notícias*. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/ap%C3%B3s-publicar-foto-de-obama-como-macaco--jornal-se-retrata-144008577.html>>. Acesso em: 25/03/2014.

ODALIA, Nilo. *As Formas do Mesmo. Ensaio sobre o pensamento historiográfico de Varnhagen e Oliveira Vianna*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

OFENSAS INTERNET/ACIDENTE CEARÁ. *Portal da Procuradoria da República do Ceará*. Disponível em: <http://www.prce.mpf.mp.br/conteudo/noticias/exibe_noticia?idNoti=48250&idPubl=6109>. Acesso em: 23/05/2014.

OFENSA AO NORDESTE/ELEIÇÃO NA INTERNET. *Portal da Ordem dos Advogados do Brasil* (Federal). Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/27768/folha-de-sao-paulo-oab-quer-inquerito-sobre-racismo-na-internet>>. Acesso em: 10/11/2014

OFENSAS TWITTER. *Portal Uol/Notícias*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/16/justica-condena-universitaria-por-preconceito-contr-nordestinos-no-twitter.htm>>. Acesso em 12/12/2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de; LIMA, Verônica Couto de Araújo. Segurança Pública e Racismo Institucional. In: *Boletim de Análise Político-Institucional*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Rio de Janeiro, no. 04, 2013, pp.21-26.

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

CONSULTIVA OC-5/85. *Portal da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em 10/09/2013.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03. *Portal da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/migrantes/Opini%C3%B3n%20Concuslta%2018.doc>>. Acesso em 26/09/2013.

OTTONI, Paulo. John Langshaw Austin e a visão performativa da linguagem. In: *D.E.L.T.A.*, no. 18:1, 2002, pp. 117-143.

OYEZ PROJECT. *Portal do Oyez Project/Chicago-Kent College of Law*. Disponível em: <<http://www.oyez.org>>. Último Acesso em: 10/12/2013.

PARÁGRAFO “175”/DADOS. *Portais da Enciclopédia Britânica e do Museu do Holocausto* (EUA). Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1686908/Paragraph-175>>; <http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/media_oi.php?MediaId=89>. Acesso em: 17/02/2013.

PARIS UNITY MARCH: WHICH WORLD LEADERS ARE REALLY COMMITTED TO PRESS FREEDOM? *Portal do The Guardian*. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/ng-interactive/2015/jan/13/charlie-hebdo-attack-world-leaders-paris-press-freedom>>. Acesso em: 25/01/2015.

PARLAMENTAR FRANCESA E A IMIGRAÇÃO. *Portal do The Guardian*. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2014/may/21/jean-marie-le-pen-ebola-population-explosion-europe-immigration>>. Acesso em 01/06/2014.

PEC/TRABALHO ESCRAVO. *Portal do Senado da República*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105791>. Acesso em: 15/12/2013 e <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/27/pec-do-trabalho-escravo-sera-promulgada-nesta-quinta>>. Acesso em: 27/05/2014.

PESQUISA UNIÃO EUROPEIA. *Portal BBC* (Brasil). Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130517_pesquisa_lgbt_ue_rw.shtml>. Acesso em: 19/11/2013.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRAGEM DE DOMICÍLIOS. *Portal do IBGE*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home>>. Acesso em: 07/05/2013.

“PIADA” OFENSIVA AO NORDESTE. *Portal da Revista Fórum*. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/blog/2013/09/danilo-gentili-ofende-nordestinos-e-cubanos-na-mesma-piada/>>. Acesso em 18/12/2013.

PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. *A Reação Norte-Americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia (Coord. Geral). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Constitucionalização do Direito Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 561-583.

POLÊMICA EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA. Portal do Ig/Colunistas. Disponível em: <<http://colunistas.ig.com.br/houseofmodels/2012/04/18/beijo-lesbico-de-duas-modelos-famosas-causa-polemica-em-campanha-publicitaria/>>. Acesso em: 07/10/2013.

POLÍTICA DO APAZIGUAMENTO. *Portal da Enciclopédia Britânica*. <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/397522/Munich-Agreement>>. Acesso em 17/10/2013.

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

PORTUGAL. LEGISLAÇÃO. LEI 134/1999. *Portal do Governo Português*. Disponível em: <http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/LEI_134_99.htm>. Acesso em: 02/01/2014.

PRATES, Francisco de Castilho. *A Construção da Identidade do Sujeito Constitucional em uma sociedade de risco permanente: uma análise sob a ótica do Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2003.

PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PRATES, Francisco de Castilho. Democracia Constitucional: qual sentido queremos para “nós”? – um exercício de Teoria da Constituição. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, no.25, ano XXIII, jul./dez. 2007, pp. 83-109.

PRATES, Francisco de Castilho. O direito à divergência, a ser minoria, ao reconhecimento: alguns apontamentos críticos sobre legitimidade em uma democracia constitucional. *Diritto & Diritti*, fevereiro. 2012. [on line]. Disponível em: <<http://leggedistabilità2013.diritto.it/docs/32980-o-direito-diverg-ncia-a-ser-minoria-ao-reconhecimento-alguns-apontamentos-cr-ticos-sobre-legitimidade-em-uma-democracia-constitucional?page=7>>. Acesso em: 10/09/2013.

PRATES, Francisco de Castilho. *A violência simbólica como meio de exercício do poder simbólico em Pierre Bourdieu: alguns apontamentos críticos*, 2011. Belo Horizonte: FD/UFMG. (Monografia do Curso de Pós-Graduação/Doutorado em Direito)

PRECEDENTE CORTE EUROPEIA. *Portal da Corte Europeia dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf>. Acesso em 22/11/2013.

PRIMEIRA MINISTRA NEGRA DA ITÁLIA ENFRENTA OFENSAS RACISTAS. *Portal Último Segundo Ig/Mundo*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2013-05-03/primeiro-ministra-negra-da-italia-enfrenta-ofensas-racistas.html>>. Acesso em: 03/05/2013.

PROPAGANDA ABUSIVA. *Portal UOL (Economia)*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/10/04/devassa-pode-ser-multada-em-r-6-milhoes-por-propaganda-abusiva.htm>>. Acesso em 04/10/2013.

PROPAGANDA BANIDA. *Portal do The Guardian (UK)*. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/media/2012/apr/04/american-apparel-ads-banned-advertising-watchdog>>. Acesso em: 09/10/2013.

RABAT PLAN. *Portal do Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (United Nations Human Rights)*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf>. Acesso em: 06/01/2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RAPE AND HUMAN RIGHTS IN NORDIC COUNTRIES (2008). *Portal da Anistia Internacional (DK)*. Disponível em: <<http://www.amnesty.dk/sites/default/files/mediafiles/44/case-closed.pdf>>. Acesso em: 20/10/2013.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003

RELATOR DA ONU FALA SOBRE LIBERDADE DE IMPRENSA. *Portal da ONU*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/no-brasil-relator-da-onu-fala-sobre-liberdade>>

[de-imprensa-e-o-papel-do-jornalismo-critica-acao-no-stf-e-elogia-ley-de-medios/](#)>.

Acesso em: 10/09/2013.

REPOLÊS TORRES, Ana Paula. *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.

REPOLÊS TORRES, Ana Paula. *Pensando a relação entre Direito e Política na obra de Hannah Arendt*, 2007. Belo Horizonte: FAFICH/UFMG. (Monografia do Curso de Pós-Graduação/Doutorado em Filosofia)

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

RESOLUÇÃO A/62/142. ONU (2008). Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/142&Lang=E>.

Acesso em: 10/10/2013.

RETRATAÇÃO POR COMENTÁRIOS HOMOFÓBICOS. *Portal da PRSP (MPF. PRDC)*. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/0002751-51.2012.4.03.6100%20Malafaia.PDF>>. Acesso em: 16/02/2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. Processo nº 695018143, 1995. Relator: Desembargador Érico Barone Pires. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, fev. 1996, pp. 157-164.

ROBERT BORK INDICAÇÃO SUPREMA CORTE (EUA). *Portais do Senado dos Estados Unidos e do New York Times*. Disponível em: <<http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm>>; <<http://www.nytimes.com/1987/07/05/opinion/washington-kennedy-and-bork.html>>.

Acessos em: 07/09/2013.

RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e Reforma no Brasil. Um desafio histórico-cultural*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

ROSENFELD, Michel. Deconstruction and Legal Interpretation: conflict, indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray (eds.). *Deconstruction and The Possibility of Justice*. New York, N.Y.: Routledge, 1992.

ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: law between ethics and politics*. Berkeley, California: University of California Press, 1998.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. In: *Cardozo Law School* (Working Paper Series). [on line]. no. 41, april, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939>. Acesso em: 15/09/2007, pp.01-63.

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

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

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. O Direito na Teoria e o Direito na Prática com o reconhecimento de novos sujeitos constitucionais. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, número especial: jornadas jurídicas Brasil-Canadá, Belo Horizonte, 2013. pp. 211-227.

SALMOS. In: A BÍBLIA: tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6ª. ed. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª. ed. São Paulo: Cortez, 2010. (Coleção para um novo senso comum; v.4)

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João A. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 25-68.

SARKOZY E A BURCA. *Portal da Open Society Foundations*. Disponível em: <<http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/sas-france-written-comments-20130423.pdf>>. Acesso em: 14/06/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, no. 47, mar./abr. 2004, pp. 60-122.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do *Hate Speech*. In: *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, no.4, out./dez. 2006a, pp.53-105.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006b.

SCHAUER, Frederick. Principles, Institutions, and the First Amendment. In: *Harvard Law Review*. Vol.112, 1998.

SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (extractos de las sentencias más relevantes). Montevideo (Uruguay): Fundación Konrad Adenauer, 2009.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001. (Folha Explica)

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e a questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. A República dos outros, ou o cometa que não veio. In: *O Esquecimento da Política*. NOVAES, Adauto (org.). Rio de Janeiro: Agir, 2007, pp. 297-320.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Introdução ou “Havia um país chamado Brasil, mas absolutamente não havia brasileiros. In: *A Crise do Estado-Nação*. NOVAES, Adauto (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 351-393.

SCHWEIK, Susan. Kicked to the curb. Ugly Law then and now. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review Amicus*, Vol. 46, 2011.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *Portal da BBC* (Brasil). Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120517_homofobia_lk.shtml.

Acesso em 19/11/2013.

SEDITION ACT. *Portal da Biblioteca do Congresso/EUA*. Disponível em: <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=719>.

Acesso em: 23/11/2013.

SENADOR ITALIANO COMPARA MINISTRA NEGRA A ORANGOTANGO. *Portal Br. Notícias Yahoo*. Disponível em: <http://br.noticias.yahoo.com/senador->

[italiano-compara-ministra-negra-orangotango-142644071.html](#)>. Acesso em: 15/07/2013.

SERBIAN FILM. *Portal UOL/Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/53790-justica-libera-exibicao-do-longa-a-serbian-film-no-pais.shtml>> Acesso em: 20/01/2014.

SENTENÇA SERBIAN FILM. *Portal da Justiça Federal (TRF1)*. Disponível em: <<http://processual.trf1.gov.br/consultaProcessual/numeroProcesso.php?secao=MG&enviar=ok>>. Acesso em: 07/11/2013.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. A teoria do habitus em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. In: *Revista Brasileira de Educação*, n.20, mai/jun/ago. 2002, pp. 60-70.

SÈVE, Bernard. O medo como procedimento heurístico e como instrumento de persuasão em Hans Jonas. Trad. Marcelo Gomes. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ensaios sobre o medo*. São Paulo: Editora Senac São Paulo: Edições Sesc SP, 2007, pp. 167-186.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e Liberdade de Expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese. (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009.

SILVA, Marcos A. *Contra a chibata: marinheiros brasileiros em 1910*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de Expressão e Discurso do ódio*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS), Belo Horizonte, 2007.

SIMÕES, Inimá Ferreira. A censura cinematográfica no Brasil. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (org.). *Minorias Silenciadas: história da censura no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado; Fapesp, 2002, pp. 347-376.

SMOLLA, Rodney A. *Free Speech in an open society*. New York: Vintage, 1992.

SOBRINO, Jon. *A fé em Jesus Cristo: ensaio a partir das vítimas*. Trad. Ephraim F. Alves. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2000. (Coleção Teologia e Libertação, Série II, Tomo IV).

SOLUÇÃO DE LE PEN PARA A IMIGRAÇÃO. *Portal do El Mundo*. Disponível em: <http://www.elmundo.es/internacional/2014/05/21/537cf6fde2704e3f098b4586.html>.

Acesso em: 29/05/2014.

SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. (Coleção Origem)

SOUZA, Jessé. A Gramática Social da Desigualdade Brasileira. In: SOUZA, Jessé (Org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, pp. 23-53. (Coleção Humanitas)

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Travessia – A Narrativa da República em Grande Sertão: Veredas. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002, p. 155-178.

STICKS AND STONES. (CHILD'S EXPRESSION). *Portal Oxford University Press (Oxford Dictionaries)*. Disponível em: http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/sticks+and+stones+may+break+my+bones+but+names+or+words+will+never+hurt+me_1. Acesso em: 22/10/2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. (2011) Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>. Acesso em: 11/10/2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O juiz, a umbanda e o solipsismo: como ficam os discursos de intolerância?* (2014) *Portal da Revista Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/juiz-umbanda-solipsismo-ficam-discursos-intolerancia>. Acesso em: 25/05/2014.

SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. 14ª. ed. New York: Foundation Press, 2001. (University Case Book Series)

SUPREME COURT UPHOLDS CANADA HATE SPEECH LAW. *Portal do National Post*. Disponível em: <http://news.nationalpost.com/2013/02/27/supreme-court-upholds-canadas-hate-speech-laws-in-case-involving-anti-gay-crusader/>. Acesso em: 19/09/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Portal STF (Inteiro Teor)*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Último acesso em 20/12/2013.

TEIXEIRA, Juliana Cristina. *As patroas sobre as empregadas: discursos classistas e saudosistas das relações de escravidão* (2013). Disponível em: <<https://www.ufmg.br/online/arquivos/027659.shtml>> Acesso em: 20/03/2013.

TESE/PROMOTOR DE JUSTIÇA. MP/PE. INCONSTITUCIONALIDADE INJÚRIA DISCRIMINATÓRIA. *Portal do Ministério Público do Estado de Pernambuco*. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/SKK3zslH_ltrqF9DI75fgA/Tese_Congresso.pdf>. Acesso em: 05/12/2014.

TODOROV, Tzvetan. *The Fear of Barbarians: Beyond the Clash of Civilizations*. Transl. Andrew Brown. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

TSESIS, Alexander. Dignity and Speech: The Regulatory of Hate Speech in a Democracy. In: *Wake Forest Law Review*. Vol. 44, 2009, pp. 497-532. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1402908>. Acesso em: 14/01/2014.

UGLY LAWS. *Portal da New York University Press*. Disponível em: <http://www.nyupress.org/webchapters/schweik_intro.pdf>. Acesso em: 10/10/2013.

UNITED STATES CONSTITUTION. *Portal USConstitution*. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net>> Acesso em: 16/09/2013.

UNITED STATES SUPREME COURT CENTER. *Portal Justia.Com*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/>>. Último Acesso em: 10/12/2013.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Ministro Hahnemann Guimarães*. Brasília (DF): Supremo Tribunal Federal, 2010. (Coleção Memória Jurisprudencial)

VATICANO E SOBRINO. *Portal da BBC (Brasil)*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/03/070314_vaticanosobrinoe_bc.shtml>. Acesso em: 16/08/2013.

VOLOKH, Eugene. The Mechanisms of the Slippery Slope. In: *Harvard Law Review*. Vol.116. 2003, pp. 1026-1137.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: The Visibility of Hate. In: *Harvard Law Review*. Vol.123. 2010, pp. 1597-1657. (2009 Oliver Wendell Holmes Lectures)

WEINSTEIN, James. *Hate Speech, Pornography, and the radical attack on free speech doctrine*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1999.

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, pp. 245 – 252.

WORLD CONFERENCE AGAINST RACISM (DURBAN). *Portal das Nações Unidas*. Disponível em <<http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>>. Acesso em: 22/10/2013.

TÁBUAS DE DECISÃO

Comitê sobre Direitos Humanos das Nações Unidas

Malcolm Ross v. Canadá (1997)

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso A Última Tentação de Cristo – Olmedo Bustos e Outros vs. Chile (2001)

Caso López Álvarez vs. Honduras (2006)

Caso Kimel vs. Argentina (2008)

Corte Europeia dos Direitos Humanos

Jersild v. Dinamarca (1994)

Garaudy v. França (2003)

Norwood v. Reino Unido (2004)

Erbakan v. Turkey, (2006)

Féret v. Bélgica (2009)

Vejdeland e Outros v. Suécia (2012)

Mladina D.D. Ljubljana v. Slovenia (2014)

Tribunal Penal Internacional Para Ruanda

The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza e Hassan Ngeze (2003)

Supremo Tribunal Federal

Mandado de Segurança 1.114/DF, 1949.

Apelação Criminal 1.456/SP, 1951.

Habeas Corpus 40.910/PE, 1964.

Recurso Extraordinário 153.531/SC, 1997.

Habeas Corpus 82.424/RS, 2003.

Recurso Extraordinário 201.819/RJ, 2005.

Recurso Extraordinário 418.376/MS, 2007

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, 2009.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF, 2010.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF, 2010.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856/RJ, 2011.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274/DF, 2011.

Ação Direta da Inconstitucionalidade 4.277/DF, 2011.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial 157.805/DF, 1999.

Recurso Especial, 911.183/SC, 2008.

Recurso em Habeas Corpus 18.620/PR, 2008.

Tribunal Regional Federal da 4ª. Região

Apelação Criminal nº 0004943-15.2009.404.7108/RS, 2013.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Apelação Criminal nº 695018143, 1995.

Suprema Corte do Canadá

Regina v. Keegstra (1990)

Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Dred Scott v. Sandford (1856)

Virginia v. Rives (1880)

Civil Rights Cases (1883)

Plessy v. Ferguson (1896)

Patterson v. Colorado (1907)

Schenck v. United States (1919)

Debs v. United States (1919)

Abrams v United States (1919)

Gitlow v. New York (1925)

Whitney v. California (1927)

Chaplinsky v. New Hampshire (1942)

Marsh v. Alabama (1946)

Terminiello v. Chicago (1949)

Dennis v. United States (1951)

Beauharnais v. Illinois (1952)

Brown v. Board of Education (1954)

Yates v. United States (1957)

New York Times Co. v. Sullivan (1964)

Adderley v. Flórida (1966)

Evans v. Newton (1966)

Brandenburg v. Ohio (1969)

Police Dept. of City of Chicago v. Mosley (1972)

Gertz v. Robert Welch, Inc. (1974)

Buckley v. Valeo (1976)

National Socialist Party of America v. Village of Skokie (1977)

Minnick v. California Dept. of Corrections (1981)

U.S.Postal Service (USPS) v. Council of Greenburgh Civic Associations (1981)

Texas v. Johnson (1989)

United States v. Eichman (1990)

R.A.V. v. St.Paul (1992)

Virginia v. Black (2003)

Snyder v. Phelps (2011)